

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n^o 249.494 du 14 janvier 2021

A. 232.243/VI-21.911

En cause : **la société anonyme KLINKENBERG,**
ayant élu domicile chez
M^e Olivier ESCHWEILER, avocat,
rue de Mery 42
4130 Esneux,

contre :

le Centre hospitalier universitaire Brugmann,
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et Mathilde
VILAIN XIII, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

Partie requérante intervenante :

la société anonyme CLOSE COMFORT,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean-Marie RIKKERS
et Jean-Luc TEHEUX, avocats,
rue Denis Lecocq 35
4031 Angleur.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 16 novembre 2020, la société anonyme Klinkenberg demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision prise le 15 septembre par le conseil d'administration de la partie adverse d'attribuer les travaux pour l'installation des panneaux photovoltaïques sur le site Horta à la société Close Comfort pour un montant de 627.641,89 € H.T.V.A., soit 759.446,69 € T.V.A.C.

Par une requête introduite le 29 décembre 2020, la société anonyme Klinkenberg poursuit l'annulation de la décision précitée.

II. Procédure

Par une ordonnance du 18 novembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 décembre 2020.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

Par une requête introduite le 30 novembre 2020, la société anonyme Close Comfort demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Gaël Tilman, *loco* M^e Olivier Eschweiler, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Virginie Dor et Mathilde Vilain XIII, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Jean-Luc Teheux, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

La partie requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen de la demande de suspension :

« La partie adverse a lancé un marché de travaux, par le biais d'une procédure ouverte, ayant pour objet les travaux, fournitures, transports, main d'œuvre et tous moyens nécessaires à l'exécution de l'installation de panneaux photovoltaïques sur le site HORTA et ce, conformément aux prescriptions du présent cahier spécial des charges.

Le marché comprenait également en option la maintenance de l'installation photovoltaïque sur le site HORTA et ce, conformément aux prescriptions du présent cahier spécial des charges.

Le marché ne comprenait qu'un seul lot.

Aucune variante n'était autorisée.

Une option obligatoire, soit le contrat de maintenance, était prévue.

Pour la sélection qualitative, le pouvoir adjudicateur avait retenu un critère relatif à la capacité financière et économique, et un critère relatif à la capacité technique.

Afin de prouver sa capacité financière, le soumissionnaire devait démontrer avoir un chiffre d'affaires annuel minimum qui, au cours de chacun des deux exercices précédents (2017, 2018) s'élevait au moins à trois fois la valeur de son offre.

En ce qui concerne la capacité technique, le soumissionnaire devait joindre à l'offre les attestations de bonne exécution de trois marchés de travaux similaires signées par le pouvoir adjudicateur ou le maître de l'ouvrage.

Par travaux similaires, le pouvoir adjudicateur entendait ceux démontrant une équivalence en matière de budget pour un bâtiment (minimum 120.000 €)

Les soumissionnaires devaient être agréés en catégorie P1 ou P2, avec une classe conforme au montant de l'offre remise.

En ce qui concerne la possibilité de faire valoir les capacités d'autres entités, le pouvoir adjudicateur précisait dans le cahier spécial des charges que

“ Lorsque l'adjudicataire entend faire valoir les capacités de tiers, il veillera à respecter scrupuleusement les dispositions de l'article 73 de l'AR Passation. L'adjudicateur vérifiera, conformément aux articles 73 à 76 de la loi, si les entités tierces remplissent les conditions de sélection qualitative et s'il existe des motifs d'exclusion (article 67, 68 et 69 de la loi) avec la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger le remplacement des entreprises qui ne remplissent pas les conditions.

Il veillera à mentionner avec une très grande précision, la part du marché qu'il entend sous-traiter à ces entreprises tierces, ainsi que l'identité précise de ces entités tierces.”

Les critères d'attribution étaient fixés comme suit :

1. Montant total de l'offre 50 points
2. Production électrique annuelle de l'installation, au compteur BRUGEL, garantie pendant 10 ans 25 points
3. Qualité et durabilité des installations 15 points
 - 3.1 Garantie de performance 5 points
 - 3.2. Garantie de l'onduleur 5 points
 - 3.3 Garantie mécanique 5 points
4. Qualité du dossier technique 10 points

Par courrier du 19 octobre 2020, la partie adverse transmettra une copie de l'analyse des offres.

Par courrier du 2 novembre 2020, la partie adverse transmettra la décision motivée d'attribution.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Le rapport d'analyse des offres renseigne que six soumissionnaires ont remis une offre

SOUSSIONNAIRE	OFFRE DE BASE	OPTION OBLIGATOIRE
CLOSE COMFORT	597.366,89 €	30.275,00 €
CORETEC ENGINEERING	477.599,20 €	694.938,25 €
DAUVISTER S.A.	642.962,63 €	73.100,00 €
EOLUZ N.V.	533.231,37 €	81.268,85 €
KLINKENBERG S.A.	555.343,43 €	90.205,00 €
R-GROUP	681.469,00 €	50.395,00 €

En ce qui concerne la sélection qualitative, l'auteur de projet précise que CLOSE COMFORT a utilisé deux références de son sous-traitant.

Il relève également, en ce qui concerne l'agrégation, que CLOSE COMFORT a une agrégation P1 de classe 8 tandis que le sous-traitant de CLOSE COMFORT, EVO-CELL, a une agrégation P1 de classe 2 et une agrégation P2 de classe 1.

Dans le cadre des commentaires des auteurs de projet sur la sélection qualitative, le rapport indique, dans le passage relatif à l'agrégation :

“ L'entreprise Close Comfort SA mentionne un sous-traitant Evocell SA a qui elle compte sous-traiter une part de marché.
 Dans le document 08.a 'Liste sous-traitant' de l'offre de l'entreprise Close Comfort SA, la part de marché attribué au sous-traitant concerné est de 80%.
 La classe d'agrégation du sous-traitant est de classe 2 pour un montant de 275.000€.
 L'entreprise a été interrogée pour déterminer le montant réellement sous-traité, afin de déterminer la classe d'agrégation requise pour le sous-traitant pour que la société puisse effectivement se fonder sur les capacités de ce sous-traitant.
 Le soumissionnaire précise que l'offre est entachée d'une erreur matérielle.
 L'entreprise précise qu'il a été indiqué la part du marché de Close Comfort SA en lieu et place de la part sous-traitée, laquelle correspond donc à 20%.
 L'entreprise précise la répartition des tâches avec le sous-traitant. Au vu de la répartition des tâches précisée par l'entreprise, cette erreur apparaît bien être une erreur matérielle.
 Pour une part de marché de 20% du marché, le sous-traitant Evocell SA a l'agrégation requise pour réaliser les travaux qui leur seront attribué. Le pouvoir adjudicateur corrige cette erreur qui apparaît en effet purement matérielle sur la base de l'article 34 de l'AR du 18 avril 2017.”

En ce qui concerne la vérification des prix anormaux, le rapport développe que :

“ Les offres introduites ont été soumises à une vérification des prix, conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.
 A cette occasion, il est constaté que le montant de l'offre de l'entreprise Coretec Engineering SA s'écarte de 16,01% en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires, et pourrait donc sembler anormalement bas. Afin de vérifier la régularité de l'offre, les auteurs de projet ont invité l'entreprise à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition de son prix, comme prévu par l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.
 L'entreprise a répondu par courrier recommandé en date du 28 juillet 2020. Cela étant, puisqu'il est apparu au vu du montant de l'offre à approuver que cette société ne pouvait pas entrer en ligne de compte pour l'attribution du marché en raison de sa classe d'agrégation insuffisante, l'analyse n'a pas été poursuivie. Les autres entreprises n'ont pas remis de prix semblant anormalement haut ou bas.”

Après analyse des offres sur base des critères d'attribution mentionnés dans le cahier spécial des charges, les auteurs de projet classent les offres comme suit :

Critères	% max	Close	Eoluz	Klinkenberg	R Group
1 – Montant total de l'offre	50,00	48,95	50,00	47,60	41,98
2 – Production électrique annuelle de l'installation, au compteur BRUGEL, garantie pendant 10 ans	25,00	20,26	20,44	20,24	25,00
3 – Qualité et durabilité des installations	15,00	13,00	7,89	12,99	6,71
4 – Qualité du dossier technique	10,00	8,50	5,00	8,00	6,00
TOTAL GENERAL DE POINTS	100,00	90,71	83,33	88,83	79,69

Les auteurs de projet concluent donc que l'entreprise Close Comfort SA à Aywaille présente l'offre la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, avec un total de 90,71 points sur 100.

En conséquence, l'auteur de projet propose et conseille au Maître de l'ouvrage d'attribuer le marché à l'entreprise Close Comfort SA.

Le rapport a été relu par les conseillers juridiques de l'hôpital.

Les montants remis pour le marché sont les suivants :

Montant hors options 597.366,89 € HTVA, 722.813,94 € TVAC.

Montant des options 30.275,00 € HTVA, 36.632,75 € TVAC.

Montant total options comprises 627.641,89 € HTVA, 759.446,69 € TVAC. »

IV. Intervention

Par une requête introduite le 30 novembre 2020, la société anonyme Close Comfort demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a intérêt à intervenir.

