

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

n° 248.920 du 13 novembre 2020

A. 232.077/VI-21.890

En cause : **la société anonyme LES ENTREPRISES MELIN,**
ayant élu domicile chez
M^e Gauthier ERVYN, avocat,
avenue Hermann-Debroux 40
1160 Bruxelles,

contre :

- 1. la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures (en abrégé, SOFICO),**
- 2. la Région wallonne,** représentée par son Gouvernement,
ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Dominique GÉRARD et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 22 octobre 2020, la société anonyme Les Entreprises Melin demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « - la décision de renoncer à l'attribution, par procédure concurrentielle avec négociations, du lot 3 du marché de services "D143.11 - Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN" (CSC n° MI-08.06.03-20-1246), prise par les parties adverses le 2 octobre 2020; [...]
- la décision de renoncer à l'attribution, par procédure concurrentielle avec négociations, du lot 4 du marché de services "D143.11 - Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN" (CSC n° MI-08.06.03-20-1246), prise par les parties adverses le 2 octobre 2020; [...]
- la décision de renoncer à l'attribution, par procédure concurrentielle avec négociations, du lot 5 du marché de services "D143.11 - Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN" (CSC n° MI-08.06.03-20-1246), prise par les parties adverses le 16 octobre 2020; [...]
- la décision de renoncer à l'attribution, par procédure concurrentielle avec négociations, du lot 6 du marché de services "D143.11 - Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN" (CSC n° MI-08.06.03-20-1246), prise par les parties adverses le 2 octobre 2020. [...] ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 23 octobre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 9 novembre 2020.

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.

Les parties adverses ont déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Gauthier Eryvn, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Anne Feyt, avocat, comparaissant pour les parties adverses, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis Delvax, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

1. Les parties adverses lancent conjointement une procédure de marché public de services relatif à des « Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN ». L'avis de marché est publié au *Bulletin des adjudications* le 21 avril 2020 et au *Journal officiel de l'Union européenne* le 24 avril 2020. Le mode de passation est la procédure ouverte. Le marché est divisé en 9 lots. Il est régi par le cahier spécial des charges n° MI-08.06.03-20-1246. Chaque lot est relatif à diverses voiries à entretenir. Un inventaire des prix est joint pour chaque lot au cahier spécial des charges. Le critère unique d'attribution est le prix. Le marché porte sur les quatre périodes hivernales successives pour les années 2020-2021, 2021-2022, 2022-2023, 2023-2024.

2. Plusieurs soumissionnaires, dont la requérante, remettent offre pour différents lots. La requérante remet offre notamment pour les lots 3 à 6.

Les prix des offres sont vérifiés par le pouvoir adjudicateur en application de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Certains prix semblant anormaux aux parties adverses. Elles invitent, en conséquence, par des courriers du 19 juin 2020, les soumissionnaires à les justifier en application de l'article 36, § 2, du même arrêté royal.

La requérante est, en particulier, invitée à justifier ses prix des lots 3 à 6, pour les postes 1.1, 1.2, 2.1, 2.2 (sauf pour le lot 3) et 3.2. Elle adresse ses justifications de prix par un courrier du 30 juin 2020 auquel elle joint plusieurs annexes.

3. Par des décisions des 20 août et 3 septembre 2020, les parties adverses décident (1) de ne pas attribuer les lots 3 à 6 après avoir constaté que « suite à l'analyse des prix, le pouvoir adjudicateur estime n'avoir reçu aucune offre régulière » et (2) de recourir, en vue de l'attribution de ces lots, à la procédure concurrentielle avec négociation avec les soumissionnaires qui ont remis offre dans le cadre de la procédure ouverte.

Ces différentes décisions sont notifiées à la requérante.

L'offre de la requérante est, dans chacune des décisions relatives aux lots 3 à 6, écartée pour les motifs suivants :

« [...]

Considérant qu'il a été procédé à l'examen de la régularité des offres conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;

[...]

Considérant qu'il a été procédé à la vérification des prix conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;

Considérant qu'à l'issue de la vérification opérée, certains prix proposés par les soumissionnaires semblent anormaux ;

Considérant que le soumissionnaire Les entreprises MELIN SA a été invité, en date du 19 juin 2020, à justifier ses prix pour le[s] lot[s] [3 à 6], postes 1.1, 1.2, 2.1, 2.2 [sauf pour le lot 3], 3.2 conformément à l'article 36, §2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;

[...]

Considérant que, dans sa réponse, Les entreprises Melin SA justifie les prix des postes 1.1. et 1.2 en détaillant l'amortissement du camion et les frais d'entretien alors que le pouvoir adjudicateur a spécifiquement décrit au point 2.2 du cahier spécial des charges qu'il prévoyait un poste (1.7 de l'inventaire) de Forfait mensuel destiné à couvrir les frais d'amortissement, d'entretien et d'assurance ainsi que les risques d'entreprises liés aux conditions hivernales ;

Que partant, cette justification n'est pas acceptée ;

Considérant que, s'agissant du poste 2.1, il ressort de la justification du soumissionnaire que celui-ci intègre dans le prix offert pour le poste des heures supplémentaires de chauffeur ;

Que ces heures supplémentaires s'ajoutent à celles strictement nécessaires pour réaliser le circuit, afin de compléter la journée de prestation du chauffeur, répercutant 4,5h de prestation aux frais de l'administration sans que ces heures ne soient réellement prestées ;

Considérant que le pouvoir adjudicateur ne peut pas être tenu de payer des services non rendus, que partant la justification du prix du poste 2.1 n'est pas acceptée ;

Considérant que la justification des postes 2.2 [sauf pour le lot 3] et 3.2 se base sur le calcul du forfait du poste 2.1 dont la justification n'est pas acceptée et que partant, les justifications des postes 2.2 [sauf pour le lot 3] et 3.2 ne peuvent être acceptées non plus ;

Considérant que vu leur nature et les quantités prévues, les postes concernés peuvent être considérés comme non négligeables ;

Que dès lors, l'offre de Les entreprises Melin SA doit être écartée pour irrégularité substantielle conformément aux articles 36, § 3, 1°, et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 [...] »

4. Le 3 septembre 2020, les parties adverses invitent les soumissionnaires qui ont remis offre dans le cadre de la procédure ouverte pour les lots 3 à 6 à faire offre dans le cadre des procédures concurrentielles avec négociations.

Pour chaque lot, un nouveau cahier spécial des charges est établi. L'objet de chacun des lots, les spécifications techniques et les inventaires de prix restent inchangés par rapport à la procédure ouverte.

La requérante remet offre pour les lots 3 à 6. Les prix de ses offres pour les quatre lots sont identiques à ceux qu'elle a proposés dans le cadre de la procédure ouverte. Ses offres sont les mieux-disantes pour les lots 3, 4 et 6.

5. Le 18 septembre 2020, les parties adverses notifient à la requérante, pour les différents lots, leur intention d'entamer des négociations « en vue d'obtenir une offre satisfaisante ». Les différents courriels mentionnent identiquement ce qui suit :

« [...] Votre offre étant en tous points identiques à l'offre remise initialement lors de la procédure d'ouverture, il vous est rappelé que les prix des postes 1.1, 1.2, 2.1, 2.2 [sauf pour le lot 3] et 3.2 ont été jugés anormaux et ont mené à l'écartement de votre offre pour irrégularité conformément aux articles 36 § 3, 1° et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Il vous est laissé la possibilité d'améliorer votre offre, soit d'un point de vue global (pourcentage du montant global), soit sur des postes précis ».

6. La requérante répond, par un courriel du 22 septembre 2020, qu'elle maintient ses prix pour chacun des lots 3, 4, 5 et 6.

Le même jour, les services administratifs des parties adverses accusent réception de ce courriel en précisant que « [s]i les prix maintenus sont à nouveau considérés comme anormaux, [les] offres seront écartées ».

7. Par des décisions des 2 et 16 octobre 2020, les parties adverses décident, à nouveau, de n'attribuer aucun des lots 3 à 6.

Il s'agit des actes attaqués. Ils sont motivés de manière semblable pour ce qui concerne le sort à réserver aux offres de la requérante. Pour illustration, la décision relative au lot 4 est motivée comme il suit :

« [...] Vu la décision motivée du 20 août 2020 ;
[...] Considérant qu'il a été procédé à l'examen de la régularité des offres conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;
[...] Considérant qu'il a été procédé à la vérification des prix conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;
Considérant qu'à l'issue de la vérification opérée, le pouvoir adjudicateur constate que l'ensemble des prix proposés par les deux soumissionnaires sont identiques à ceux proposés lors de la procédure ouverte du 15 juin 2020 ;
Que les offres remises dans le cadre de la procédure ouverte du 15 juin 2020 ont été écartées pour cause d'irrégularité substantielle conformément aux articles 36 § 3, 1° et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en raison du caractère anormal de certains prix ;
Considérant que, conformément à l'article 38, § 5 de la loi, les soumissionnaires ont été informés par mail du 18 septembre 2020 de l'intention du pouvoir adjudicateur d'entamer les négociations en vue d'améliorer leur offre ;
[...] Que le soumissionnaire Les Entreprises Melin a refusé la négociation ;
Que partant, son offre n'ayant pas été adaptée, elle doit à nouveau être écartée pour cause d'irrégularité substantielle conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en raison du caractère anormal de certains prix ;
Considérant que suite à l'analyse des prix, le pouvoir adjudicateur estime n'avoir reçu aucune offre satisfaisante [...] »

Ces décisions ont été notifiées à la requérante par des courriers recommandés et télécopies des 7 et 16 octobre 2020.

IV. Connexité

Plusieurs demandes ne peuvent être introduites de manière recevable comme une seule affaire que si cela contribue à une bonne administration de la justice, plus particulièrement lorsque, quant à leur objet ou à leur fondement, les demandes sont à ce point connexes qu'il paraît probable que les constatations faites ou les décisions prises par rapport à une requête auront une incidence sur le sort des autres.

En l'espèce, quoique formellement distincts, les actes attaqués ont, au départ, été pris à la suite d'une même procédure de passation, portant sur les différents lots auxquels ils se rapportent respectivement. Par ailleurs, les critiques de légalité formulées par la requérante à l'appui de son moyen unique visent indifféremment chacun de ces actes.

Il y a donc un lien de connexité suffisant entre les différents actes attaqués par la requérante.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 4, 81, et 83 à 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 9 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur de droit et de fait.

Dans une première branche, elle fait grief aux parties adverses d'avoir déclaré irrégulières pour prix anormaux les offres qu'elle a déposées pour les lots 3 à 6 du marché litigieux, sans l'avoir préalablement invitée à justifier ses prix. Elle relève que l'article 36, §§ 1 et 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité exige du pouvoir adjudicateur qu'il interroge le soumissionnaire pour lui permettre de justifier ses prix et ses coûts pour tous les postes non négligeables qui semblent anormaux. Elle estime que cette obligation d'interrogation préalable s'imposait aux parties adverses même si les prix offerts étaient identiques à ceux proposés dans le cadre de la précédente procédure de marché et que des demandes de justifications lui avaient, à cette occasion, déjà été demandées. Elle soutient que les deux procédures d'attribution sont distinctes et doivent chacune respecter le prescrit de l'article 36 précité. Selon elle, les parties adverses devaient à nouveau l'interroger sur le caractère apparemment anormal de ses prix, même si elles estimaient disposer de toutes les informations suffisantes à cet égard, cette procédure particulière visant avant tout à protéger les droits des soumissionnaires. Afin de soutenir sa position, la requérante ajoute que :

« - d'une part, rien ne permet d'affirmer que si les prix proposés par la requérante dans le cadre des procédures concurrentielles avec négociations sont identiques à

ceux proposés dans le cadre de la procédure ouverte, ces prix sont constitués par les mêmes composantes;
- d'autre part, même à considérer que ces prix seraient constitués de manière identique, *quod non*, rien ne permet de considérer que la requérante ne pouvait pas transmettre aux parties adverses des justifications différentes ou complémentaires qui lui auraient permis d'admettre ces prix ».

Elle en déduit que les parties adverses ne pouvaient pas se contenter de considérer que « puisqu'elles n'avaient pas admis les justifications dans le cadre de la procédure ouverte de marché, elles ne devaient plus solliciter des justifications de prix dans le cadre des procédures concurrentielles avec négociations » et que « c'est donc à tort que les parties adverses ont renoncé à l'attribution des lots 3 à 6 du marché pour ce motif, les offres déposées par la requérante ne pouvant être déclarées irrégulières pour prix anormaux ».

Dans une deuxième branche, la requérante soutient que les décisions attaquées ne sont, en tout état de cause, pas adéquatement motivées, dès lors qu'elles n'identifient pas les postes qui présenteraient des prix anormaux et qu'elles n'indiquent pas les raisons pour lesquelles ils sont considérés comme anormaux ni en quoi les justifications qu'elle a fournies ne sont pas admissibles.

Dans une troisième branche, elle affirme que les parties adverses n'ont pas pu considérer ses offres comme irrégulières puisqu'elles ont entamé des négociations avec elle. Elle soutient qu'à défaut de disposition contraire dans les documents du marché, l'article 76, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 imposait aux parties adverses de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle sans possibilité de régularisation ni d'entamer des négociations. Elle fait valoir que « [s]i les parties adverses considéraient que les offres de la requérante étaient affectées de prix anormaux et, par conséquent, d'irrégularités substantielles, elles auraient dû nécessairement écarter les offres déposées par la requérante, avant de procéder à leur négociation », alors qu'au contraire, « les parties adverses ont entrepris des négociations par courriel du 18 septembre 2020 et la requérante a maintenu ses prix ». Elle en déduit que « les parties adverses ne pouvaient pas décider, après avoir négocié les offres de la requérante, que ces offres étaient en réalité affectées d'une irrégularité substantielle ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

L'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme il suit :

- « § 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. [...] La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire. [...]
- 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.
- [...]
- § 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 faut constater que le marché en cause a, le 24 avril 2020, fait l'objet d'un avis publié au *Journal officiel de l'Union européenne* (procédure ouverte). Les parties adverses n'apportent aucun élément qui établirait que les procédures qui ont suivi pourraient échapper à l'application de l'article 36 au motif que les montants estimés seraient inférieurs aux seuils fixés pour la publicité européenne.

La disposition légale précitée exige du pouvoir adjudicateur qui envisage de déclarer une offre irrégulière en raison de la présence de prix anormaux qu'il invite par écrit le soumissionnaire en cause à fournir les justifications nécessaires sur la composition des prix et des coûts suspectés d'anormalité.

Compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, il peut *prima facie* être admis que les parties adverses ont satisfait au prescrit de l'article 36 en interrogeant la requérante dans le cadre de la première procédure de passation (procédure ouverte) et qu'elles n'étaient pas tenues de demander une nouvelle justification des prix et des coûts à l'occasion des procédures qui ont suivi. Ces dernières succédaient immédiatement à la procédure ouverte à laquelle les parties adverses ont, par des décisions des 20 août et 3 septembre 2020, mis fin au motif

notamment que l'offre de la requérante présentait des prix anormaux pour plusieurs postes clairement identifiés des lots 3 à 6 du marché. Le 17 septembre 2019, la requérante a, à l'entame des procédures concurrentielles avec négociations, proposé des prix identiques à ceux présentés lors de la procédure ouverte, les spécifications techniques et les inventaires de prix n'ayant eux-mêmes subi aucune modification d'une procédure à l'autre. Dans ces circonstances, les parties adverses ont pu valablement considérer que ces offres ne se distinguaient pas de celle déposée dans le cadre de la première procédure et estimer qu'il n'était pas nécessaire d'interroger, à nouveau, la requérante sur la régularité des prix qui avaient déjà été épinglés comme anormaux au terme de la première procédure. L'affirmation de la requérante selon laquelle les composantes des prix pourraient diverger d'une procédure à l'autre ou que des justifications différentes ou complémentaires pourraient être apportées dans le cadre des nouvelles procédures semble être uniquement soutenue pour les besoins de la cause. Une telle assertion n'est nullement étayée et est contredite par l'attitude de la requérante dans le cours de la procédure administrative. Il faut, à cet égard, relever que les parties adverses ont, par des courriels du 18 septembre 2020, expressément attiré l'attention de la requérante sur le fait que « [son] offre étant en tous points identiques à l'offre remise initialement lors de la procédure ouverte, il [lui] est rappelé que les prix pour les postes 1.1, 1.2, 2.1, 2.2 [sauf pour le lot 3] et 3.2 ont été jugés anormaux et ont mené à l'écartement de [son] offre pour irrégularité conformément aux articles 36, § 3, 1°, et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ». Par un courriel du 22 septembre 2020, la requérante s'est contentée de répondre qu'elle maintenait ses prix pour chacun des lots, sans chercher à justifier d'une autre manière les prix déjà considérés comme anormaux à l'issue de la procédure ouverte.

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

Quant à la deuxième branche

L'obligation de motivation formelle impose d'indiquer, dans l'acte administratif, les considérations de droit et de fait qui lui servent de fondement. Elle vise notamment à permettre au destinataire d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont il peut disposer. Les motifs doivent, en principe, se trouver dans l'*instrumentum* de l'acte. Une motivation par référence à un autre document peut cependant être admise pour autant que le destinataire ait eu connaissance de ce document au plus tard au moment où l'acte lui est notifié et que la motivation de ce document satisfasse elle-même aux exigences de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

En l'espèce, les actes attaqués se réfèrent explicitement à la procédure ouverte dans le cadre de laquelle « seules des offres irrégulières ont été présentées » ainsi qu'aux décisions motivées de non-attribution des 20 août et 3 septembre 2020, lesquelles mentionnent qu'« à l'issue de la vérification opérée, certains prix proposés [...] semblent anormaux », identifient clairement les postes concernés, précisent que « vu la nature et les quantités prévues, les postes concernés peuvent être considérés comme non négligeables » et donnent les motifs pour lesquels les justifications apportées ne permettent pas d'expliquer les prix anormalement hauts proposés pour ces postes. Les actes attaqués font ensuite état de ce que l'ensemble des prix proposés par la requérante sont identiques à ceux présentés lors de la procédure ouverte, alors que « les offres remises dans le cadre de la procédure ouverte du 15 juin 2020 ont été écartées pour cause d'irrégularité substantielle conformément à l'article 36, § 3, 1^o, et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en raison du caractère anormal de certains prix » pour conclure que « [l'] offre [de la requérante] n'ayant pas été adaptée, elle doit à nouveau être écartée pour cause d'irrégularité substantielle conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en raison du caractère anormal de certains prix ».

La requérante ne peut sérieusement soutenir qu'à la lecture des actes attaqués et des décisions de non-attribution des 20 août et 3 septembre 2020 qui lui ont été préalablement communiquées et auxquelles les actes attaqués renvoient, elle n'était pas en mesure d'identifier les postes non négligeables des offres qui présentaient des prix anormalement élevés ainsi que les raisons pour lesquelles les justifications qu'elle a remises n'ont pas été acceptées, ni de comprendre pourquoi ses offres ont été écartées pour cause d'irrégularité.

Le moyen, en sa deuxième branche, n'est pas sérieux.

Quant à la troisième branche

L'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité dispose comme il suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

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

[...]

§ 3. Lorsqu'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l'offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3.

§4. [...], le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est

égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.

Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.

Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation. »

Selon la requérante, l'article 76, § 4, précité interdirait au pouvoir adjudicateur qui a entamé des négociations d'encre constater qu'une offre est affectée d'une irrégularité substantielle.

L'interprétation que la requérante donne à cette disposition est toutefois contredite par le renvoi qui y est fait au paragraphe 3 de la même disposition « lorsqu'il s'agit d'une offre finale ». L'offre finale intervient après la phase de négociation. Or, conformément au paragraphe 3 précité, le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle l'offre finale lorsqu'elle est affectée d'une irrégularité substantielle. Concernant plus particulièrement l'irrégularité tirée de la présence de prix anormaux dans les offres, l'article 36, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précise que « [l]orsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation [...] 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 ». Ceci confirme que la vérification des prix anormaux par le pouvoir adjudicateur peut avoir lieu à tout moment de la procédure de passation et encore, après la phase de négociation, lorsque les soumissionnaires déposent leurs offres finales.

Le rapport au Roi précédant la publication de l'arrêté royal du 18 avril 2017 renseigne, à propos de l'article 76, ce qui suit :

« Le quatrième paragraphe a trait aux procédures susmentionnées qui atteignent le seuil fixé pour la publicité européenne. Dans un tel cas, le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf si les documents du marché en disposent autrement. Mais dans ce dernier cas, les documents du marché peuvent limiter cette possibilité de régularisation : pour certaines irrégularités substantielles, le pouvoir adjudicateur peut indiquer dans les documents du marché que la régularisation est interdite.

En outre, la possibilité de régularisation est d'office prévue 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 1^{er}, alinéa 3. Il convient également de rappeler qu'il n'y a pas de

possibilité de régularisation des offres finales, ces dernières étant soumises aux mêmes règles que les procédures ouvertes et restreintes.

Notons également qu'il est précisé que les offres affectées d'une irrégularité substantielle ne peuvent jamais être admises à la négociation. L'éventuelle possibilité de régularisation (qui doit alors être prévue dans les documents du marché) doit se faire avant d'entamer les négociations effectives. Il en va de même lorsque l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3. Dans ce dernier cas par contre, il est rappelé que cette possibilité de régularisation existe même sans mention dans les documents du marché [...] »

L'article 76, § 4, de l'arrêté du 18 avril 2017 exclut de régulariser une offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf si les documents du marché en disposent autrement. À suivre le rapport au Roi, il empêche également d'entamer des négociations sans avoir, au préalable, régularisé les offres affectées d'irrégularités. Il n'interdit cependant nullement le pouvoir adjudicateur de constater, après l'entame des négociations, qu'une offre est entachée d'une irrégularité substantielle.

Le moyen, en sa troisième branche, n'est pas sérieux.

VI. Confidentialité

La requérante sollicite que les offres qu'elle a présentées pour les lots 3 à 6 – « qui feront selon toute vraisemblance partie du dossier administratif » – soient déposées à titre confidentiel et à l'attention unique du Conseil d'État « de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises, si une partie intervenante devait se manifester en cours de procédure ».

Les parties adverses demandent que les pièces A à E inventoriées séparément dans le dossier administratif soient tenues pour confidentielles, dès lors qu'elles contiennent « des données couvertes par le secret des affaires, telles que des plans, esquisses et éléments de décomposition des prix ». Il s'agit, plus précisément, de la « justification des prix de la requérante du 30 juin 2020 » ainsi que des offres déposées par celle-ci pour les lots 3 à 6 dans le cadre des procédures concurrentielles avec négociations.

Ces demandes n'étant pas contestées, il convient, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées. Par ailleurs, conformément à l'article 26 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 de travaux, de fournitures et de services et de concessions, il y a lieu

d'ordonner la confidentialité des pièces 7a et 7b annexées à la requête, qui contiennent les justifications des prix de la requérante.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces A à E inventoriées séparément dans le dossier administratif ainsi que les pièces 7a et 7b annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 20 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 13 novembre 2020, par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret