

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

n^o 248.616 du 15 octobre 2020

A. 231.850/VI-21.864

En cause : **la société anonyme AXO,**
 ayant élu domicile chez
 M^e François LIBERT, avocat,
 chaussée de La Hulpe 181/24
 1170 Bruxelles,

contre :

la Communauté française,
 représentée par son Gouvernement,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} François MOISES et
 Julie BOCKOURT, avocat,
 place des Nations-Unies 7
 4020 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme ENVISYS,
 ayant élu domicile chez
 M^e Sébastien FIEVEZ, avocat,
 chaussée d'Antoing 55
 7500 Tournai.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 septembre 2020, la société anonyme AXO demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la direction générale des infrastructures de la Direction Régionale de la Communauté française du 13 novembre 2019 de ne pas retenir son offre, dans le cadre d'un marché public de service consistant en la "rénovation chaufferie hall des sports + groupe de pulsion" de l'Athénée Royal de Jette, et d'attribuer ledit marché à la S.A. ENVISYS ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 septembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 9 octobre 2020.

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

Par une requête introduite le 8 octobre 2020, la société anonyme Envisys a demandé à intervenir dans la présente procédure.

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. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Laura Delsaux, *loco* M^e François Libert, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Julie Bockourt, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Sébastien Fievez, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth Willemart, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue 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. Exposé des faits utiles

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1. La partie requérante a pour objet social “tant en Belgique, qu'à l'étranger, pour son compte ou pour compte de tiers, dans le sens le plus large, toutes opérations se rapportant directement ou indirectement :
- a) À l'entretien d'installations sanitaires, de chauffage au gaz, de plomberie-zinguerie, d'adoucisseur d'eau, à l'exclusion de chauffage au gaz;
 - b) À l'entretien d'installations de ventilation et d'aération de chauffage à air chaud, de conditionnement d'air et de tuyauterie industrielle;
 - c) À l'entretien de pose de câbles et de canalisations diverses;
 - d) À l'entretien de travaux d'égouts;
 - e) Atelier;

- f) Au commerce de détail en appareils électriques, y compris les articles de lustrerie et d'éclairage, et commerce de détail en matériel électrique;
- g) À l'installation et au dépannage de chauffage central, gaz, fuel, électrique;
- h) À l'installation de tuyauteries au gaz, apparentes et enterrées;
- i) À l'installation hydraulique, à l'installation électromécanique;
- j) À l'installation de sanitaires, de piscines;
- k) Au commerce sous toutes ses formes relatif à l'électricité, sanitaire, chauffage;
- l) À l'installation et au dépannage de la climatisation, de l'air conditionné;
- m) À l'installation et au dépannage de l'égouttage sous terre;
- n) À la fabrication et à l'installation de charpentes métalliques;
- o) À l'installation et au dépannage de la tuyauterie industrielle et soudures;
- p) À l'installation et au dépannage de la tuyauterie enterrée sous pression;
- q) Aux fluides médicaux" [...].

2. En date du 24 septembre 2019, la partie adverse a publié un avis de marché 2019-529567– secteurs classiques au niveau national pour une « rénovation chaufferie hall des sports + groupe de pulsion » de l'Athénée Royale de Jette d'un montant estimé à 259.026,02 € HTVA [...].

Cette mission y est décrite comme suit :

- “ Plus en détail, les travaux comprennent :
- démontage et évacuation (sur instructions du Fonctionnaire dirigeant) :
 - # de 2 chaudières;
 - # d'un groupe de pulsion;
 - # d'un tableau électrique de chauffage et de tous ses accessoires (disjoncteurs, thermiques, commutateurs...);
 - Fourniture et pose de :
 - # 2 chaudières gaz sol à condensation à grand volume d'eau et 2 brûleurs gaz modulants pour l'installation principale;
 - # 1 chaudière gaz sol à condensation avec brûleur incorporé pour l'installation de la conciergerie;
 - # Circulateurs, vannes (isolement, à trois voies...) pour l'ensemble des 11 circuits;
 - # 1 ventilation mécanique contrôlée (VMC) double flux;
 - # Nouvelle régulation avec GTC pour l'ensemble des installations;
 - # Vannes thermostatiques pour l'ensemble des installations;
 - # 1 central gaz”.

3. Il ressort de la décision attaquée que cinq entreprises ont soumis valablement une offre.

L'avis de marché précité prévoit l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, par rapport aux deux critères suivants :

- Le montant de l'offre (70 points sur 100);
- L'amélioration du délai d'exécution (30 points sur 100);

4. La partie adverse a procédé à une comparaison des 5 offres après l'ouverture et a établi un premier classement entre celles-ci, uniquement basé sur le prix. Dans ce classement, la partie requérante se trouvait en première position avec une offre globale de 237.648,38 € HTVA. La SA ENVISYS était située en deuxième position avec un prix total de 246.044,80 € HTVA.

Ensuite, la partie adverse a procédé à la vérification des opérations arithmétiques et des erreurs purement matérielles et a corrigé les offres initiales de la partie requérante à 237.648,38 € HTVA et celle de la SA ENVISYS à 246.046,06 € HTVA.

5. Le 31 octobre 2019, la partie adverse a consulté l'ensemble des cinq entreprises soumissionnaires afin de leur permettre d'améliorer le contenu de leur offre (que ce soit au niveau du prix que du délai d'exécution qui constitue également un critère d'attribution).

La partie requérante a modifié son offre tant au niveau du délai d'exécution que du prix, qui est passé à 247.969,34 € HTVA (après vérification des erreurs arithmétiques). La SA ENVISYS a également modifié son offre, proposant un montant de 236.202,84 € HTVA (après vérification des erreurs arithmétiques).

6. Après avoir établi un dernier classement des offres sur la base des nouveaux montants, la partie adverse a procédé à la vérification de la normalité des offres et a constaté que la SA ENVISYS présentait un prix anormalement bas, qui était inférieur de plus de 15% à la moyenne des offres, excluant l'offre la plus basse et la plus élevée.

La partie adverse a fondé son calcul sur la valeur des offres TVAC de la partie requérante (262.847,50 €), de la SA TPF UTILITIES (286.203,54 €) et de la SA DELTA THERMIQUE (349.726,33 €), afin de déterminer la moyenne des offres à 299.592,46 €.

L'offre de la SA ENVISYS étant bien inférieure de plus de 15 % de cette moyenne (254.653,59 €), le prix de son offre était donc manifestement anormal, ce qui est d'ailleurs relevé par la partie adverse en page 6 de son rapport.

Cependant, malgré la constatation de cette anomalie, la partie adverse n'a pas suivi la procédure prévue par l'article 36 de l'arrêté du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et s'est contentée de rejeter le caractère anormalement bas de l'offre de la SA ENVISYS par les motifs suivants, repris dans sa décision du 13 novembre 2019 :

“ Toute offre inférieure à $299.592,46 \text{ €} \times 0,85 = 254.653,59 \text{ €}$ est donc considérée comme présentant des prix potentiellement anormaux.
Ce qui est le cas de l'offre du soumissionnaire ENVISYS SA dont le montant représente seulement 83,57 % (soit 250.375,01 € / 299.592,46 €) de la moyenne.
Or, considérant que le montant de l'offre du soumissionnaire ENVISYS SA représente 83,57 % de la moyenne, sur base de la méthode de vérification des prix décrite.
Considérant que le présent marché des travaux s'inscrit dans le cadre d'une procédure négociée avec publication préalable, et qu'il n'existe pas de méthodologie imposée pour identifier des prix suspects dans le cas du présent marché.
Considérant par ailleurs que le montant de l'offre du soumissionnaire ENVISYS SA représente 91,19 % « soit à moins 24.192,57 € » (voir tableau comparatif des offres ci-après) de l'estimation du Pouvoir adjudicateur, et par conséquent ne s'écarte pas trop de cette estimation.
En conclusion, le Pouvoir adjudicateur ne peut considérer l'offre du soumissionnaire ENVISYS SA comme anormalement bas.
Par conséquent, l'offre finale du soumissionnaire ENVISYS SA est maintenue sans qu'aucune justification de prix de lui soit demandée”.

Il s'agit de l'acte attaqué, en l'espèce ».

L'acte attaqué a été communiqué à la requérante par un courrier recommandé la Poste le 7 septembre 2020. À l'audience du 9 octobre 2020, la partie

adverse a confirmé que cet envoi n'avait pas été assorti d'une communication à la requérante par des moyens électroniques.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 8 octobre 2020, la société anonyme Envisys demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu, en conséquence, d'accueillir cette requête.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de motivation interne, des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe général de droit "*Patere legem quam ipse fecisti*", de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés public, des principes de bonne administration, de l'erreur de fait, de l'erreur manifeste d'appréciation ainsi que de l'excès de pouvoir ». Elle le formule comme suit :

« Première branche

En ce que la décision attaquée désigne comme adjudicataire du marché public de services en question, la SA ENVISYS, sans appliquer la procédure de vérification prévue pour les prix anormaux;

Alors que l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 dispose que : "lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts, effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite 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 [...] le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :

1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal”;

Que les principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution prohibent qu'il soit fait, sans justification admissible, des différences de traitement entre personnes ou catégories de personnes se trouvant dans des situations comparables; que si une différence de traitement est établie entre des catégories de personnes comparables, elle doit reposer sur un critère objectif et être raisonnablement justifiée (M. BANNEUX, “L'égalité: clef du contentieux constitutionnel?”, in M. PÂQUES et J-C. SCHOLSEM, L'égalité: nouvelle(s) clef(s) du droit?, CUP, vol.73, Larcier, 2004, p.10);

Que le principe général de droit *Patere legem quam ipse fecisti* implique que l'administration ne puisse déroger, par une décision particulière à un règlement qu'elle a elle-même antérieurement édicté et qui ne prévoit pas une telle possibilité de dérogation (C.E., 27 septembre 1988, n°30876, De Leener et Ballon; P. GOFFAUX, Dictionnaire de droit administratif, Bruylant, 2016, p.453);

Que le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter les principes d'égalité et de transparence, ainsi que les règles qu'il s'est lui-même fixées au travers de l'avis de marché et du cahier spécial des charges (D. Batselé, B. Heuninckx, L. Mayaux, et A. Yerna, “Chapitre II - La négociation” in Réussir ses marchés publics spécifiques, Larcier, 2016, pp.319-320);

Qu'en l'espèce, le critère prépondérant d'attribution du marché concernait le prix total de l'offre par le soumissionnaire sélectionné, comme cela fut repris dans l'avis de marché du 24 septembre 2019;

Que, dans sa candidature, la SA ENVISYS a soumis une offre d'un montant global de 250.375,01 € TVAC;

Que, lors de la vérification des prix prévu à l'article 34 de l'arrêté royal, la partie adverse a constaté que le montant de cette offre était anormalement bas par rapport à la moyenne des autres offres conformément au calcul;

Qu'elle a d'ailleurs appliqué le calcul prévu à l'article 36, § 4 de l'arrêté royal pour déterminer que l'offre de la SA ENVISYS présentait un caractère anormal;

Que malgré cela, la partie adverse n'a pas appliqué la procédure prévue aux articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, mais, a prétendu qu'aucune procédure n'était prévue pour les marchés passés par procédure négociée avec publication préalable;

Que la partie adverse n'a fondé cette motivation sur aucune base légale;

Que, pourtant, les articles 35 et 36 de l'arrêté royal précité sont clairs concernant la procédure à suivre en cas de prix anormalement bas ou élevés; que la partie adverse aurait dû inviter le soumissionnaire concerné à fournir les justifications écrites sur son offre anormalement basse;

Que l'article 36 de l'arrêté royal, pourtant utilisé par la partie adverse pour déterminer l'apparente anormalité de l'offre de la SA ENVISYS, prévoit précisément dans son premier paragraphe que “lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec

publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure”;

Que cela démontre très clairement que cet article s'applique également aux procédures négociées avec publication préalable;

Que la partie adverse aurait donc dû inviter le soumissionnaire concerné à fournir les justifications concernant son offre, ce qui n'a pas été fait;

Qu'en l'absence de justification de ces montants par la SA ENVISYS, son offre aurait dû être écartée par la partie adverse;

Qu'en toute hypothèse, en l'espèce et sans justification du prix anormalement bas, le marché n'aurait pas dû être attribué à la SA ENVISYS;

Qu'il est étonnant de constater que la partie adverse ait fait application de la procédure prévue pour les prix anormalement élevés ou bas, pour déterminer le calcul des 15 % prévu au § 4 de l'article 36 de l'arrêté royal mais prétend que cet article ne s'appliquerait pas aux procédures négociées avec publication préalable, *quod non*;

Que le pouvoir adjudicateur, en n'interrogeant pas le soumissionnaire sur ce prix anormalement bas et en n'écartant pas cette offre, conformément à l'article 36, § 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, favorise la SA ENVISYS, et partant, rompt le principe d'égalité entre les soumissionnaires;

Qu'en outre, le pouvoir adjudicateur considère erronément pouvoir considérer que l'offre de la SA ENVISYS n'est pas anormalement basse sans devoir mettre en œuvre la méthodologie imposée à l'article 36 dudit arrêté.

Que la partie adverse a dès lors contrevenu au principe de l'égalité entre les soumissionnaires;

Seconde branche

En ce que la décision attaquée attribue à la société ENVISYS le marché public en question, sans que la procédure de vérifications des prix n'ait été correctement mise en œuvre et que le choix de considérer le prix global de l'offre de la SA ENVISYS comme n'étant pas anormalement bas, ne soit formellement motivé, de manière suffisante et adéquate;

Alors que les dispositions invoquées au moyen imposent que le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur;

Que la législation sur la motivation formelle des actes administratifs impose d'indiquer, dans l'acte, les motifs de droit et de fait permettant au destinataire d'un acte administratif de comprendre les raisons qui ont conduit l'administration à adopter l'acte en question et, par voie de conséquence, de mieux apprécier la légalité et la pertinence de cette décision et donc aussi l'opportunité de le contester en justice (P. GOFFAUX, op.cit., p.387; C.E., 26 juin 1996, n° 60.526, Messens; 29 juin 2001, n° 97.319, s.a. Rousseaux);

Que, de manière générale, plus la compétence de l'administration est discrétionnaire, plus la motivation devra en règle, être précise et justifier les différentes étapes du raisonnement de l'autorité (C.E., 6 février 2006, n° 154.549, s.a. C.N.I.M.);

Qu'il est de jurisprudence constante que lorsque, conformément à l'article 36, § 2 de l'AR secteurs classiques 2017, la vérification du montant total d'une offre s'impose au pouvoir adjudicateur, ledit montant étant présumé anormalement bas, "l'appréciation qui conduit ce pouvoir adjudicateur à écarter cette présomption doit faire l'objet d'une motivation précise, de laquelle doit dûment ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur a fondé sa décision de ne pas considérer comme 'anormalement bas'" (C.E., 31 mars 2017, n°237.894, s.a. TRBA);

Qu'en l'espèce, l'acte attaqué repose sur une comparaison erronée des soumissions sur base du prix, en ce qu'il se fonde sur une offre apparemment anormalement basse; qu'en particulier, l'acte attaqué n'expose pas les raisons, sinon par de vagues formules stéréotypées, qui ont amené la partie adverse à considérer que l'offre de la SA ENVISYS ne constituait pas une offre anormalement basse et qu'elle n'avait pas à suivre la procédure prévue par l'article 36 de l'arrêté royal;

Qu'il est étrange d'observer que la partie adverse constate, dans l'acte attaqué, que "toute offre inférieure à $299.592,46 \text{ €} \times 0,85 = 254.653,59 \text{ €}$ est donc considérée comme présentant des prix potentiellement anormaux. Ce qui est le cas de l'offre du soumissionnaire ENVISYS SA dont le montant représente seulement 83,57 % (soit $250.375,01 \text{ €} / 299.592,46 \text{ €}$) de la moyenne";

Que, malgré cette constatation, la partie adverse n'a pas appliqué la procédure prévue pour les prix anormalement élevés ou bas, mais a décidé de tout simplement rejeter le caractère anormalement bas de l'offre;

Que la partie adverse n'expose nullement les raisons qui l'ont conduite à ne pas appliquer la procédure pour les prix anormaux; qu'elle se borne, erronément, à soutenir qu'il "n'existe pas de méthodologie imposée pour identifier des prix suspects dans le cas du présent marché"; que cette affirmation est tout simplement fausse;

Que la partie adverse se doit de motiver sa décision de sorte que doit "dûment ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur a fondé sa décision de ne pas considérer comme 'anormalement bas'" (C.E., 31 mars 2017, n° 237.894, s.a. TRBA);

Qu'en l'espèce, la partie adverse se fonde sur une motivation fausse;

Que la partie adverse n'expose pas non plus de manière précise en quoi l'offre de la SA ENVISYS ne serait pas anormale;

Que la partie adverse se contente de soutenir que "Considérant par ailleurs que le montant de l'offre du soumissionnaire ENVISYS SA représente 91,19 % 'soit à moins 24.192,57 €' (voir tableau comparatif des offres ci-après) de l'estimation du Pouvoir adjudicateur, et par conséquent ne s'écarte pas trop de cette estimation.

En conclusion, le Pouvoir adjudicateur ne peut considérer l'offre du soumissionnaire ENVISYS SA comme anormalement bas";

Qu'une telle motivation n'est pas suffisante en l'espèce; que la partie adverse ne peut uniquement se baser sur l'estimation du prix effectuée par ses soins pour déterminer que l'offre de la SA ENVISYS ne serait pas anormale;

Que, de plus, l'offre de la SA ENVISYS est près de 10 % inférieure à l'estimation du marché effectuée par la partie adverse;

Qu'il ne s'agit que d'une estimation et non de la réalité;

Il convient d'ailleurs, de constater que la méthodologie choisie par le législateur ne repose pas sur l'estimation du marché mais bien sur le montant réel des offres concurrentes pour déterminer le caractère anormal d'un prix;

Qu'en outre, le pouvoir adjudicateur n'expose en rien les raisons pour lesquelles il n'a demandé aucune explication au soumissionnaire concerné, particulièrement dans la mesure où cette décision a eu pour effet de lui attribuer le marché public concerné;

Qu'en égard à ces éléments, la partie requérante ne peut pas comprendre les raisons qui ont amené la partie adverse à ne pas suivre la procédure prévue par l'article 36 de l'arrêt royal et à ne pas interroger la SA ENVISYS quant au caractère anormal de son offre, et partant de ne pas l'écarter et, par conséquent, à ne pas retenir l'offre de la SA AXO qui était classée en deuxième position ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

En sa première branche, le moyen reproche en substance à la partie adverse de ne pas avoir invité l'intervenante à justifier son prix dont elle avait pourtant constaté l'écart par rapport à la moyenne calculée par application de la méthode définie à l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et de ne pas avoir écarté l'offre de ce soumissionnaire, en l'absence de justification de son prix global. La requérante déduit de la violation invoquée de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité une méconnaissance des principes d'égalité et de non-discrimination consacrés par les articles 10 et 11 de la Constitution.

Les articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, dont l'application est mise en cause au travers de ces griefs, sont libellés comme suit :

« Art. 35. 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.

Art. 36. § 1^{er}. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite 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. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1^{er}, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, 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.

Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.

Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit.

§ 3. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :

1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Lorsque l'offre contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 2.

Dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire. Ces données sont soumises au soumissionnaire afin de lui permettre d'y réagir.

Si le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre paraît anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire, il ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui écarte une offre dans ces conditions le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 3. Le présent alinéa n'est applicable que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne.

§ 4. Dans le cas d'un marché de travaux ou d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude passé par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix et pour autant qu'au moins quatre offres aient été prises en considération conformément aux alinéas 3 et 4, le pouvoir adjudicateur effectue un examen des prix ou des coûts conformément aux paragraphes 2 et 3, pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires. Il en va de même, pour les marchés de travaux et les marchés de services dans un secteur sensible à la fraude passés par procédure ouverte ou restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif au prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution. Toutefois, dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché un pourcentage plus élevé que quinze pour cent.

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante :

1° lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart est arrondi à l'unité supérieure;

2° lorsque le nombre d'offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

Le calcul de la moyenne des montants se fonde sur toutes les offres des soumissionnaires sélectionnés. En ce qui concerne la procédure ouverte, ce calcul peut également se faire sur la base des offres des soumissionnaires provisoirement sélectionnés conformément à l'article 75.

Néanmoins, dans le cadre de ce calcul, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres manifestement irrégulières.

Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable aux marchés de fournitures ou de services non visés à l'article 2, 13°, passés en procédure ouverte ou restreinte et pour lesquels l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée uniquement sur la base du prix.

§ 5. Lorsque l'offre présentée dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services est écartée sur la base d'un prix ou d'un coût anormal, le pouvoir adjudicateur en informe immédiatement l'auditeur général de l'Autorité belge de Concurrence. Cette communication contient au moins les informations suivantes : les données d'identification des soumissionnaires concernés, l'objet du marché, ainsi que le prix ou le coût anormalement bas ou élevé.

Lorsque l'offre est dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse parce qu'elle ne satisfait pas aux obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique immédiatement au Service d'information et de recherche sociale en indiquant les informations mentionnées à l'alinéa 1^{er}.

Lorsque l'offre dans le cadre d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services est rejetée suite à la constatation qu'elle est anormalement basse du fait d'une aide d'État non compatible avec le marché intérieur, le pouvoir adjudicateur en avertit immédiatement la Commission européenne. Une copie de cette communication est également envoyée immédiatement au point de contact mentionné à l'article 163, § 2, de la loi.

Lorsqu'une offre faite dans le cadre d'un marché public de travaux est rejetée sur base du caractère anormalement bas du prix ou du coût, la Commission d'agrément des entrepreneurs en est informée immédiatement.

§ 6. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le présent article n'est applicable ni à la procédure concurrentielle avec négociation, ni à la procédure négociée directe avec publication préalable, ni à la procédure négociée sans publication 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 500.000 euros ».

Il ressort de ces dispositions, d'une part, que l'examen auquel il incombe au pouvoir adjudicateur de procéder conformément à l'article 36 suppose qu'une vérification préalable, effectuée comme le prescrit l'article 35, révèle, aux yeux de ce pouvoir adjudicateur, des prix ou des coûts apparemment anormalement bas ou élevés et, d'autre part, que l'obligation d'inviter le soumissionnaire concerné à fournir des justifications est celle qui s'impose à l'autorité dans le cadre de cet examen régi par l'article 36, ce qui suppose que cette disposition et la procédure d'examen qu'elle fixe soient applicables au marché concerné. Il doit, par ailleurs, être relevé que, dans le cadre de la vérification visée à l'article 35, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation, tant dans le choix de la

méthode de vérification des prix ou des coûts que pour considérer, au terme de cette vérification, que certains prix ou coûts semblent anormalement bas ou élevés.

En l'espèce, il n'est pas contesté que le montant estimé du marché litigieux, passé par procédure négociée directe avec publication préalable, était inférieur à 500.000 euros. Il s'ensuit que, sauf disposition contraire dans les documents du marché, la procédure d'examen des prix organisée par l'article 36 précité ne lui était pas applicable, et ce en vertu du paragraphe 6 de cet article. Il ne ressort toutefois pas des documents du marché que la partie adverse aurait entendu rendre applicable cet article 36 et il est vain, à cet égard, de constater – à la suite de ce qu'a plaidé la requérante à l'audience du 9 octobre 2020 – que le rapport d'analyse des offres contient des références à l'article 36, de telles mentions ne pouvant tenir lieu de « disposition contraire dans les documents du marché », au sens du paragraphe 6 précité. Il ne peut, par ailleurs, être tiré argument du fait que la partie adverse a recouru à la méthode fixée par l'article 36, § 4, pour procéder à la vérification visée à l'article 35, puisque le choix d'une telle méthode, à ce stade de la procédure, relève – comme cela a déjà été rappelé – de son pouvoir discrétionnaire et ne suffit pas à emporter la conséquence que la requérante voudrait y attacher, quant à une applicabilité de l'article 36 au cas d'espèce. Enfin, et par identité de motifs, cette applicabilité de l'article 36 et de la procédure que celui-ci définit ne peut davantage être inférée du seul fait que la partie adverse a pris en considération les prix des dernières offres introduites pour les trois soumissionnaires qui avaient adapté leurs offres initiales.

L'article 36 et la procédure qu'il fixe n'étant, pour les raisons ainsi exposées, pas applicables au marché litigieux, il doit être constaté, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que la partie adverse a procédé à la vérification des prix à laquelle elle était tenue en vertu de l'article 35, en s'inspirant, comme le lui permet son pouvoir d'appréciation en la matière, de la méthode définie à l'article 36, § 4, et a considéré – toujours à la faveur de ce pouvoir discrétionnaire, et sans que lui soit reprochée une erreur manifeste d'appréciation – que le prix global proposé par l'intervenante ne semblait pas anormalement bas, compte tenu de l'importance limitée de l'écart que présentait ce prix par rapport au montant estimé du marché.

Dans ces circonstances, les griefs relatifs au fait que la partie adverse s'est abstenue de suivre la procédure fixée par l'article 36 ne peuvent être déclarés sérieux. Il en va de même, par voie de conséquence, du reproche de méconnaissance du principe d'égalité des soumissionnaires. Le moyen n'est pas sérieux en sa première branche.

En sa deuxième branche, le moyen reproche à la partie adverse d'avoir manqué à l'obligation de motivation formelle qui lui incombait en adoptant l'acte attaqué. Pour l'essentiel, les critiques développées à ce titre reposent sur le postulat que c'est à tort que la partie adverse n'a pas appliqué la procédure fixée par l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et a admis l'offre de l'intervenante nonobstant l'écart entre le prix global proposé par celle-ci et la moyenne des prix globaux calculée conformément à l'article 36, § 4, de cet arrêté, alors que ce reproche ne peut, comme cela ressort de l'examen de la première branche du moyen, être déclaré sérieux. Dans la mesure où elles reposent sur ce postulat, ces critiques ne peuvent être tenues pour sérieuses. Pour le surplus, il est constaté, à la lecture du rapport d'analyse des offres, d'une part, que – nonobstant l'écart relevé entre la moyenne des prix globaux et le prix global offert par l'intervenante – celui-ci n'a pas été considéré par la partie adverse comme semblant anormalement bas, et, d'autre part, que la partie adverse ne s'est pas estimée tenue d'inviter l'intervenante à justifier son prix global, considérant que la procédure fixée par l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 n'était pas applicable en l'espèce. Ce rapport d'analyse des offres permet de comprendre à suffisance les raisons pour lesquelles la partie adverse n'a pas appliqué cette procédure, n'a pas interrogé l'intervenante et a estimé ne pas devoir écarter l'offre de celle-ci.

Il s'ensuit que le moyen n'est pas davantage sérieux en sa deuxième branche.

VI. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 7, 8 et 9 du dossier administratif.

Dès lors que cette demande n'a pas été contestée, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

À l'audience du 9 octobre 2020, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la requérante, pour ce qui la concerne, et à l'intervenante, pour ce qui concerne l'introduction de la requête en intervention.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme Envisys est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 7, 8 et 9 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

La partie intervenante supporte les dépens relatifs à son intervention, à savoir 150 euros.

La partie requérante supporte les autres dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 15 octobre 2020, par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy