

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DE VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 245.253 du 31 juillet 2019

A. 228.562/VI-21.529

En cause : **la société anonyme VENTURIS,**
avenue Pasteur 4
1300 Wavre

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée de droit public compagnie intercommunale liégeoise des eaux,
ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocat,
Avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles

Tiers intéressé :

la société civile sous forme de société privée à responsabilité limitée Alain BORDET,
ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre RAMQUET et Martin CHABOT, avocats,
Place Verte 13
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête unique introduite le 10 juillet 2019, la société anonyme VENTURIS demande selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 20 juin 2019, notifiée par courrier daté du 25 juin 2019, informant la SOCIÉTÉ ANONYME VENTURIS que son offre ayant trait au marché public portant sur l' «accord-cadre de services pour le recouvrement de factures impayées» n'a pas été retenue.

II. Procédure

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et à l'article 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.

Par une requête introduite le 24 juillet 2019, la société anonyme (S.A.) la société civile sous forme de société privée à responsabilité limitée Alain BORDET demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une ordonnance du 12 juillet 2019, les parties ont été convoquées à l'audience du 25 juillet 2019 et le rapport leur a été notifié.

Mme Anne-Françoise BOLLY, président de chambre f. f. , a fait rapport.

M^e Jérôme DENAYER, *loco* M^e Christophe THIEBAUT, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Cyrille DONY, *loco* Me marie VASTMA NS, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Martine CHABOT, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur, 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

1. Il ressort de la note d'observations de la partie adverse que le 20 juin 2017, le conseil d'administration de la S.C.R.L. Compagnie intercommunale liégeoise des eaux (CILE) décide de conclure un accord-cadre de services ayant pour objet le recouvrement en phases amiable ou judiciaire de factures impayées et d'approuver les conditions, le montant estimé, le mode de passation (procédure négociée avec publicité au niveau belge) de ce marché ainsi que le cahier spécial des charges n° S17-1683 qui régit ledit marché.

2. La partie adverse expose que le 12 décembre 2017, le conseil d'administration de la CILE décide de sélectionner sept candidats, parmi lesquels la requérante.

3. La partie adverse poursuit en avançant que le 12 juin 2018, le conseil d'administration de la CILE décide d'attribuer le marché litigieux à la SPRL ALAIN BORDET dès lors que celle-ci a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse en tenant compte des critères d'attribution.

Cette décision est communiquée aux soumissionnaires par courrier recommandé et par un e-mail du 15 juin 2018.

4. Le 2 juillet 2018, la requérante introduit un recours en suspension, selon la procédure d'extrême urgence, devant le Conseil d'Etat à l'encontre de cette décision.

Par un arrêt n°242.136 du 24 juillet 2018, le Conseil d'Etat ordonne la suspension de l'exécution de la décision du 12 juin 2018 de la CILE.

5. La partie adverse poursuit en exposant que par une décision du 11 septembre 2018, la CILE décide de retirer la décision du 12 juin 2018.

Par une décision du 9 octobre 2018, la CILE décide de renoncer à l'attribution de l'accord-cadre de services pour le recouvrement en phases amiable et/ou judiciaire de factures impayées, référencé S17-1683.

6. La CILE décide, le 9 octobre 2018 également, de lancer un nouveau marché public en vue de conclure un accord-cadre de services pour le recouvrement de factures impayées. Ce nouveau marché est régi par le cahier spécial des charges portant la référence S18-1987. Sa durée est limitée à douze mois et le mode de passation retenu est la procédure négociée sans mise en concurrence préalable.

7. La partie adverse expose que le 22 octobre 2018, la CILE invite sept soumissionnaires, dont la requérante, à déposer une offre, qu'à l'échéance du délai pour la remise des offres, fixée au 16 novembre 2018 à 11h, trois opérateurs économiques, dont la requérante, ont remis une offre, que dans l'intervalle, les soumissionnaires ont soumis un certain nombre de questions à la CILE, auxquelles cette dernière a répondu par un courrier du 7 novembre 2018.

8. Le 11 décembre 2018, la CILE interroge les soumissionnaires et les invite à lui fournir un certain nombre d'informations et de documents. En ce qui concerne la requérante, la CILE lui demande des explications relatives à la sous-traitance qu'elle envisage, concernant la justification de ses prix.

La requérante donne suite à cette demande par courrier daté du 26 décembre 2018 dans le délai prévu à cet effet.

9. Le 6 mai 2019, la CILE invite les soumissionnaires à rencontrer ses représentants le 15 mai 2019.

A la suite de cette entrevue, la CILE transmet un procès-verbal de réunion à chacun des soumissionnaires le 20 mai 2019 et les invite à lui répondre pour le 27 mai 2019. La requérante confirme son offre initiale par courrier daté du 27 mai 2019.

10. Le 20 juin 2019, la CILE décide d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire que la requérante pour une période de douze mois et pour un montant total maximal de 420.000 EUR HTVA tandis qu'elle déclare l'offre de la requérante nulle en raison des irrégularités substantielles dont elle est entachée. Il s'agit de l'acte attaqué. Cette décision est communiquée aux soumissionnaires par un courrier daté du 25 juin 2019.

IV. Intervention

La S.C.R.L. Alain BORDET, à qui la décision attaquée a attribué le marché, demande à intervenir dans la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette intervention.

V. Recevabilité

V.1. Thèse des parties

A. La note d'observations de la partie adverse

La partie adverse soulève deux exceptions d'irrecevabilités du recours tenant au défaut d'intérêt de la requérante, dans les termes suivants :

« A. Défaut d'intérêt dans le chef de la requérante en ce qu'elle n'attaque que la décision de ne pas retenir son offre.

[...].

Aux termes de sa demande en suspension, la requérante soumet à la censure de Votre Conseil, « en vue de la suspension de son exécution selon la procédure d'extrême urgence, la décision du 20 juin 2019, notifiée par courrier daté du 25 juin 2019, informant la SOCIETE ANONYME VENTURIS que son offre ayant trait au marché public portant sur l'« accord-cadre de services pour le recouvrement de factures impayées » n'a pas été retenue».

La requérante ne sollicite pas la suspension de l'exécution de la décision attribuant le marché en cause à l'un de ses concurrents, alors pourtant qu'elle en a été informée aux termes du courrier l'informant de la décision adoptée par la CILE.

Ce courrier du 25 juin 2019 énonce en effet ce qui suit :

En application des dispositions de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés publics de travaux, de fournitures et de services, nous vous informons que le marché identifié en objet a été attribué à un autre soumissionnaire.

En ce qui concerne plus particulièrement votre soumission, nous portons à votre connaissance que celle-ci n'a pas été jugée régulière.

En vertu de l'application des dispositions de l'article 8, §1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013, vous trouverez en annexe l'extrait de la décision motivée.

Votre Conseil considère - de manière constante - que « l'intérêt d'un soumissionnaire à attaquer devant le Conseil d'État une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même. Dans cette optique, l'intérêt à attaquer une décision de non-sélection de sa candidature disparaît si le candidat non retenu s'abstient de contester la décision qui attribue le marché à un concurrent » (C.E., arrêt n° 223.899 du 14 juin 2013, SA EUROPEAN DYNAMICS. Voy. dans le même sens : C.E., arrêt n° 228.095 du 18 juillet 2014, SA HULLBRIDGE ASSOCIATED et consorts; C.E., arrêt n° 234.930 du 3 juin 2016, SA VAK BELGIUM).

En l'espèce, le recours introduit par la requérante est irrecevable à défaut pour elle d'avoir demandé la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché en cause.

Si Votre Conseil devait suspendre l'exécution de la décision de ne pas retenir l'offre de la requérante, elle ne pourrait pas retrouver une chance d'obtenir le marché puisque la décision d'attribuer le marché à un de ses concurrents n'est pas entreprise dans le cadre du présent recours.

B. Défaut d'intérêt dans le chef de la requérante en raison des irrégularités substantielles dont est entachée son offre.

[...].

La doctrine admet qu'un « soumissionnaire non sélectionné ou déclaré irrégulier n'a intérêt à poursuivre l'annulation de la décision d'attribution que dans la mesure où il prend un ou des moyens de l'irrégularité de sa non-sélection ou de celle du rejet pour irrégularité de son offre, ou encore de l'illégalité de la sélection ou de la reconnaissance de la régularité de l'offre de l'adjudicataire, voire des autres soumissionnaires » (E. THIBAUT, « Actualités de la jurisprudence de la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat relative aux marchés publics (année 2009) », A.P.T., 2012, p. 296).

E. THIBAUT et P. THIEL ont rappelé que « les requérantes, dont l'offre a été jugée irrégulière, n'ont d'intérêt à demander la suspension de l'exécution de la décision attribuant le marché à un concurrent, que pour autant qu'il soit démontré que c'est à tort que leur offre a été jugée irrégulière. L'examen de l'intérêt est toutefois lié au fond » (E. THIBAUT et P. THIEL, « Chronique de jurisprudence judiciaire et du Conseil d'Etat (décisions juridictionnelles de 2011) », MCP, 2012/4, p. 477).

[...].

Cette position a également été confirmée par la jurisprudence de Votre Conseil.

Dans son arrêt n° 212.298 du 29 mars 2011, Votre Conseil a rappelé que « les requérantes, dont l'offre a été jugée irrégulière, n'ont intérêt à demander la suspension de l'exécution d'une décision attribuant le marché à un concurrent, que pour autant qu'il soit démontré que c'est à tort que leur offre a été jugée irrégulière; que l'examen de l'intérêt est toutefois lié au fond » (C.E., arrêt n° 212.298 du 29 mars 2011).

La jurisprudence récente de Votre Conseil s'appuie sur le même raisonnement (C.E., arrêt n° 227.379 du 14 mai 2014, MCP, 2014/3, p. 324; C.E., arrêt n° 225.211 du 23 octobre 2013, MCP, 2014/1, p. 78).

[...].

En l'espèce, le recours introduit par la requérante est irrecevable au motif que, comme il sera démontré lors de l'examen des moyens soulevés à l'appui de sa requête, elle reste en défaut de démontrer que son offre aurait dû être considérée comme régulière et, partant, aurait dû être prise en considération lors de l'examen des offres au regard des critères d'attribution ».

B. La requête en intervention

La partie intervenante soulève également une exception d'irrecevabilité prise du défaut d'intérêt de la requérante. Elle indique que, malgré les deux irrégularités affectant l'offre de la requérante, la partie adverse a procédé à la comparaison de l'ensemble des offres et a dressé une simulation d'un classement si toutes les offres avaient été déclarées régulières. Elle vise plus particulièrement le tableau figurant à la page 45 du rapport d'analyses des offres et constate que l'offre de la requérante n'a obtenu que 73,17 points sur 100 alors que la sienne a obtenu 83,65 points sur 100. Elle en déduit que rien ne permet de penser que, même potentiellement, en cas de suspension, la requérante recouvrerait une chance d'obtenir le marché, du reste déjà conclu.

V.2. Examen

A. Quant à la première exception soulevée par la partie adverse

Aux termes de la requête en suspension d'extrême urgence, la requérante sollicite du Conseil d'Etat qu'il ordonne la suspension « de la décision du 20 juin 2019 de la S.C.R.L. CILE par laquelle elle décide :

- De déclarer nulle l'offre déposée par la S.A. VENTURIS pour le marché public portant sur l'accord-cadre de services pour le recouvrement de facture impayées et partant de rejeter son offre;
- D'attribuer le marché public portant sur l'accord-cadre de services pour le recouvrement de factures impayées » à un autre soumissionnaire, dont l'identité n'a pas été communiquée à la S.A. VENTURIS; ».

Partant, la critique manque en fait et la fin de non-recevoir n'est pas accueillie.

B. Quant à la seconde exception soulevée par la partie adverse

Cette exception est liée au fond et à l'examen des moyens.

C. Quant à l'exception soulevée par la partie intervenante

La partie adverse n'a communiqué à la requérante que les motifs de la décision attaquée qui concernait le rejet de son offre, et a demandé la confidentialité du rapport d'attribution de sorte que la requérante a été mise dans l'impossibilité de critiquer la comparaison des offres et n'est pas en mesure de faire valoir ses éléments de défense quant à l'exception soulevée. Par conséquent, à ce stade de la procédure, la fin de non recevoir n'est pas accueillie.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèses des parties

A. La requête

Le deuxième moyen est pris de la "violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 29/1 de 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 et des articles 41, 43, 44, et 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, ainsi que de l'absence de motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Dans une première branche, la requérante constate que la S.C.R.L. C.I.L.E. déclare nulle son offre au motif qu'elle méconnaîtrait une exigence essentielle du cahier spécial des charges liée au prix et qu'elle ne permettrait pas de garantir la normalité et la rentabilité de son prix en phase judiciaire. Elle estime que les motifs invoqués par la S.C.R.L. C.I.L.E. pour justifier sa décision sont insuffisants et ne permettent pas de démontrer le caractère substantiel de l'irrégularité qu'elle dénonce.

Dans une seconde branche, elle fait grief à la S.C.R.L. C.I.L.E. de ne pas l'avoir réinterrogée sur son prix ou, à tout le moins, de ne pas lui avoir permis de régulariser son offre sur ce point. Elle soutient qu'à supposer qu'elle était effectivement en présence d'une irrégularité substantielle, la S.C.R.L. C.I.L.E. devait permettre à la S.A. VENTURIS d'étayer ses justifications ou, en tout cas, lui

permettre de régulariser son offre, ou à tout le moins justifier les raisons pour lesquelles elle ne lui permettait pas de le faire.

Elle développe la première branche du moyen dans les termes suivants :

" 20. Dans le cadre de ce marché, la S.C.R.L. C.I.L.E. a fixé trois critères d'attribution pour examiner les offres, parmi lesquels figure le « prix en phase judiciaire ».

Celui-ci est défini au point « 1.21 Critères d'attribution » du cahier spécial des charges comme suit :

« En vue de sa rémunération, le soumissionnaire doit indiquer le pourcentage appliqué par dossier sur toute somme confiée uniquement en principal.

La remise d'une offre comprenant un pourcentage nul n'est pas autorisé, sous peine de nullité de l'offre.

Ce pourcentage n'est pas d'application sur la clause pénale ni sur les frais légaux exposés.

Le pourcentage proposé par le soumissionnaire ne comprendra pas les frais d'huissiers légaux, qui seront, dans tous les cas, et pour autant que son intervention soit autorisée par l'autorité adjudicatrice, payés par celle-ci.

Le prix est donc basé sur la rémunération calculée par dossier sur toute somme confiée uniquement en principal » (pièce n°3, page 15).

Toujours à propos de ce critère, le cahier spécial des charges précise encore, au point « 1.5 Eléments inclus dans le prix », que sont notamment inclus dans les prix tant unitaires que globaux « tous les frais, mesures et impositions quelconques inhérents à l'exécution du marché, notamment :

1. la gestion administrative et le secrétariat; [...]

8. les frais éventuels de l'avocat (frais et honoraires relatifs au traitement des affaires confiées et représentation);

9. les frais engendrés pour l'exécution du marché dont les frais informatiques (connexion, accès aux applications, ...) [...]

Ne sont pas inclus dans le prix :

1. Les frais de justice légaux. Les frais d'huissiers seront rémunérés conformément aux dispositions en vigueur et relatives à la tarification de leurs prestations.

2. L'indemnité de procédure [...] » (pièce n°3, page 8).

21. C'est dans ce contexte que, dans l'offre qu'elle a déposée le 15 novembre 2018, la S.A. VENTURIS a présenté son prix, pour la phase judiciaire, sous la forme d'un pourcentage (pièce n°4, page 6).

La S.C.R.L. C.I.L.E. a alors informé la S.A. VENTURIS, dans un courrier daté du 11 décembre 2018, qu'au regard des prix remis par les autres soumissionnaires, son prix serait « largement inférieur » et lui semblerait « anormalement bas par rapport aux prestations à exécuter ».

22. S'agissant de la vérification des prix, l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics permet au pouvoir adjudicateur de « proc[éder] à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi ».

C'est ainsi que l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux précise, aux articles 41 et suivants, les contours du pouvoir de vérification des prix.

En ce sens, l'article 43 de l'arrêté royal précité prévoit que « l'entité adjudicatrice soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts », et que, pour ce faire, « elle peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, lu en combinaison avec l'article 153, 3°, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires ».

23. L'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 fixe, pour sa part, la procédure de vérification des prix et prévoit notamment que lorsqu'un ou plusieurs postes présentent, après vérifications, un caractère anormal, l'offre est écartée « en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée ».

Toutefois, l'article 44 ajoute, en son paragraphe 6, que « sauf disposition contraire dans les documents du marché, le présent article n'est applicable ni à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, ni à la procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable, ni à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable pour autant qu'il s'agisse d'un marché de fournitures ou de services dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne ou d'un marché de travaux dont le montant estimé est inférieur à 1.000.000 euros ».

A partir du moment où pour le marché ici en cause, le choix de la procédure négociée sans mise en concurrence préalable a été fait, que son montant estimé ne dépasse pas le seuil fixé pour la publicité européenne et que les documents du marché ne rendent pas l'article 44 applicable, seul le régime des irrégularités, organisé par l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017, s'applique à la vérification des prix.

Pour le dire autrement, il ne suffit pas de considérer un prix comme anormal pour que l'offre soit affectée d'une irrégularité substantielle - qui est le régime de l'article 44 -, il faut appliquer l'article 74, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 qui précise :

- que « l'entité adjudicatrice vérifie la régularité des offres »;
- que « l'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle »;
- et que « constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues », étant entendu qu'est réputée substantielle l'irrégularité ayant pour objet « le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché ».

Face à une irrégularité substantielle, l'entité adjudicatrice a la possibilité, en vertu de l'article 74, § 5, de l'arrêté royal du 18 juin 2017, de déclarer l'offre nulle ou de la régulariser, sachant qu'il lui appartient, d'abord et avant tout, de démontrer et de justifier concrètement les raisons pour lesquelles l'irrégularité d'une offre devrait être considérée comme « substantielle ».

24. Force est de constater que la S.C.R.L. C.I.L.E. a méconnu l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 puisqu'elle s'est limitée à tenter de démontrer les raisons pour lesquelles le prix proposé par la S.A. VENTURIS était anormal pour ensuite, et de manière complètement stéréotypée, considérer que :

« l'offre de la SA VENTURIS est dès lors affectée d'une irrégularité substantielle en ce qu'elle méconnaît une exigence essentielle du cahier spécial des charges et ne permet pas de garantir la normalité et la rentabilité du prix proposé par la SA VENTURIS en phase judiciaire ».

Cette formule, qui s'apparente à une simple clause de style, ne permet absolument pas de comprendre les raisons pour lesquelles l'irrégularité a été qualifiée de substantielle. Elle le permet d'autant moins que :

- d'une part, le cahier spécial des charges ne traite pas de la normalité des prix et ne l'érige donc pas en exigence essentielle, la S.A. VENTURIS ayant remis un prix conformément aux dispositions du cahier spécial des charges - ce qui n'a d'ailleurs jamais été contredit par la S.C.R.L. C.I.L.E. -;
- d'autre part, le motif selon lequel l'offre « ne permet pas de garantir la normalité et la rentabilité du prix proposé par la SA VENTURIS en phase judiciaire » n'est pas un de ceux pour lesquels une offre peut, selon l'article 74, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 juin 2017, être considérée comme affectée d'une irrégularité substantielle.

Il y a donc lieu de considérer que l'acte attaqué méconnaît l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 mais aussi son article 44 - en le rendant applicable, au moins implicitement, à une procédure à laquelle il ne l'était pas -, ainsi que l'exigence de motivation de l'article 29/1 de 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.

25. Cela étant, la décision de la S.C.R.L. C.I.L.E. par laquelle elle considère le prix de la S.A. VENTURIS comme étant non justifié, est basée sur quatre motifs principaux, dont aucun ne résiste à l'analyse.

26. En ce qui concerne, tout d'abord, les frais exposés par la S.A. VENTURIS - que celle-ci aurait omis de prendre en compte dans le cadre de la justification de son prix -, plusieurs éléments démontrent que la S.C.R.L. C.I.L.E. s'est méprise dans son analyse :

- premièrement, la S.C.R.L. C.I.L.E. perd manifestement de vue les dispositions applicables à ce marché, et notamment :

- o l'article 40, § 3, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, qui précise que « sauf disposition contraire dans les documents du marché, sont inclus dans les prix tant unitaires que globaux des marchés de services, tous les frais, mesures et charges quelconques inhérents à l'exécution du marché, notamment :

- 1° la gestion administrative et le secrétariat;

- 2° le déplacement, le transport et l'assurance;

- 3° la documentation relative aux services;

- 4° la livraison de documents ou de pièces liés à l'exécution;

- 5° les emballages;

- 6° la formation nécessaire à l'usage;

- 7° le cas échéant, les mesures imposées par la législation en matière de sécurité et de santé des travailleurs lors de l'exécution de leur travail »;

- o le point « 1.5 Eléments inclus dans le prix » du cahier spécial des charges, en vertu duquel sont notamment inclus dans les prix tant unitaires que globaux « tous les frais, mesures et impositions quelconques inhérents à l'exécution du marché, notamment :

- 1. la gestion administrative et le secrétariat;

- [...]

- 8 les frais éventuels de l'avocat (frais et honoraires relatifs au traitement des affaires confiées et représentation);

- 9 les frais engendrés pour l'exécution du marché dont les frais informatiques (connexion, accès aux applications, ...) [...]

- Ne sont pas inclus dans le prix :

- 1 Les frais de justice légaux. Les frais d'huissiers seront rémunérés conformément aux dispositions en vigueur et relatives à la tarification de leurs prestations.

- 2 L'indemnité de procédure [...] » (pièce n°3, page 8);

conformément à ces dispositions, le prix remis par les soumissionnaires inclut l'ensemble des frais exposés pour l'exécution du marché, à l'exclusion notamment des frais d'huissiers de justice; les éventuels frais exposés par la S.A. VENTURIS sont donc nécessairement compris dans son prix, et pour le dire autrement, elle ne pourrait pas les réclamer, en plus, à la S.C.R.L. C.I.L.E. dans le cadre de l'exécution du marché; ce seul constat empêche la S.C.R.L. C.I.L.E. de soutenir que la S.A. VENTURIS n'aurait pas inclus de tels frais dans son prix; s'agissant des frais d'huissiers de justice - que la S.C.R.L. C.I.L.E. évoque également -, elle ne pouvait pas ignorer que les documents du marché précisent clairement qu'ils ne doivent pas être inclus dans le prix, ce qui explique que la S.A. VENTURIS n'en ait pas fait état dans ses justifications; s'agissant des frais liés à la filiale de la S.A. VENTURIS, la S.C.R.L. C.I.L.E. opère une confusion entre le volet « amiable » du recouvrement et le volet « judiciaire », puisque l'intervention de sa filiale n'est évoquée que dans le cadre du premier volet (pièce n°4, not. pages 22 et 39-40);

- deuxièmement, la S.C.R.L. C.I.L.E. ne peut pas prétendre que le prix proposé par la S.A. VENTURIS poserait un problème au regard de la marge bénéficiaire moyenne à laquelle celle-ci peut prétendre sur ses dossiers; la S.A. VENTURIS a donné des garanties à la S.C.R.L. C.I.L.E. quant à la rentabilité de son activité puisqu'elle lui permet aisément de couvrir l'ensemble des éléments inclus dans son prix.

27. En ce qui concerne la référence que fait la S.A. VENTURIS à l'ensemble de ses clients pour fixer son prix, la position de la S.C.R.L. C.I.L.E. est difficilement compréhensible. On voit mal comment un opérateur économique

pourrait présenter un prix sans tenir compte des circonstances susceptibles d'influer sur celui-ci.

Pour la S.A. VENTURIS, comme le fait apparaître son courrier du 27 décembre 2018, à chaque audience correspond une charge fixe qui est invariable, quel que soit le nombre de dossiers fixés (pièce n°6).

Eu égard à cet élément, il est logique qu'elle tienne compte de son expérience des deux dernières années - lui permettant de préciser à la S.C.R.L. C.I.L.E. le nombre de dossiers minimum, moyen et maximum par audience -. Ces informations influent inévitablement sur la justification du prix, celui-ci étant établi en tenant compte du rapport entre le nombre de dossiers par audience et le coût fixe que représente l'audience en question. Au plus il y a de dossiers par audience, au plus la S.A. VENTURIS est bénéficiaire. En conséquence, si la S.A. VENTURIS peut faire valoir qu'elle est certaine d'avoir un minimum de dossiers pour les audiences qui concerneront la S.C.R.L. C.I.L.E., sur la base de son expérience des deux dernières années - et sur base des dossiers liés à l'ensemble de ses clients -, elle démontre ainsi que son intervention est toujours rentable pour elle.

En prétendant que la S.A. VENTURIS aurait dû justifier son prix au regard des seuls clients de la S.C.R.L. C.I.L.E., cette dernière démontre son incompréhension des informations transmises par la S.A. VENTURIS. Celles-ci démontrant la rentabilité de son prix, elles sont pertinentes et devaient être prises en considération par la S.C.R.L. C.I.L.E.

28. En ce qui concerne la prise en compte de la zone géographique limitée des clients desservis par la S.C.R.L. C.I.L.E., cette dernière fait de nouveau une analyse erronée de la situation.

Dans la mesure où la S.A. VENTURIS justifie son prix au regard notamment du coût fixe que représente chaque audience pour elle, il est logique qu'elle tienne compte de la zone géographique limitée qui va de pair avec une limitation du nombre de juridictions - et donc d'audiences - concernées par les dossiers de recouvrement de la S.C.R.L. C.I.L.E.

C'est en tenant compte notamment du territoire desservi par la S.C.R.L. C.I.L.E., et donc du nombre de juridictions concernées, que la S.A. VENTURIS a défini son prix.

29. En ce qui concerne enfin le reproche fait par la S.C.R.L. C.I.L.E. à la S.A. VENTURIS, lié à la prise en compte d'une seule audience par dossier, il s'agit là à nouveau d'une interprétation erronée.

Dans son courrier du 27 décembre 2018, la S.A. VENTURIS justifiait son prix au regard du coût que représente une audience et du nombre de dossiers traités par audience (pièce n°6). Dans ce document, la S.A. VENTURIS y présentait son expérience des deux dernières années.

Cela étant, il faut constater :

- que si la S.C.R.L. C.I.L.E. fait valoir des situations théoriques, basées sur la procédure judiciaire, elle ne précise pas l'expérience à laquelle elle a été confrontée pour ses dossiers de recouvrement, de sorte qu'elle ne se base que sur de simples hypothèses pour critiquer la justification de la S.A. VENTURIS;

- que la S.C.R.L. C.I.L.E. ne peut évidemment pas ignorer que tout opérateur économique fixe son prix en tenant compte des coûts et charges inclus dans son prix ainsi que des aléas auxquels il peut être confronté; alors qu'elle ne l'a pas interrogé à cet égard, la S.C.R.L. C.I.L.E. ne peut donc pas soutenir que la S.A. VENTURIS aurait omis de tenir compte de l'hypothèse, par exemple, d'une fixation d'une deuxième audience pour un dossier;

- à nouveau, que la S.C.R.L. C.I.L.E. fait abstraction des justifications apportées par la S.A. VENTURIS dans son courrier du 27 décembre 2018, duquel il ressort clairement qu'au vu du nombre de dossiers de la S.A. VENTURIS fixés en moyenne pour chaque audience, son prix est tout à fait rentable pour elle, même dans l'hypothèse incertaine que quelques dossiers nécessiteraient la fixation de plusieurs audiences.

30. Au regard de ces éléments, et des pièces du dossier, à savoir en particulier de l'offre de la S.A. VENTURIS (pièce n°4) et de son courrier du 27 décembre 2018 (pièce n°6), cette dernière a apporté les justifications nécessaires à la

S.C.R.L. C.I.L.E. quant à la composition de son prix et à la rentabilité de son activité, eu égard au prix attractif proposé pour ce marché.

Outre que les éléments apportés par la S.A. VENTURIS étaient suffisants à assurer à la S.C.R.L. C.I.L.E. que le prix offert permettrait d'exécuter les obligations résultant du cahier spécial des charges, les motifs de rejet développés à l'égard des justifications sont manifestement inexacts, incomplets et erronés, et ils empêchent la S.A. VENTURIS de comprendre les véritables raisons d'un tel rejet.

Dans ce contexte, il y a lieu de constater que les motifs invoqués par la S.C.R.L. C.I.L.E. pour qualifier le prix de la S.A. VENTURIS d'irrégulier sont manifestement déraisonnables et erronés, ce qui rejaillit en outre sur la motivation de l'acte attaqué dont il doit être pourvu en vertu de l'article 29/1 de 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.

31. La première branche est sérieuse".

La requérante développe sa seconde branche dans les termes suivants :

" 32. Après avoir informé la S.A. VENTURIS de sa première analyse du prix de son offre, la S.C.R.L. C.I.L.E. l'a invitée à lui communiquer les justifications relatives à la composition de son prix.

C'est ce qu'a fait la S.A. VENTURIS dès le 27 décembre 2018 (pièce n°6).

Elle a toutefois considéré, dans l'acte attaqué, « qu'à l'issue de l'analyse de la justification du prix proposé par la SA VENTURIS en phase judiciaire, il appert que ces éléments ne permettent pas de justifier le prix proposé et de le considérer comme normal » (pièce n°1). En guise de justification, la S.C.R.L. C.I.L.E. indique que :

« l'ensemble des frais exposés dans le cadre de la phase judiciaire ne sont pas intégrés dans le prix proposé par la SA VENTURIS; la SA VENTURIS a calculé le nombre minimum et moyen de dossiers fixés par audience en tenant compte de l'ensemble de ses clients; la SA VENTURIS ne démontre pas que le caractère limité de la zone géographique des communes desservies par la CILE aurait une quelconque incidence sur le prix proposé en phase judiciaire et la SA VENTURIS a fondé sa justification de prix sur le postulat erroné que toute créance qui fait l'objet d'une procédure judiciaire sera recouvrée à l'issue d'une seule audience sans autre démarche de la part du cabinet d'avocats qui interviendra dans le cadre de la phase judiciaire du marché » (pièce n°9).

33. Le traitement - qui semble particulier (mais que la S.A. VENTURIS est dans l'incapacité de vérifier, notamment parce que l'accès à la motivation de l'ensemble de l'acte attaqué lui a été refusé) - réservé par la S.C.R.L. C.I.L.E. à la justification du prix de la S.A. VENTURIS surprend :

- parce qu'alors que dans sa justification du prix du mois de décembre 2018, la S.A. VENTURIS avait indiqué rester à la disposition de la S.C.R.L. C.I.L.E. pour apporter « tout complément d'information », celle-ci n'a jamais jugé utile, en près de six mois de temps, de l'interroger à ce sujet;

- mais aussi, et surtout, parce que lors de la réunion de négociations qui s'est tenue le 15 mai 2019, pas la moindre réserve ou question n'a été posée à ce sujet, au contraire de ce qui a été fait pour la sous-traitance; c'est ainsi que le procès-verbal de cette réunion, s'il fait apparaître que l'analyse est toujours en cours pour la sous-traitance et le pourcentage remis pour la phase judiciaire, ajoute « même si la position de la CILE semble claire et bien connue du soumissionnaire en ce qui concerne la sous-traitance » ou encore que les échanges lors de la réunion n'ont porté que sur cette seule question - à l'exclusion donc du prix remis pour la phase judiciaire -.

Si, face à une irrégularité substantielle, l'article 74, § 5, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 laisse le choix à l'entité adjudicatrice de déclarer l'offre nulle ou de la faire régulariser, cela ne le dispense pas pour autant de justifier son choix - ce que n'a pas fait la S.C.R.L. C.I.L.E. -. Elle devait d'autant plus le faire que, s'agissant de l'irrégularité relative à la sous-traitance et comme cela ressort notamment du

procès-verbal de la réunion du 15 mai 2019, la S.C.R.L. C.I.L.E. invitait la S.A. VENTURIS à régulariser son offre... ce qu'elle ne faisait, par contre, pas pour le prix proposé - qui ne semblait donc plus, au vu des justifications avancées, poser le moindre problème -.

34. La seconde branche est sérieuse".

B. La note d'observations de la partie adverse

La partie adverse conteste le sérieux du moyen dans les termes suivants:

" a) Première branche

- Obligation de procéder à la vérification des prix

39. La requérante soutient, tout d'abord, qu'en vertu de l'article 44, § 6, de l'arrêté royal du 18 juin 2017, cette disposition ne trouverait pas à s'appliquer au marché litigieux de sorte que la CILE ne pourrait écarter son offre sur la base d'un prix anormal. Au lieu de cela, la CILE aurait dû constater l'irrégularité dont est affectée son offre et motiver en quoi cette irrégularité présente un caractère substantiel justifiant son écartement.

Pour autant que de besoin, il convient de rappeler que l'article 41 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 impose à l'adjudicateur de procéder à la vérification des prix proposés dans les offres reçues, quels que soient le mode de passation retenu et montant estimé du marché. Cette vérification se fait conformément à l'article 43 de l'arrêté royal précité, après rectification éventuelle des offres sur la base de l'article 42 dudit arrêté royal.

L'article 43 susmentionné énonce ce qui suit :

« L'entité adjudicatrice soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, elle peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, lu en combinaison avec l'article 153, 3°, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires ».

Cette disposition prévoit une vérification des prix ou des coûts et permet à l'adjudicateur d'inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires en vue de cette vérification.

Comme le constate Samuel WAUTHIER, « le pouvoir adjudicateur doit toujours soumettre les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Aucune méthode particulière n'est cependant imposée (pas de critère mathématique). Pour ce faire, il peut inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires. Il existe donc bien une possibilité d'interrogation sur un prix sans déclencher *ipso facto* la procédure de vérification des prix anormaux. En théorie, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation en matière de détection de prix apparemment anormaux et le juge ne peut se substituer à lui car il n'exerce qu'un contrôle marginal (il censure seulement une appréciation manifestement déraisonnable). En pratique, ce pouvoir d'appréciation n'est pas apprécié uniformément par les juridictions et le pouvoir d'appréciation est parfois très limité » (Samuel WAUTHIER, Fiche thématique « Les prix anormaux dans les marchés publics (Législation 2016) », Mercatus).

40. Au vu de ce qui précède, il appert que la CILE avait l'obligation de procéder à la vérifications des prix proposés par la requérante – et par les autres soumissionnaires – dans le cadre du marché en cause, nonobstant le fait que la procédure retenue soit une procédure négociée sans mise en concurrence préalable et que le montant estimé du marché soit inférieur au seuils de publicité européenne.

A cet effet, elle pouvait, si elle l'estimait nécessaire interroger la requérante et l'inviter, le cas échéant, à lui fournir toute information nécessaire à cette vérification, sans être tenue par une quelconque méthode.

- Procédure à respecter dans le cadre de la vérification des prix

41. L'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 encadre la procédure qui doit être appliquée par un adjudicateur lorsque ce dernier suspecte certaines anomalies des prix et des coûts.

Il est exact que cette disposition ne trouve en principe pas à s'appliquer aux marchés passés par procédure négociée sans mise en concurrence préalable lorsque le montant estimé du marché est inférieur au seuil de publicité européenne.

Néanmoins, comme le relève Samuel WAUTHIER à propos de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 qui est identique à l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017, « en vertu de l'article 36 de l'arrêté royal Passation 2017, le pouvoir adjudicateur est tenu d'inviter (de préférence par recommandé) le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Si nécessaire, une réinterrogation est possible, avec néanmoins un délai de réponse moindre. Cette interrogation constitue une formalité essentielle visant à protéger le soumissionnaire intéressé contre l'arbitraire du pouvoir adjudicateur. La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire. Notons l'obligation nouvelle d'inviter systématiquement le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale (iii). Et le rapport au Roi (iv) de préciser : « Doivent ainsi être vérifiés le caractère correct du calcul des coûts salariaux, le paiement correct des cotisations sociales ou l'existence d'un plan global de prévention (lorsqu'il en faut un) dans le chef du soumissionnaire. À titre d'exemples en matière de bien-être, peuvent être cités les conditions de logement respectueuses (pas sur le chantier), le temps de travail, le repos hebdomadaire,... » » (Samuel WAUTHIER, *op. cit.*).

La procédure visée à l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 est donc mise en place par le Roi dans l'intérêt des soumissionnaires, afin de les protéger contre une décision arbitraire qui pourrait être adoptée par l'adjudicateur en matière de vérification des prix, sans leur avoir permis de s'expliquer et de justifier leurs prix.

42. La requérante n'a donc aucun intérêt à faire grief à la CILE d'avoir respecté le formalisme imposé par l'article 44 susmentionné et, partant, de s'y référer dans le cadre de l'acte attaqué puisque ce faisant, elle a expressément indiqué à la requérante quels étaient les prix suspectés d'anormalité ainsi que les motifs pour lesquels elle émettait des doutes quant à leur caractère normal. La CILE a en outre permis à la requérante de fournir des justifications et explications, voire de modifier son prix dans le cadre de la négociation.

A ce propos, la CILE a indiqué à la requérante, dans le cadre du procès-verbal de la réunion de négociation que :

Il est rappelé au soumissionnaire les différents échanges que nous avons eu notamment en ce qui concerne la sous-traitance et le pourcentage remis en phase judiciaire. Il est précisé que l'analyse est toujours en cours, même si la position de la CILE semble claire et bien connue du soumissionnaire en ce qui concerne la question de la sous-traitance.

La CILE a ensuite permis à la requérante de modifier son offre compte tenu des observations rappelées ci-dessus, et donc de « régulariser » son offre le cas échéant.

43. Au vu de ce qui précède, il appert que la requérante n'a pas intérêt à soulever l'argument relatif à l'application ou non de l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017.

• Motivation adéquate et absence d'obligation pour la CILE d'exposer les motifs de ses motifs

44. Contrairement à ce que soutient la requérante, l'acte attaqué est adéquatement motivé en ce qu'il permet à la requérante de comprendre les motifs pour lesquels la CILE a considéré que son offre est substantiellement irrégulière au regard du prix anormalement bas proposé en phase judiciaire. Elle ne s'est en effet pas limitée à invoquer l'existence d'un prix anormal mais elle a exposé les

motifs pour lesquels elle considère que le prix proposé par la requérante en phase amiable est anormal et présente un risque pour la bonne exécution du marché.

45. Il convient du reste de rappeler que selon la doctrine, la motivation « ne doit jamais formellement exposer les motifs des motifs de la décision » (P- O. DE BROUX, « Les marchés publics et la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs », in La motivation formelle des actes administratifs, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 220).

La jurisprudence de Votre Conseil va dans le même sens :

« Considérant que reprocher à la partie adverse de n'avoir pas explicité dans sa décision motivée 'pourquoi l'offre de BEMAT présente une qualité architecturale incontestable, des qualités techniques requises et encore une qualité de matériaux et de l'isolation', et soutenir qu'à défaut 'ces motifs, qui peuvent valoir pour toutes les offres, s'assimilent à une clause de style' revient à exiger d'elle qu'elle exprime les motifs de ses motifs, ce que la loi n'exige pas » (C.E., arrêt n° 48.831 du 31 août 1994; C.E., arrêt n° 82.584 du 30 septembre 1999; C.E., arrêt n° 116.294 du 21 février 2003; C.E., arrêt n° 230.305 du 24 février 2015.).

Votre Conseil d'Etat a encore jugé que « la décision attaquée est motivée; qu'en effet, elle indique les éléments (plan de développement de ses capacités de production par rapport à la chronologie du marché, mode de recrutement du personnel supplémentaire, rapport d'un réviseur d'entreprises sur la solidité financière de PRIMINFO) qui ont permis à la partie adverse d'estimer que la firme PRIMINFO satisfaisait à la sélection qualitative; que l'on ne peut exiger d'elle qu'elle indique les motifs de ses motifs; que le moyen n'est pas fondé » (C.E., arrêt n° 116.294 du 21 février 2003)

46. En l'espèce, force est de constater que le rapport d'attribution et ses annexes confidentielles démontrent un examen circonstancié des offres. La CILE a du reste longuement énoncé les motifs pour lesquels elle considère que l'offre de la requérante est entachée d'une cause d'irrégularité substantielle liée au prix anormal qu'elle comporte.

La requérante a parfaitement compris les critiques formulées par la CILE et les raisons pour lesquelles son offre a été écartée, même si elle ne semble pas y adhérer mais c'est un autre débat qui n'a pas lieu d'être dans le cadre de la présente procédure.

- Absence d'erreur manifeste d'appréciation

47. Si la requérante critique les motifs invoqués par la CILE pour écarter son offre, elle reste toutefois en défaut de démontrer que cette dernière aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

48. Concernant les frais exposés par la requérante dans le cadre de la phase judiciaire, la CILE a du mal à comprendre et à suivre le raisonnement de la requérante.

Il est exact que les prix proposés doivent comprendre un certain nombre de frais mais cela implique que les prix proposés par les soumissionnaires doivent être suffisants pour couvrir lesdits frais ...

Or, ce que dit la CILE, c'est précisément que le prix proposé par la requérante en phase judiciaire est à ce point bas, qu'il ne peut couvrir toute une série de frais. En outre, dans sa justification, la requérante omet de tenir compte de certains frais qui doivent néanmoins être inclus dans son prix, ce qui démontre à suffisance le caractère anormalement bas du prix proposé.

La requérante tente encore de justifier son prix en indiquant qu'elle aurait offert des garanties quant à la rentabilité de son activité à la CILE. La requérante se méprend manifestement sur les garanties qui doivent ou peuvent être offertes au pouvoir adjudicateur : il ne suffit en effet pas d'affirmer que le prix proposé permettrait de couvrir l'ensemble des frais inclus dans son prix mais il faut encore le démontrer, ce que la requérante reste manifestement en défaut de faire.

49. Concernant le coût d'une audience, il est évident que la requérante ne peut tenir compte que de l'activité liée à la CILE à l'exclusion de toute autre, d'autant que la requérante reste en défaut de fournir des informations concernant ses autres clients.

50. Concernant la prise en compte d'une zone géographique limitée, la requérante fait manifestement abstraction de tous les événements qui pourraient

l'amener, le cas échéant, à devoir introduire certains dossiers de la CILE devant d'autres juridictions que les juridictions liégeoises. Il n'est dès lors nullement garanti qu'elle pourrait regrouper tous les dossiers de la CILE devant un nombre limité de juridictions et, partant, concentrer les frais liés aux audiences.

51. Concernant la prise en compte d'une seule audience, la requérante soutient sans démontrer que son prix serait rentable même si certains dossiers devaient nécessiter la fixation de plusieurs audiences. Il ressort de l'acte attaqué et des motifs justifiant le caractère anormal du prix proposé par la requérante que, contrairement à ce que cette dernière prétend, son prix n'est pas rentable si plusieurs audiences sont nécessaires pour certains dossiers. Dans pareille hypothèse, son prix serait même déficitaire.

52. Au vu de ce qui précède, il appert que la première branche du deuxième moyen n'est manifestement pas sérieuse.

b) Deuxième branche

53. Il est renvoyé au point 42 de la présente note d'observations concernant la seconde branche du deuxième moyen.

54. Au vu de ce qui précède, il appert que la deuxième branche du deuxième moyen n'est manifestement pas sérieuse".

VI.2. Examen

Première branche

La partie adverse a déclaré, dans l'acte attaqué, l'offre de la requérante irrégulière en raison de deux irrégularités substantielles sur la base de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif aux marchés publics dans les secteurs spéciaux. La première porte sur le recours par la requérante, pour une partie du marché, à un sous-traitant originaire de pays tiers à l'Union européenne ou de pays qui ne sont pas liés par un traité international ou un acte d'une institution internationale, en violation de l'interdiction prévue au point II.5 du cahier spécial des charges. La seconde est relative au prix proposé par la requérante pour la phase judiciaire qui a été estimé non justifié et anormal, parce que n'intégrant pas l'ensemble des frais exposés dans le cadre de cette phase.

Les paragraphes 1^{er} et 5 de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017, précité, sont rédigés comme suit :

" § 1^{er}. L'entité adjudicatrice vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 46, 50, 51, § 1er, 52, 56, § 2, alinéa 1er, 61, § 2, 62, 81 et 89 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

[...]

§ 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 121, § 6, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. L'entité adjudicatrice décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3 ".

Il convient donc de vérifier la régularité de la motivation portant sur les deux irrégularités relevées dans l'acte attaqué, au regard de cette disposition et des critères d'irrégularité limitatifs qui y sont prévus, à savoir l'irrégularité est-elle "de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues".

La motivation de l'acte attaqué fait référence, pour chacune des deux irrégularités soulevées, à une exigence essentielle du cahier spécial des charges.

En ce qui concerne la première irrégularité, le point II.5. du cahier spécial des charges, relatif à la sous-traitance, indique, dans son paragraphe 10 ce qui suit :

" En outre, le présent marché ne pourra être sous-traité à un opérateur économique d'un pays tiers à l'Union européenne qui n'est pas lié par un traité international ou un acte d'une institution internationale ouvrant l'accès aux marchés publics de l'Union européenne".

Au paragraphe 11 du même point, il est précisé que " toute violation de ces interdictions peut donner lieu à l'application de mesures d'office ".

En revanche, il n'est pas précisé qu'il s'agit là d'une " exigence essentielle", aucune mention n'apparaissant par ailleurs sur ce point dans les " éléments d'exclusion" du point I.22 du cahier spécial des charges.

La partie adverse ajoute, en outre, que l'irrégularité constatée a pour effet de rompre l'égalité entre les soumissionnaires. Ce faisant, elle ne justifie pas sa décision au regard des critères d'irrégularité limitatifs prévus par l'article 74, précités.

En ce qui concerne la seconde irrégularité constatée liée au prix proposé pour la phase judiciaire, il est également indiqué dans l'acte attaqué que l'offre méconnaît une exigence essentielle du cahier spécial des charges et ne permet pas de garantir la normalité et la rentabilité du prix proposé. Il est encore précisé ce qui suit :

« l'ensemble des frais exposés dans le cadre de la phase judiciaire ne sont pas intégrés dans le prix proposé par la SA VENTURIS; la SA VENTURIS a calculé le nombre minimum et moyen de dossiers fixés par audience en tenant compte de l'ensemble de ses clients; la SA VENTURIS ne démontre pas que le caractère limité de la zone géographique des communes desservies par la CILE aurait une quelconque incidence sur le prix proposé en phase judiciaire et la SA VENTURIS a fondé sa justification de prix sur le postulat erroné que toute créance qui fait l'objet d'une procédure judiciaire sera recouvrée à l'issue d'une seule audience sans autre démarche de la part du cabinet d'avocats qui interviendra dans le cadre de la phase judiciaire du marché ».

Outre que l'exigence essentielle du cahier spécial des charges à laquelle il est renvoyé n'est pas identifiée, les motifs précités ne justifient pas non plus la décision attaquée, quant au prix proposé par la requérante dans le cadre de la phase judiciaire, au regard des critères d'irrégularité limitatifs prévus par l'article 74, précités.

Il découle de ce qui précède que la motivation portant sur les deux irrégularités estimées n'est pas adéquate. Partant, la première branche du deuxième moyen, en ce qu'il invoque la violation de l'article 29/1 de la loi du 17 juin 2013, précité, est, *prima facie*, sérieuse.

La seconde fin de non-recevoir soulevée par la partie adverse n'est pas accueillie.

VII. Confidentialité.

La partie requérante sollicite la confidentialité des pièces 4, 5, 6, 7, 8 et 10 des annexes à sa requête, contenant son offre, des échanges de courriers, le procès-verbal de réunion de négociation, ainsi que l'analyse de sa justification de prix.

La partie adverse sollicite la confidentialité des courriers échangés en vue d'obtenir des précisions quant à la teneur des offres, ainsi que les différentes offres en tant que telles, le procès-verbal de réunion de négociation, la version intégrale du rapport d'analyse des offres et certains extraits du rapport d'attribution, soit les pièces A à V du dossier administratif qu'elle qualifie de "confidentiel".

La partie intervenante sollicite la confidentialité de son offre et des justificatifs déposés par la partie adverse.

Par un courriel du 24 juillet 2019, la requérante a sollicité une levée de la confidentialité de la décision d'attribution dans les termes suivants :

" Faisant suite à l'envoi de la note d'observations et du dossier administratif dans cette affaire, je constate que la décision d'attribution – dans sa version complète – figure dans l'inventaire des pièces confidentielles, et qu'elle ne nous a pas été transmise en même temps que le dossier administratif. Le caractère confidentiel de cette pièce n'a d'ailleurs pas été justifié dans le point relatif à la confidentialité des pièces, contenu dans la note d'observations.

Dans la mesure où la S.A. VENTURIS est donc empêchée de procéder à l'examen de cette pièce essentielle – dont elle n'a reçu qu'une version partielle, figurant dans son dossier de pièces –, je n'ai, à ce stade, pas d'autre possibilité que d'émettre toutes les réserves quant à la régularité de la décision prise par la S.C.R.L. C.I.L.E. le 20 juin 2019 s'agissant des motifs non communiqués à la S.A. VENTURIS".

L'auditeur-instructeur a, par conséquent, interpellé la partie adverse quant à sa volonté de maintenir la confidentialité de cette pièce et du rapport d'analyse des offres.

Celle-ci a répondu, dans les termes suivants :

" Nous faisons suite à votre courrier électronique de ce jour dans le cadre du dossier visé sous rubrique, lequel a retenu toute notre attention.

1. Afin de répondre à votre interrogation, il convient tout d'abord de rappeler que l'article 29/1, § 1^{er}, de 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 prévoit notamment ce qui suit:

« Par ailleurs, l'autorité adjudicatrice communique à :

1° tout candidat non sélectionné sa non-sélection, lorsque la procédure d'attribution comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation et ce dès qu'elle a pris la décision motivée de sélection;

2° tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné sa non-sélection, à tout soumissionnaire dont l'offre a été rejetée ou n'a pas été choisie, du rejet de son offre ou du fait qu'elle n'a pas été choisie, et au soumissionnaire retenu, la décision relative à son choix et ce dès qu'elle a pris la décision d'attribution.

Dans un délai de trente jours à compter de la date d'envoi des informations visées à l'alinéa 2, le candidat ou soumissionnaire concerné peut demander par écrit à l'autorité adjudicatrice de lui communiquer les informations complémentaires suivantes :

1° tout candidat ou soumissionnaire non sélectionné : les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;

2° tout soumissionnaire dont l'offre a été rejetée : les motifs du rejet, extraits de la décision motivée;

3° tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue et l'adjudicataire : la décision motivée.

L'autorité adjudicatrice communique ces informations complémentaires dans un délai de quinze jours à compter de la date de réception de la demande.

L'autorité adjudicatrice peut cependant utiliser les modalités de l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et joindre à l'information, selon le cas, les motifs indiqués à l'alinéa 3. La décision motivée est jointe à l'information lorsque l'autorité adjudicatrice rend applicable l'article 11, alinéa 1^{er}, conformément à l'article 30, § 1^{er}, alinéa 2 » (...).

En l'espèce, la CILE a communiqué à la SA VENTURIS le rejet de son offre et, par souci de transparence, lui a spontanément communiqué les motifs du rejet de son offre, extraits de la décision motivée d'attribution, sans attendre une

éventuelle demande écrite en ce sens. Les obligations d'information prévues par l'article 29 de la loi du 17 juin 2013 ont dès lors été respectées, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté.

Dans la mesure où le législateur a estimé qu'un soumissionnaire dont l'offre a été rejetée ne doit obtenir que les motifs du rejet de son offre, extraits de la décision motivée d'attribution, il n'y a pas lieu de communiquer l'intégralité de la décision motivée d'attribution et ses annexes à la SA VENTURIS dès lors que ceci excède l'obligation d'information prévue par l'article 29/1, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013.

Le Conseil d'Etat a d'ailleurs déjà eu l'occasion de se prononcer dans le même sens comme suit :

« Conformément à l'article 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o et 3^o, de la loi du 17 juin 2013 précitée, "dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique :

1^o [...] ;

2^o à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée ;

3^o à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée ».

Cette disposition ne requiert nullement que l'autorité adjudicatrice communique la décision motivée à un soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière mais simplement les motifs de l'éviction » (C.E., arrêt n° 232.023 du 4 août 2015, SA JACQUES DELENS et SPRL ESPACE ARCHITECTES) (...) ».

2. Il convient, par ailleurs, d'observer que la décision motivée d'attribution et ses annexes contiennent des informations sensibles couvertes par le secret des affaires qui ne peuvent dès lors être communiquées à l'ensemble des soumissionnaires.

A cet égard, l'article 62 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit que « certaines informations sur la passation du marché ou de l'accord-cadre peuvent ne pas être publiées au cas où leur divulgation ferait obstacle à l'application des lois, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'un opérateur économique en particulier, public ou privé, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre les opérateurs économiques ».

Dans le même ordre d'idées, l'article 10 de 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 concession précise que « certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci ».

En d'autres termes, ces dispositions interdisent au pouvoir adjudicateur de divulguer certaines informations lorsque cette divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public ou porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises ou à une concurrence loyale entre elles.

De façon générale, l'on vise toutes les données qui sont importantes pour l'entreprise concernée et dont la publication est de nature à lui causer un préjudice, à savoir, notamment, les informations confidentielles contenues dans les offres déposées par les soumissionnaires dans le cadre d'une procédure de marché public (P.-O. DE BROUX, « La confidentialité des secrets d'affaires et les droits de la défense dans le contentieux administratif économique », R.D.C., 2007, p. 555).

L'obligation de garantir la confidentialité des informations relevant du secret d'affaires contenues dans les offres s'impose également à l'instance de recours, en vertu de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013.

Dans la mesure où la décision motivée d'attribution et ses annexes contiennent des informations couvertes par le secret d'affaires – entre autres, une analyse des prix proposés par chaque soumissionnaire et des justifications fournies –, nous ne

pouvons faire droit à la demande de Me Denayer qui sollicite la version complète de la décision motivée d'attribution.

A toutes fins utiles, il y a lieu de relever que la SA VENTURIS a elle-même sollicité que les réponses fournies aux interrogations de la CILE demeurent confidentielles (pièce I du dossier de pièces confidentiel de la CILE). Lever la confidentialité de la version intégrale de la décision motivée d'attribution et de ses annexes serait dès lors contraire à la volonté de la SA VENTURIS.

3. Nous observons, en outre, que dans le cadre d'une procédure en suspension d'extrême urgence récente, la partie adverse a souhaité maintenir la confidentialité du rapport d'analyse des offres, ce que le Conseil d'Etat a accepté pour les motifs suivants :

« La requérante demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 11, 12 et 13 de son dossier.

La partie adverse dépose également à titre confidentiel le rapport d'analyse des offres, identifié comme étant la pièce A du dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade de la procédure, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité, et ce même si le caractère confidentiel du rapport d'analyse des offres peut sembler discutable.

Nonobstant le maintien de confidentialité qu'il y a ainsi lieu d'ordonner, il s'impose de relever que, extraits du rapport d'analyse des offres, les motifs de la décision écartant, pour irrégularité, l'offre de la requérante ont été communiqués à celle-ci. Par ailleurs, la partie adverse s'est expressément référée, dans sa note d'observations, à sa déclaration, également contenue dans le rapport d'analyse des offres, selon laquelle il avait été procédé à la vérification des prix.

Enfin, le maintien de confidentialité des pièces concernées n'empêche, en toute hypothèse, pas le Conseil d'Etat d'examiner, notamment à la lumière de ces pièces auxquelles il a bien accès puisqu'elles ont été déposées, les thèses soutenues par les parties à propos des différentes questions que suscite le présent recours, et ce en ayant égard au fait que la requérante n'a, quant à elle, pu y accéder à ce stade, ce qui peut justifier notamment que son argumentation soit développée de façon plus succincte »(C.E., arrêt n° 241.409 du 7 mai 2018, SOCIETE DE TRANSPORT EN COMMUN DE CHARLEROI).

En l'espèce, le Conseil d'Etat dispose de l'ensemble du dossier administratif de sorte que le maintien de la confidentialité de la version intégrale de la décision motivée d'attribution et de ses annexes n'empêche pas le Conseil d'Etat d'examiner ladite pièce.

Par ailleurs, la divulgation de la version intégrale de la décision motivée d'attribution et de ses annexes n'est pas nécessaire à la solution du litige dès lors que la SA VENTURIS a connaissance des motifs de la décision écartant, pour irrégularité, son offre et qu'elle a été en mesure de vérifier et de critiquer lesdits motifs en pleine connaissance de cause.

A l'instar de ce qu'a décidé le Conseil d'Etat aux termes de son arrêt précité du 7 mai 2018, il convient dès lors de maintenir la confidentialité des pièces déposées à titre confidentiel, en ce compris la version intégrale de la décision motivée d'attribution et de ses annexes.

3. Il convient également de relever qu'aux termes de son courrier électronique du 23 juillet 2019, M^e Denayer constate que la version complète de la décision d'attribution ne lui a pas été transmise de sorte qu'il émet « toutes les réserves quant à la régularité de la décision prise par la S.C.R.L. C.I.L.E. le 20 juin 2019 s'agissant des motifs non communiqués à la S.A. VENTURIS ».

Aucune irrégularité précise n'est dès lors soulevée et Me Denayer n'invoque aucune disposition légale ou réglementaire qui permettrait à la SA VENTURIS d'obtenir la version intégrale de la décision motivée d'attribution en méconnaissance de l'article 29/1, § 1er, de la loi du 17 juin 2013.

Dans ces circonstances, rien ne permettrait dès lors de justifier la levée de la confidentialité de la version intégrale de la décision motivée d'attribution.

4. En conclusion et au vu de ce qui précède, nous confirmons que nous souhaitons maintenir la confidentialité de l'ensemble des pièces déposées à titre

confidentiel, en ce compris la version intégrale de la décision motivée d'attribution et de ses annexes".

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade de la procédure, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité, et ce même si le caractère confidentiel du rapport d'analyse des offres, exception faite de ses annexes, peut sembler discutable.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la S.C.R.L. Alain BORDET est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du 20 juin 2019 de la S.C.R.L. CILE par laquelle celle-ci décide :

- de déclarer nulle l'offre déposée par la S.A. VENTURIS pour le marché public portant sur l'accord-cadre de services pour le recouvrement de factures impayées et partant de rejeter son offre;
- d'attribuer le marché à la S.C.R.L. Alain BORDET.

Article 3.

Les pièces 4 à 8 et 10 des annexes à la requête, les pièces A à V du dossier administratif "confidentiel", ainsi que les pièces 3 à 6 des annexes à la requête en intervention, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles, dans la mesure où cette confidentialité n'est pas levée par le présent arrêt.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre de vacations siégeant en référé, le trente-et-un juillet deux mille dix-neuf par :

Anne-Françoise BOLLY,
Katty LAUVAU,

président de chambre f. f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU

Anne-Françoise BOLLY