La requête en intervention introduite par la société Close Comfort est accueillie dans la présente procédure.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de « la méconnaissance de :

- la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11 ;
- la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment en ses articles 4 et 84 ;
- l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses articles 33 et 34 ;
- des principes généraux du droit et notamment des principes d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires ;
- du devoir de minutie »,

en ce que « le pouvoir adjudicateur a corrigé l'offre de CLOSE COMFORT », alors que les conditions pour ce faire n'étaient pas réunies.

La requérante expose ce qui suit :

« Comme l'indique le rapport d'analyse des offres, le pouvoir adjudicateur, dans le cadre de l'examen de la sélection qualitative, a corrigé l'offre de CLOSE COMFORT.

“ L'entreprise Close Comfort SA mentionne un sous-traitant Evocell SA a qui elle compte sous-traiter une part de marché.
Dans le document 08.a 'Liste sous-traitant' de l'offre de l'entreprise Close Comfort SA, la part de marché attribué au sous-traitant concerné est de 80%.
La classe d'agrément du sous-traitant est de classe 2 pour un montant de 275.000€.
L'entreprise a été interrogée pour déterminer le montant réellement sous-traité, afin de déterminer la classe d'agrément requise pour le sous-traitant pour que la société puisse effectivement se fonder sur les capacités de ce sous-traitant.
Le soumissionnaire précise que l'offre est entachée d'une erreur matérielle.
L'entreprise précise qu'il a été indiqué la part du marché de Close Comfort SA en lieu et place de la part sous-traitée, laquelle correspond donc à 20%.
L'entreprise précise la répartition des tâches avec le sous-traitant. Au vu de la répartition des tâches précisée par l'entreprise, cette erreur apparaît bien être une erreur matérielle.”

Il découle de ce qui précède qu'il est établi que :

- o Le pouvoir adjudicateur a interrogé CLOSE COMFORT quant au montant réellement sous-traité ;
- o Suite à cette demande de justification, CLOSE COMFORT a invoqué une erreur matérielle dans son offre ;
- o Le pouvoir adjudicateur a accepté de prendre en considération la justification d'erreur matérielle ;
- o Sur base de la possibilité laissée par l'article 34 de l'A.R. du 18 avril 2017, la partie adverse a rectifié l'offre de CLOSE COMFORT ;

Il est exact que l'article 34 de l'A.R. du 18 avril 2017 autorise le pouvoir adjudicateur à procéder à une correction des offres.

En effet, l'article 34 énonce que :
[...]

Si l'article 34 autorise effectivement la rectification d'erreur matérielle, il ne l'autorise que lorsque deux conditions sont réunies :

- Il s'agit d'une erreur dans les opérations arithmétiques ou une erreur purement matérielle ;
- L'erreur est relevée par le pouvoir adjudicateur

En présence d'une erreur matérielle comme prétendument en l'espèce, la seule possibilité accordée au pouvoir adjudicateur est de rectifier pareille erreur matérielle en recherchant l'intention réelle du soumissionnaire.

Par conséquent, seule une erreur matérielle découverte par le pouvoir adjudicateur lui-même, et corrigée par lui seul est conforme au prescrit dudit article 34.

Le Conseil d'Etat a validé cette stricte interprétation :

“ En vertu de l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur peut, durant la phase de l'examen de la régularité des offres, procéder à la rectification des erreurs dans les opérations arithmétiques de même que des erreurs purement matérielles dans les offres. La combinaison de cette disposition et de l'article 87 de ce même arrêté royal limite la mesure dans laquelle il peut être dérogé au principe de l'intangibilité des offres, seul le pouvoir adjudicateur étant autorisé, après l'ouverture des offres, à procéder à une correction d'une offre, et ce dans la seule limite de ce que prévoit l'article 96 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Si l'article 96 n'indique pas ce qu'il convient d'entendre par une erreur matérielle, il se déduit de l'obligation de rechercher l'intention réelle du soumissionnaire comme de l'interdiction de modifier l'offre que l'erreur matérielle doit s'entendre comme celle qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat contraire à celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire. Pour parvenir à cette conclusion, il faut que l'erreur soit telle que sa réalité ne prête pas à discussion. En l'espèce, la partie adverse n'a pas décelé dans l'offre de la requérante d'erreur matérielle ou d'erreur dans les opérations arithmétiques et ne l'a donc pas invitée à préciser ou compléter son offre sans pouvoir la modifier au sens de l'article 96, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Elle l'a, par contre, interrogée sur le caractère anormalement bas ou élevé de certains postes dans le cadre de l'étape ultérieure de contrôle des prix.”

À l'occasion de cet arrêt [arrêt n° 238.797 du 10 juillet 2017], le Conseil d'Etat rappelle à bon escient que la possibilité laissée à un pouvoir adjudicateur de corriger une offre d'un soumissionnaire doit s'interpréter dans la seule limite stricte de ce qui est prévu par la législation puisque cette possibilité de correction est dérogatoire au principe d'intangibilité des offres.

Comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur avait interrogé le soumissionnaire.

À l'occasion de cette demande, comme en l'espèce, le soumissionnaire avait invoqué une erreur matérielle.

Le Conseil d'Etat rappelle que seule une erreur découverte par le pouvoir adjudicateur lui-même, et corrigée par lui seul, est conforme à cette réglementation. Tel n'a pas été le cas en l'espèce.

Ce n'est que dans l'hypothèse où l'intention ne serait pas suffisamment claire que le pouvoir adjudicateur peut inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre, sans la modifier.

Il y a lieu de distinguer clairement les notions de “préciser et compléter”, de la notion de “modifier”.

L'avocat général près de la Cour de Justice de l'Union européenne C. LENZ a eu l'occasion de donner son éclairage sur ces notions :

“ 37. Du point de vue sémantique, nous pensons qu'il faut entendre le terme ‘préciser’, utilisé dans la déclaration commune du Conseil et de la Commission, dans le sens de communiquer des détails permettant de décrire plus clairement l'objet en question, ou la définir avec une plus grande exactitude. Quant au second terme employé dans la déclaration commune, celui de ‘compléter’, nous y voyons l'apport d'indications supplémentaires qui n'étaient pas antérieurement disponibles. Les deux termes ont ceci de commun qu'il ne s'agit pas de remplacer des indications fournies antérieurement, mais au contraire de les concrétiser d'une façon ou d'une autre. 38. Cette réflexion, selon laquelle ni le fait de préciser ni celui de compléter n'ont pour effet de remplacer par de nouvelles données des indications fournies antérieurement, est corroborée par la réflexion objective au terme de laquelle

la possibilité de changer certains éléments désavantage potentiellement d'autres soumissionnaires”.

En l'espèce, on peut constater que la réponse de CLOSE COMFORT n'a pas pour objet de préciser ou de compléter une information reprise dans son offre, mais bien de substituer une nouvelle information à celle reprise dans l'offre.

Sans cette correction illégale, l'offre de CLOSE COMFORT n'aurait pas franchi l'étape de la sélection qualitative.

En outre, on peut s'interroger sur l'appréciation et la qualification d'erreur matérielle en l'espèce.

“ A. VANDEBURIE, R. VAN MESELEN et M. NIHOUL entendent par erreur matérielle, l'élément qui diffère clairement de l'intention réelle du soumissionnaire telle qu'elle résulte des éléments intrinsèques de son offre, qu'ils soient contenus dans celle-ci même ou ressortent de son contexte. Il convient qu'il s'agisse d'erreurs qui ne prêtent guère à discussion”.

Tel n'est certainement pas le cas en l'espèce.

Il convient en outre de relever que le cahier spécial des charges attirait particulièrement l'attention des soumissionnaires sur la question de l'appel à la capacité de tiers.

Ainsi, en ce qui concerne la possibilité de faire valoir les capacités d'autres entités, le pouvoir adjudicateur précisait dans le cahier spécial des charges que

“ Lorsque l'adjudicataire entend faire valoir les capacités de tiers, il veillera à respecter scrupuleusement les dispositions de l'article 73 de l'AR Passation. L'adjudicateur vérifiera, conformément aux articles 73 à 76 de la loi, si les entités tierces remplissent les conditions de sélection qualitative et s'il existe des motifs d'exclusion (article 67, 68 et 69 de la loi) avec la possibilité pour l'adjudicateur d'exiger le remplacement des entreprises qui ne remplissent pas les conditions.
Il veillera à mentionner avec une très grande précision, la part du marché qu'il entend sous-traiter à ces entreprises tierces, ainsi que l'identité précise de ces entités tierces.”

Au vu de cette mise en garde, l'erreur matérielle est encore plus difficilement envisageable et doit être apprécié avec encore plus de circonspection.
[...] ».

V.2. Appréciation du Conseil d'Etat

La requérante fait grief au pouvoir adjudicateur d'avoir procédé à une correction de l'offre de l'attributaire, alors, d'une part, que la prétendue erreur n'a pas été découverte par lui-même mais aurait été portée à son attention par le soumissionnaire concerné à l'occasion des réponses apportées aux questions qui lui ont été posées, et, d'autre part, que la réponse dudit soumissionnaire ne tendait pas à préciser ou compléter une information reprise dans son offre mais qu'elle visait à substituer une nouvelle information à celle reprise dans l'offre.

Aux termes de l'article 34, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques :

- « Le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité ne soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées.
Afin de rectifier les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles relevées par lui dans les offres, le pouvoir adjudicateur recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre dans sa globalité et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants. S'il s'avère que suite à cette analyse de l'offre, cette intention n'est pas suffisamment claire, le pouvoir adjudicateur peut, dans le délai qu'il détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier et ce, sans préjudice de la possibilité de négocier lorsque la procédure le permet. Lorsque, dans ce dernier cas, aucune précision n'est donnée ou que le pouvoir adjudicateur estime que la précision est inacceptable, il rectifie les erreurs en fonction de ses propres constatations. Si cela ne s'avère pas possible, le pouvoir adjudicateur peut soit décider que les prix unitaires sont d'application, soit décider d'écarter l'offre comme irrégulière. »

Il résulte de la disposition précitée que le pouvoir adjudicateur rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres et qu'avant de corriger une éventuelle erreur, il doit s'assurer de l'intention réelle du soumissionnaire en ayant notamment égard à la globalité de l'offre, et que si l'intention réelle ne paraît pas suffisamment claire pour le pouvoir adjudicateur, celui-ci peut inviter le soumissionnaire concerné à apporter des précisions à cet égard.

Cette disposition trouve d'ailleurs un appui dans l'article 66, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qui dispose comme suit :

- « Sans préjudice de l'article 39, § 6, alinéa 2, lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par le candidat ou soumissionnaire sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat ou soumissionnaire concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage de la procédure ouverte ou restreinte, que cela ne donne pas lieu à une modification des éléments essentiels de l'offre ».

Si l'article 82 de l'arrêté royal précité énonce que « dès la date et l'heure limites d'introduction des offres, éventuellement prolongée, le soumissionnaire n'est plus fondé à se prévaloir des erreurs ou omissions qui pourraient figurer dans le métré récapitulatif ou dans l'inventaire mis à sa disposition par le pouvoir adjudicateur », cette disposition ne porte pas préjudice à l'obligation du pouvoir adjudicateur de corriger les erreurs matérielles même après l'ouverture des offres et donc de rechercher l'intention réelle du soumissionnaire. La circonstance que le pouvoir adjudicateur constate ces erreurs dans le cadre de l'examen des critères de sélection qualitative s'avère dépourvue de pertinence.

Le rapport d'analyse des offres indique ce qui suit :

« [...] »

L'entreprise Close Comfort SA mentionne un sous-traitant Evocell SA à qui elle compte sous-traiter une part de marché. Dans le document 08.a « Liste sous-traitant » de l'offre de l'entreprise Close Comfort SA, la part de marché attribué au sous-traitant concerné est de 80%. La classe d'agrégation du sous-traitant est de classe 2 pour un montant de 275.000 €. L'entreprise a été interrogée pour déterminer le montant réellement sous-traité, afin de déterminer la classe d'agrégation requise pour le sous-traitant pour que la société puisse effectivement se fonder sur les capacités de ce sous-traitant. Le soumissionnaire précise que l'offre est entachée d'une erreur matérielle. L'entreprise précise qu'il a été indiqué la part du marché de Close Comfort SA en lieu et place de la part sous-traitée, laquelle correspond donc à 20%. L'entreprise précise la répartition des tâches avec le sous-traitant. Au vu de la répartition des tâches précisée par l'entreprise, cette erreur apparaît bien être une erreur matérielle.

Pour une part de marché de 20% du marché, le sous-traitant Evocell SA a l'agrégation requise pour réaliser les travaux qui leur seront attribués. Le pouvoir adjudicateur corrige cette erreur qui apparaît en effet purement matérielle sur la base de l'article 34 de l'AR du 18 avril 2017.

[...] ».

Il résulte du dossier administratif que la partie adverse a constaté que, dans son offre, la société Close Comfort indiquait qu'elle sous-traiterait une part de 80 % du marché à la société Evocell, ce qui correspond à un montant de 627.641 euros, alors que ladite société n'était agréée que pour un montant de 275.000 euros. La partie adverse a dès lors interrogé la société Close Comfort par un courrier du 25 août 2020 en lui demandant de préciser la valeur de la partie du marché dont l'exécution serait sous-traitée. La société Close Comfort a répondu le 27 août 2020 que son offre comportait une mention erronée, la partie sous-traitée représentant 20 % et non 80 % du marché. C'est sur la base de cette réponse que l'offre de Close Comfort a été corrigée.

La partie adverse a donc constaté, dans l'offre de Close Comfort, une anomalie consistant en une disproportion manifeste entre la part du marché annoncée comme étant sous-traitée et le montant pour lequel l'entreprise sous-traitante était agréée, pour en déduire qu'une erreur avait probablement été commise. Elle a interrogé le soumissionnaire, comme le prévoit l'article 34, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, afin de rechercher son intention réelle et, sur la base de sa réponse, elle a considéré qu'il s'agissait d'une erreur matérielle au sens de la disposition précitée, et qui pouvait dès lors être rectifiée. En ce qu'il fait grief au pouvoir adjudicateur d'avoir méconnu l'article 34, § 2, précité pour le motif que l'erreur n'aurait pas été découverte par le pouvoir adjudicateur lui-même et corrigée par lui seul, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

Par ailleurs, si l'article 34, § 2, n'indique pas ce qu'il convient d'entendre par une erreur matérielle, il se déduit de l'obligation de rechercher l'intention réelle du soumissionnaire comme de l'interdiction de modifier l'offre,

que l'erreur matérielle doit s'entendre comme celle qui a manifestement pour effet d'aboutir à un résultat contraire à celui qu'entendait poursuivre le soumissionnaire. Lorsqu'il est question d'une erreur matérielle ou d'une erreur purement matérielle, le pouvoir adjudicateur dispose d'une liberté d'appréciation pour déterminer, à la lumière des circonstances, s'il est admissible qu'il s'agisse d'une erreur matérielle et si, lorsqu'il a commis l'erreur, l'intention du soumissionnaire était claire ou non. Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer sa propre appréciation à celle de l'administration.

En l'espèce, l'erreur portait sur la répartition des tâches entre le soumissionnaire et son sous-traitant. Cette répartition était – et est toujours – fondée sur un rapport 20% - 80%, mais il s'est avéré qu'en complétant son offre, la société Close Comfort a inversé ce rapport en indiquant que le sous-traitant exécuterait 80 % du marché. *Prima facie*, eu égard aux circonstances de l'espèce, il semble que la partie adverse a pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que la mention figurant dans le formulaire d'offre constituait une erreur matérielle, qui pouvait donc être corrigée. La circonstance que cette erreur est apparue à l'occasion d'une demande d'explication adressée au soumissionnaire s'avère indifférente à cet égard.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

Le deuxième moyen est « pris de la méconnaissance de :

- la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11 ;
- la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment en ses articles 4 et 84 ;
- l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en son article 82 ;
- des principes généraux du droit et notamment des principes d'intangibilité des offres et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires ;
- du devoir de minutie ».

La requérante fait valoir que « comme exposé dans le cadre du premier moyen, la partie adverse a corrigé l'offre de CLOSE COMFORT suite à l'invocation, par cet opérateur économique, d'une prétendue erreur matérielle ».

Elle reproduit l'article 82 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et fait valoir ce qui suit :

« Il est donc clairement stipulé dans cet article 82 que dès la date et l'heure limite d'introduction des offres, un soumissionnaire ne peut se prévaloir d'une erreur que comporterait son offre.

A noter d'ailleurs que cet article englobe tous types d'erreur puisqu'il ne fait aucune distinction par exemple entre erreurs matérielles et autres types d'erreur.

Appliqué au cas d'espèce, il faut en conclure que dès l'ouverture des offres, CLOSE COMFORT, comme tout autre soumissionnaire d'ailleurs, ne pouvait plus invoquer une quelconque erreur présente dans son offre.

Le rapport d'analyse des offres renseigne que CLOSE COMFORT a été interrogée à l'occasion de l'examen de la sélection qualitative, pour déterminer le montant réellement sous-traité, afin de déterminer la classe d'agrégation requise pour le sous-traitant.

Cette étape est évidemment postérieure à l'ouverture des offres.

Il s'en déduit que c'est en violation de cet article 82 que CLOSE COMFORT s'est prévalu d'une erreur que son offre comportait.

C'est donc également en violation de cet article que la partie adverse a pris en considération cette justification et a modifié cette offre. ».

VI.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Ainsi qu'il résulte de l'examen *prima facie* du premier moyen, la partie adverse paraît avoir procédé à la correction d'une erreur matérielle, conformément à l'article 34, § 2, de l'arrêté royal du 17 avril 2018, lequel constitue un tempérament au principe de l'intangibilité des offres. La correction en cause n'a d'ailleurs rien changé au prix de l'offre.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VII. *Troisième moyen*

VII.1. *Thèse de la partie requérante*

Le troisième moyen est pris « la méconnaissance de :

- la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11 ;
- la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment en ses articles 4, 83 et 84 ;
- la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, notamment en ses articles 4, 5, 8, éventuellement rendus applicables par l'article 29 ;
- la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3 ;
- l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses articles 33, 35, 36, 76 et 87;

- du devoir de minutie ;
 - des principes généraux du droit, et notamment du principe de bonne administration,
 - des principes généraux d'égalité et de non-discrimination et de transparence ;
 - de l'obligation de motivation ;
- Et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

A. Première branche

En une première branche, la requérante dénonce l'« absence de vérification des prix ou des coûts par poste ».

Après avoir cité l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 précitée, ainsi que les articles 33, 35 et 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, elle expose que la vérification des prix doit concerner aussi bien le prix global que le prix des différents postes du métré et qu'il constitue une étape obligatoire à laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut se soustraire. Elle souligne qu'il ressort d'une abondante jurisprudence, que cette étape obligatoire ne peut être écartée par le pouvoir adjudicateur et qu'il doit s'y soumettre d'office.

Elle fait ensuite valoir qu'il ressort de la décision d'attribution, et plus spécialement du rapport d'examen des offres, que le pouvoir adjudicateur s'est interrogé sur la normalité du prix global de Coretec Engineering mais qu'il ne ressort pas de cette décision que le pouvoir adjudicateur a examiné les prix des différents postes du métré et a vérifié leur caractère normal. Elle soutient que la partie adverse aurait dû, à tout le moins, vérifier l'ensemble des prix par poste et, pour certains, le cas échéant, s'interroger sur leur apparente anormalité, alors qu'il ne ressort d'aucun passage de la décision attaquée que tel aurait été le cas, de sorte qu'elle a manqué à son obligation de vérification des prix.

B. Seconde branche

La seconde branche dénonce le « défaut de motivation ».

Elle expose notamment ce qui suit :

- « [...] D'un point de vue général, la fonction de la motivation est décrite comme suit par la jurisprudence de Votre Conseil :
- “ L'obligation de motivation formelle à laquelle la partie adverse est tenue répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude,

l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts.

La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce.

Si l'obligation de motivation formelle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision, cette obligation de motivation doit être appréciée de manière raisonnable et ne peut conduire à imposer à l'autorité administrative de donner les motifs de ses motifs. L'étendue de la motivation ainsi exigée dépend, en outre, des circonstances dans lesquelles la décision est prise.”

L'obligation de motivation répond donc à une double exigence. D'une part celle de permettre au destinataire de l'acte de comprendre les raisons ayant fondé la décision, d'autre part celle de permettre au Conseil d'État de vérifier la pertinence et l'exactitude des motifs.

“ Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormal d'un prix et que ce n'est que lorsqu'à l'issue de la vérification qu'un prix lui paraît anormal, qu'il peut être tenu d'inviter, conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires, avant de pouvoir, le cas échéant, écarter son offre, il n'en reste pas moins qu'il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification.

En l'espèce, il ne ressort d'aucun élément du dossier administratif tel qu'il a été déposé, et pas davantage de la décision attaquée, que le pouvoir adjudicateur aurait procédé à une vérification des prix.

Or, s'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

Si la partie adverse fait valoir que "le prix remis par l'attributaire se situe dans le même ordre de grandeur que les prix couramment pratiqués dans le secteur d'activités propre au présent marché" et qu'il n'apparaît donc pas anormal compte tenu de la qualité et des équipes proposées, le dossier administratif ne contient aucun élément qui attesterait de l'effectivité de cette vérification des prix, et ce alors que, face à des prix qui, comme le relève la note d'observations, peuvent diverger de manière beaucoup plus significative dans un marché de services, la partie adverse ne pouvait vérifier les prix et conclure à leur normalité sans procéder à des investigations dont aurait nécessairement dû rendre compte le dossier.

À défaut de telles indications, l'effectivité de la vérification des prix ne peut être établie à suffisance, de sorte que le second moyen doit être déclaré sérieux.”

Si le dossier administratif laissait apparaître qu'une vérification des prix poste par poste a bien été menée par la partie adverse, il conviendrait néanmoins de conclure au défaut de motivation de cette décision, aucune mention de cette éventuelle vérification n'apparaissant.

En effet, à titre d'exemple, des seuls renseignements ressortant du rapport d'analyse des offres, il apparaît que, si les prix globaux des différents soumissionnaires sont proches les uns des autres, il y a une forte disparité entre les prix offerts pour l'option.

SOUMISSIONNAIRE	OPTION OBLIGATOIRE
CLOSE COMFORT	30.275,00 €
CORETEC ENGINEERING	694.938,25 €
DAUVISTER S.A.	73.100,00 €
EOLUZ N.V.	81.268,85 €
KLINKENBERG S.A.	90.205,00 €
R-GROUP	50.395,00 €

Même si le pouvoir adjudicateur n'est pas soumis en l'occurrence à l'article 36, §4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, il apparaît que le prix offert pour l'option obligatoire par CLOSE COMFORT représente 41 % (et par conséquent s'éloigne de 59 %) de la moyenne des offres calculée conformément à cet article.

Même si un tel écart ne démontre pas, en théorie, par lui-même, une anormalité de prix, il apparaît qu'à tout le moins, le pouvoir adjudicateur aurait dû, sinon interroger le soumissionnaire présentant un prix à ce point bas, à tout le moins expliquer dans sa décision le raisonnement qui l'a conduit à considérer ce prix comme normal.

Tel n'a pas été le cas.

En ne motivant pas la décision sur ce point, la partie adverse a empêché tant Votre Conseil que la requérante de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs qui auraient, le cas échéant, conduit la partie adverse à considérer que le prix de l'option de l'offre de l'adjudicataire pressenti ne présente pas d'apparence d'anormalité.

[...]

En ne motivant pas sa décision sur les raisons qui l'ont conduites à considérer que les prix unitaires des différents postes du mètre de l'adjudicataire pressenti ne présentaient aucun caractère d'anormalité, la partie adverse a manqué à ses obligations en la matière.

La deuxième branche du présent moyen est sérieuse. »

VII.2. Appréciation du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

Aux termes de l'article 33 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques :

« Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36 ».

L'article 35 du même arrêté dispose comme suit :

« Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires ».

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormal d'un prix, il ne peut s'abstenir de procéder à une vérification concrète des prix, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires. Il n'est tenu d'inviter le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires que lorsqu'à l'issue de la vérification, un prix lui paraît anormal.

S'agissant des prix, le point 4.3. du rapport d'analyse des offres contient les considérations suivantes :

« Les offres introduites ont été soumises à une vérification des prix, conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.
À cette occasion, il est constaté que le montant de l'offre de l'entreprise Coretec Engineering SA s'écarte de 16,01% en-dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires, et pourrait donc sembler anormalement bas. Afin de vérifier la régularité de l'offre, les auteurs de projet ont invité l'entreprise à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition de son prix, comme prévu par l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.
L'entreprise a répondu par courrier recommandé en date du 28 juillet 2020. Cela étant, puisqu'il est apparu au vu du montant de l'offre à approuver que cette société ne pouvait pas entrer en ligne de compte pour l'attribution du marché en raison de sa classe d'agrément insuffisante, l'analyse n'a pas été poursuivie.
Les autres entreprises n'ont pas remis de prix semblant anormalement haut ou bas. »

Il s'en déduit que la partie adverse a procédé à une vérification des prix et qu'elle a considéré qu'il n'était ni utile ni requis de procéder à un examen plus approfondi sur la base de l'article 36 de l'arrêté royal du 17 avril 2017, excepté pour un soumissionnaire. Elle n'a toutefois pas été plus loin dans l'analyse dès lors que ce soumissionnaire n'était de toute façon pas sélectionné.

Il convient de relever que le rapport d'analyse des offres contient des tableaux comparatifs des prix globaux et que des tableaux des prix unitaires, assortis de diverses observations, figurent dans le dossier confidentiel. Ainsi que l'expose la partie adverse dans sa note d'observations, ces documents indiquent par ailleurs que l'auteur de projet a interrogé le soumissionnaire susvisé sur les prix anormaux identifiés à la suite de l'analyse de chaque prix unitaire.

Il résulte de ce qui précède que des indices suffisants permettent de considérer, *prima facie*, qu'une vérification des prix a eu lieu.

Le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

B. Quant à la seconde branche

Il peut être admis, en principe, qu'un pouvoir adjudicateur n'indique pas dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, à condition qu'il ressorte de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

En l'espèce, rien n'indique, *prima facie*, que le pouvoir adjudicateur aurait dû, à la suite de la vérification des prix opérée, entamer, à l'égard de la société Close Comfort, un contrôle d'anormalité des prix, sur pied de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il n'y avait donc rien à motiver, dans l'acte attaqué, quant à l'absence de prix anormaux.

Le moyen n'est pas sérieux en sa seconde branche, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'exception d'irrecevabilité du moyen soulevée par la partie adverse à l'égard de cette branche.

VIII. Confidentialité

La partie requérante dépose son offre à titre confidentiel. Il s'agit de la pièce A1 de son dossier de pièces.

La partie adverse dépose, quant à elle, sous le couvert de la confidentialité, les différentes offres des soumissionnaires ainsi que les documents détaillés d'analyse de ces offres, et notamment des prix, et les échanges ayant le cas échéant eu lieu à cet égard entre le pouvoir adjudicateur et les soumissionnaires. Il s'agit des pièces 20 à 27 du dossier administratif.

Enfin, la partie intervenante dépose son courrier du 27 août 2020 adressé en réponse à la partie adverse à titre confidentiel. Il s'agit de la pièce 5 de son dossier de pièces.

Dès lors qu'aucune de ces demandes n'a été contestée, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société Close Comfort est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

La pièce A1 du dossier de la partie requérante, les pièces 20 à 27 du dossier administratif et la pièce 5 du dossier de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 14 janvier 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky