

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

n° 252.565 du 29 décembre 2021

A. 235.122/VI-22.195

En cause : **la société anonyme ALBA CONCEPT**,
ayant élu domicile chez
M^e Gilles VANDERMEEREN, avocat,
rue Jean-Baptiste Brabant 56
5000 Namur,

contre :

la Société wallonne des eaux, en abrégé **S.W.D.E.**,
ayant élu domicile chez
M^e Mathieu THOMAS, avocat,
rue de la Régence 58 bte 8
1000 Bruxelles.

Requérante en intervention :

la société à responsabilité limitée QUALIPSO,
ayant élu domicile chez
M^e Bruno LOMBAERT, avocat,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 novembre 2021, la société anonyme Alba Concept demande, d'une part, l'annulation et, d'autre part la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 10 novembre 2021 au terme de laquelle la Partie Adverse, après avoir entériné le rapport d'examen des offres daté du 8 novembre 2021, a décidé d'attribuer le marché pour la surveillance du contrat de nettoyage des locaux à IPSO pour un montant de 103.164,-€ HTVA » ainsi que de « la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 1^{er} décembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 décembre 2021.

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

Par une requête introduite le 10 décembre 2021, la société à responsabilité limitée Qualipso demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M^e Sophie Baudoin, *loco* M^e Gilles Vandermeeren, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Mathieu Thomas, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Bruno Lombaert, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

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

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

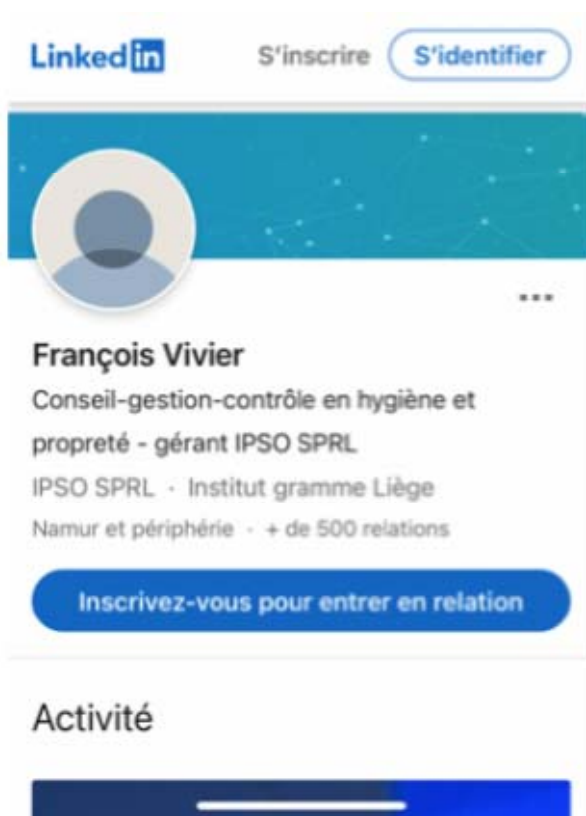
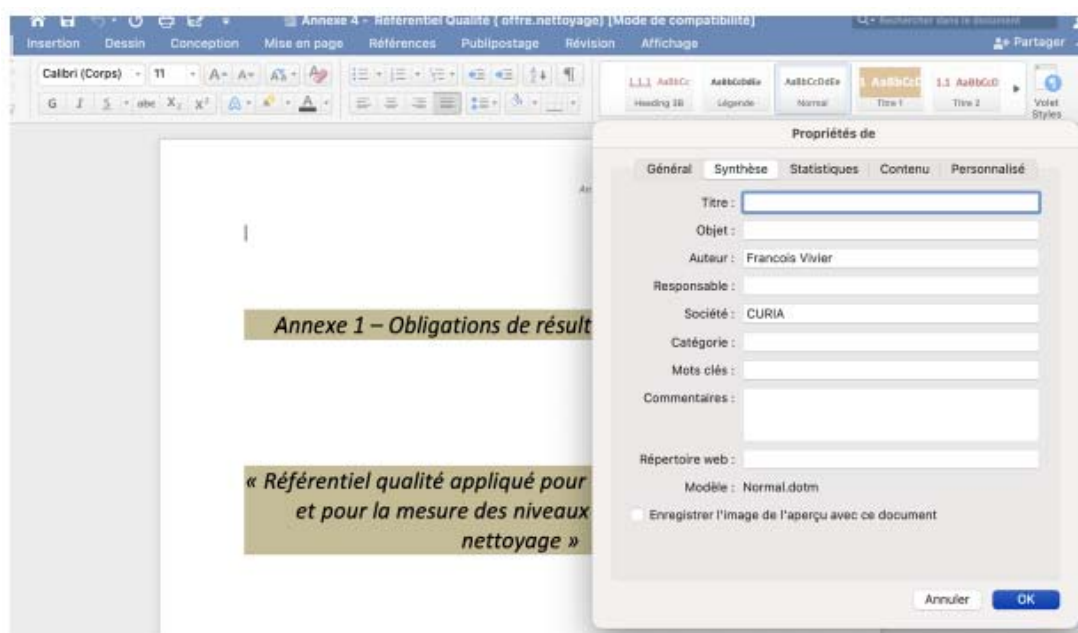
Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1.- La partie adverse établi un premier cahier spécial des charges, directement lié au marché public litigieux, sous la référence "2965/nettoyage des locaux 2021-2029" qui porte sur des "services de nettoyage des locaux et des parties vitrées des locaux de la SWDE".

L'avis de marché est lancé le 15 mars 2021.

Dans le cadre de ce marché, la société IPSO est chargée de réaliser un "référentiel qualité" de nature à contrôler la qualité des prestations (s'agissant d'une obligation de résultat), ainsi que le rapport d'attribution (réalisé le 19 août 2021).

Votre Conseil pourra constater que Monsieur François VIVIER qui est l'auteur du référentiel est le gérant de la SRL IPSO.



En vue d'établir le référentiel qualité, elle réalise une base de données.

IPSO est rémunérée pour ces prestations.

2.-Le 1^{er} septembre 2021, la partie adverse publie ensuite un second cahier spécial des charges sous la référence "3356/Contrôle nettoyage bâtiments 2021-2029", dont l'objet consiste cette fois à opérer un suivi du référentiel qualité

appliqué pour la gestion du contrat et pour la mesure des niveaux d'hygiène et de nettoyage des bâtiments de la SWDE ».

Le prestataire du marché doit :

- fournir les ressources humaines spécialisées nécessaires à la réalisation des contrôles de qualité prévus dans le référentiel qualité en annexe 2 ;
- disposer des outils informatiques permettant d'appliquer les différents modes opératoires de contrôles décrits dans le référentiel qualité en annexe 2 ;
- contrôler le bon respect des SLA de chacun des postes suivants :
 - ressources humaines ;
 - ressources techniques ;
 - gestion opérationnelle ;
 - gestion de la qualité ;
- produire des rapports de contrôles dans les formes et délais conformément aux normes EN 13549 : 2001 ;
- préparer et animer les réunions avec le/les prestataires d'entretien des locaux ainsi qu'avec la SWDE ;
- établir des tableaux de bord et rédiger les rapports de réunion.

Par ailleurs, les critères d'attribution sont les suivants :

Critère 1	<u>Prix</u> Ce critère est calculé par comparaison entre l'offre la plus basse et l'offre examinée. L'offre la plus basse obtient 60/60. L'offre à coter obtient une cote selon la formule suivante : (Montant de l'offre la plus basse / Montant de l'offre à coter) X 60 Ce prix comprend l'ensemble des éléments repris dans l'inventaire en annexe 3.	60 points
Critère 2	<u>Nettoyage des locaux</u> Méthodologie et logiciel informatique proposés pour les contrôles et le suivi de la qualité des prestations. Les critères et niveaux de qualité seront en conformité avec le référentiel qualité mis en place par la SWDE.	10 points
Critère 3	<u>Nettoyage des parties vitrées</u> Méthodologie et logiciel informatique proposés pour les contrôles et le suivi de la qualité des prestations lors du nettoyage des vitres.	10 points
Critère 4	<u>Suivi financier et gestion du SLA</u> Méthodologie et logiciel informatique proposés pour le suivi financier du marché et la gestion du SLA.	10 points
Critère 5	<u>Rapports de contrôles de qualité facilement compréhensibles par le sous-traitant, comprenant au minimum des plans de progression et des tableaux de bord pour la gestion et le suivi des sites par la société de nettoyage</u>	10 points

3-.La requérante établit son offre le 21 septembre 2021 conformément aux documents communiqués en annexe au cahier spécial des charges, pour le prix de 149.400,- € HTVA et la dépose.

4.- La Partie adverse établit un rapport d'analyse des offres le 8 novembre 2021.

Ce document relève que trois offres ont été remises : ALBA CONCEPT – ATIR et IPSO. Tous les soumissionnaires sont sélectionnés dans le cadre de la sélection qualitative définie par le cahier des charges et par l'arrêté royal du 18 juin 2017.

S'agissant de l'examen de la régularité des offres, le rapport conclut que toutes les offres sont régulières.

S'agissant de la comparaison des offres, la partie adverse pondère les différents critères d'attribution comme suit :

N°	Nom	Motivation	Score
Critère d'attribution N° 1 : Prix <i>Appréciation sur 60 points</i>			
3	IPSO	(Montant de l'offre la plus basse/ Montant de l'offre à coter) X 60	60
1	ALBA CONCEPT	(Montant de l'offre la plus basse/ Montant de l'offre à coter) X 60	41,43
2	ATIR	(Montant de l'offre la plus basse/ Montant de l'offre à coter) X 60	29
Critère d'attribution N° 2 : Nettoyage des locaux <i>Appréciation sur 10 points</i> Méthodologie et logiciel informatique proposés pour les contrôles et le suivi de la qualité des prestations Les critères et niveaux de qualité seront en conformité avec le référentiel qualité mis en place par la SWDE			
3	IPSO	Description précise de l'outils de contrôle : critères, définitions, exemples concrets, ... Descriptions de l'offre complète et largement documentée. Liens avec le référentiel de qualité. Guide de démarrage de l'outil informatique FLASH 2.0 joint à l'offre. Outils informatiques développés en cascade/arborescence, disponibles et développés pour Smartphone. Remontée des infos autres que des anomalies. Remontée des problème via application Flash.	10
1	ALBA CONCEPT	Copié/collé du référentiel de qualité + quelques annotations. Description de l'offre limitée. Propose l'ATP métrie pour les contrôles microbiologiques. Quelques exemples de rapports proposés. Pas d'information quant à l'utilisation du logiciel. Les défauts sont rapportés à travers une fiche de constat.	8
2	ATIR	Pas de description. Les documents remis relèvent plus d'une déclaration d'intention que de la manière avec laquelle les contrôles seront effectués. Pas de lien/correspondance clairement identifiés avec le référentiel de qualité.	2
Critère d'attribution N° 3 : Nettoyage des parties vitrées <i>Appréciation sur 10 points</i> Méthodologie et logiciel informatique proposés pour les contrôles et le suivi de la qualité des prestations lors du nettoyage des vitres			
1	ALBA CONCEPT	Approche selon 12 critères/éléments clairement identifiés + hiérarchisation dans le rapport proposé.	10
3	IPSO	Pas de précision sur le nombre d'éléments contrôlés	7
2	ATIR	Description trop brève des contrôles qui seront mis en œuvre. Aucune information précise sur les éléments de vitrage contrôlés et le type de contrôle	2

Critère d'attribution N° 4 : Suivi financier et gestion du SLA Appréciation sur 10 points Méthodologie et logiciel informatique proposés pour le suivi financier du marché et la gestion du SLA			
3	IPSO	Une attention particulière est apportée au traitement des données et à leur organisation de manière à pouvoir les agréger ou les ventiler au grés des analyses à réaliser (post-analyse, analyse par CC)	10
2	ATIR	Description sommaire de ce qui est envisagé. Manque de précision quant à la méthodologie et des outils utilisés/proposés. Une approche "plan de progression et conseil " semble être retenue sans toutefois être développée plus en détail	2
1	ALBA CONCEPT	Pas d'info ou éléments documentaires fournis permettant d'évaluer la méthodologie proposée.	0

Critère d'attribution N° 5 : Rapports de contrôles de qualité facilement compréhensibles par le sous-traitant, comprenant au minimum des plans de progression et des tableaux de bord pour la gestion et le suivi des sites par la so Appréciation sur 10 points Voir CSC			
3	IPSO	Approche visuelle et intuitive : code couleur, photos annotées, plan de progression. Le traitement des données est au centre du système et permet une multitude de combinaisons permettant l'édition de rapports spécifiques. Rapport d'audit particulièrement bien documenté	10
1	ALBA CONCEPT	Approche visuelle et tableaux bien organisés + codification couleur simple. Absence d'exemple de plan de progression joint à l'offre	7
2	ATIR	Pas d'exemple concret ni de description de ce que seront les rapports proposés.	0

Le rapport réalise un classement final des offres et propose d'attribuer le marché à la société IPSO qu'elle considère comme ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse, sur base du meilleur rapport qualité-prix.

L'attributaire dispose donc de 30,57 points supplémentaires par rapport à ALBA CONCEPT.

5.- Le 15 novembre 2021, la partie adverse informe la requérante qu'elle a décidé, en date du 10 novembre 2021, d'attribuer le marché à la société IPSO pour le montant de 103.164,-€ HTVA.

Elle décide donc implicitement de ne pas attribuer le marché à la société ALBA CONCEPT.

Ce sont ces décisions que la requérante soumet à la censure de Votre Conseil.

La décision d'attribution du marché à la société IPSO n'a pas été communiquée à la requérante ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 10 décembre 2021, la société à responsabilité limitée Qualipso demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, qui lui attribue le marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, qui se lit comme suit :

« PREMIER MOYEN : existence d'un avantage concurrentiel entraînant l'exclusion de l'offre de l'adjudicataire

PRIS DE la violation des articles 4, 5, 52 et 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; des articles 10 et 11 de la Constitution ; du principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires et de son corollaire ; du principe général d'impartialité ; du principe de transparence ; des principes de bonne administration et de légitime confiance ; du devoir de minutie ; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit (ou de motivation matérielle), de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

EN CE QUE

Première branche La partie adverse n'a pas vérifié l'existence d'un avantage anticoncurrentiel

L'adjudicataire du marché disposait d'un avantage anticoncurrentiel en raison de son intervention dans le cadre du marché public pour le nettoyage des locaux de la SWDE, ce qui n'a pas été examiné par le pouvoir adjudicateur.

En effet, d'une part, la société IPSO a largement participé au marché "2965 – nettoyage des locaux 2021-2029".

Plus précisément :

- Elle a été désignée afin d'élaborer un référentiel de qualité pour le marché de nettoyage n°2965 ;
- Dans le cadre de ce marché n°2965, elle a élaboré une base de données des sites à nettoyer dans le but de répertorier l'ensemble des sites à contrôler.

Pour ces tâches, la société IPSO a donc été payée dans le cadre du marché de nettoyage n°2965. La société IPSO était également en charge du rapport d'examen des offres.

D'autre part, le référentiel qualité déjà réalisé a servi de référence au pouvoir adjudicateur pour le marché n°3356 "Contrôle nettoyage bâtiments 2021-2029".

Ainsi, plusieurs éléments permettent de déduire que l'entreprise a obtenu un tel avantage :

- Le soumissionnaire IPSO qui est intervenu dans le cadre du premier marché a obtenu des informations privilégiées et est en outre à l'origine du référentiel qualité utilisé dans le marché litigieux ;

Cela signifie que la méthodologie, les contrôles visuels de qualité, la pondération et les cotations sont propres à IPSO. De même, les contrôles microbiologiques et le contrôle de la désinfection le sont également.

- Ce soumissionnaire a disposé de plus de temps et de plus d'informations pour préparer son offre lui permettant de proposer une méthodologie très avancée pour les critères ainsi qu'un prix compétitif ;
- Le soumissionnaire IPSO a déjà été payé pour établir une base de données qu'elle a pu construire dans le premier marché (bâtiments, locaux, revêtements de sols, etc...) et a donc pu remettre un prix plus faible qu'ALBA CONCEPT dans la mesure où cette base de données doit encore être établie par ALBA CONCEPT alors qu'elle l'est déjà pour IPSO.

La requérante produit en pièce n°9 les documents précis préparés par la société IPSO et qu'ALBA CONCEPT n'a jamais officiellement reçus.

Il peut être constaté que pour chaque site et chaque bâtiment, l'arborescence d'IPSO s'étend jusqu'aux locaux, surfaces, types de revêtements et destination du local (soit administratif, soit industriel). L'ensemble de ces informations permettent la réalisation d'une base de données précise qui a déjà pu être réalisée par IPSO.

En revanche, la réalisation de ces tableaux depuis le départ représente environ 10 jours de visite et 10 jours d'encodage, de corrections et de validations, soit un budget de 750,-€ htva x 20 = 15.000,-€ htva.

Le transfert vers le logiciel de contrôle représente encore 6 jours de travail complémentaire soit 6 x 750 € = 4.500,-€ htva.

Enfin, la location du logiciel et la formation représente environ 4.000,-€ htva par an.

Deuxième branche Absence d'exclusion de l'offre de l'adjudicataire et/ou à tout le moins de vérification du principe d'égalité de traitement.

Si l'on doit considérer que la partie adverse a procédé à ce contrôle, *quod non* comme démontré dans la première branche, il y a lieu de constater qu'elle n'a pas respecté les principes et dispositions visées à l'appui du moyen en considérant que la société IPSO n'avait pas retiré un avantage de nature à fausser la concurrence entre les soumissionnaires.

En effet, il ne fait aucun doute que le fait pour une société d'avoir élaboré un référentiel servant de modèle au marché et d'avoir - préalablement au marché litigieux - établi une base de données pour les nettoyages, lui donne un avantage concurrentiel pour répondre le plus adéquatement et de manière compétitive aux critères du marché comme détaillé au sein de la première branche.

ALORS QUE

Première branche

Les dispositions visées au moyen imposent d'attribuer le marché à un soumissionnaire qui a remis une offre dont la régularité a été dûment contrôlée.

Les articles 4 et 5 et 52 de la loi du 17 juin 2016 disposent que :

“ Art. 4. Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée (...)”

“ Art. 5. § 1^{er}. Un adjudicateur ne peut concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente loi ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques.

Les opérateurs économiques ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

§ 2. Le non-respect de la disposition visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, donne lieu à l'application des mesures suivantes, excepté dans le cas où l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} n'est pas non plus respecté, auquel cas le paragraphe 3 est d'application :

1° tant que l'adjudicateur n'a pas pris de décision finale et que le marché n'est pas conclu, l'écartement des demandes de participation ou des offres introduites à la suite d'un tel acte, convention ou entente ;

2° lorsque le marché est déjà conclu, les mesures d'office fixées par le Roi, à moins que l'adjudicateur n'en dispose autrement par décision motivée.

§ 3. Le non-respect des dispositions visées au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, accompagné ou non du non-respect des dispositions du deuxième alinéa du paragraphe 1^{er}, donne lieu à l'application des mesures suivantes :

1° tant que l'adjudicateur n'a pas encore conclu le marché ou, lorsqu'il s'agit d'une soustraction au champ d'application, tant qu'il n'y a pas de décision finale, la renonciation à l'attribution ou à la conclusion du marché, quelle qu'en soit la forme ;

2° lorsque le marché est déjà conclu, quelle qu'en soit la forme, les mesures d'office fixées le cas échéant par le Roi, ce qui peut inclure des mesures d'office à l'égard de l'adjudicataire, pour autant que ce dernier n'ait pas respecté les dispositions du paragraphe 1^{er}, alinéa 2.

Il ne faut cependant prendre une mesure conformément à l'alinéa 1^{er}, 2°, qu'au cas où l'adjudicataire n'a pas commis de faute, pour autant que l'infraction ait sorti un effet faussant réellement la concurrence”.

“ Art. 52. § 1^{er}. Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire, ou une entreprise liée à un candidat ou à un soumissionnaire, a donné son avis au pouvoir adjudicateur, que ce soit ou non dans le cadre de l'article 51, ou a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation, le pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire. Lesdites mesures doivent, pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils correspondants fixés pour la publicité européenne, être consignées dans les informations visées à l'article 164, §§ 1^{er} ou 2.

Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation et à fixer des délais adéquats pour la réception des offres.

Par ‘entreprise liée’ au sens du présent article, on entend soit toute entreprise sur laquelle une personne visée à l'alinéa 1^{er} peut exercer directement ou indirectement une influence dominante, soit toute entreprise qui peut exercer

une influence dominante sur cette personne ou qui, comme celle-ci, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

Aux fins de l'alinéa 3, l'«influence dominante» est présumée dans les cas visés à l'article 2, 2°.

§ 2. Le candidat ou soumissionnaire concerné n'est exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autres moyens d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement. Toutefois, avant de pouvoir être exclu, le candidat ou soumissionnaire reçoit la possibilité de prouver au moyen d'une justification écrite, que sa participation préalable n'est pas susceptible de fausser la concurrence.

Un délai d'au moins douze jours est accordé au candidat ou soumissionnaire pour fournir la justification visée à l'alinéa 1^{er}, à compter de la demande du pouvoir adjudicateur. Le candidat ou soumissionnaire concerné fournit la preuve de l'envoi de cette justification.

La demande du pouvoir adjudicateur doit également être formulée par écrit.

§ 3. Le Roi peut, pour les marchés sous le seuil concerné pour la publicité européenne et moyennant les conditions qu'il fixe, prévoir des dérogations par rapport aux dispositions du présent article”.

Ainsi, la participation d'une entreprise à un marché peut conduire à fausser la concurrence. Il ne fait donc aucun doute que le pouvoir adjudicateur se trouvait face à une hypothèse visée par l'article 52 de la loi du 17 juin 2016 dès lors que le soumissionnaire IPSO “a participé à la préparation de la procédure de passation”.

Il appartenait donc à la partie adverse de vérifier, conformément aux dispositions visées à l'appui du moyen, si ce soumissionnaire retire de ces prestations un avantage qui empêche ou qui fausse les conditions normales de concurrence et vérifier si le soumissionnaire peut fournir des justifications de nature à démontrer qu'il n'a pas gagné un avantage concurrentiel en participant à ce marché.

Votre Conseil prévoit explicitement que : “L'existence d'un avantage concurrentiel dans le chef d'un soumissionnaire ayant participé à l'étude de marché ne doit pas être démontrée concrètement par celui qui l'invoque. C'est au pouvoir adjudicateur et non à la société requérante de rechercher la présence ou l'absence d'un avantage de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. Dans le respect de l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, avant d'accepter la demande de participation ou l'offre d'une société alors que celle-ci pouvait bénéficier d'un tel avantage, le pouvoir adjudicateur devait l'inviter, par lettre recommandée, à fournir par écrit les justifications pertinentes” (C.E., arrêt n°222.634 du 26 février 2013, SA AEG BELGIUM) [...].

Or, il ne résulte nullement du rapport d'analyse des offres que cette vérification a bien été opérée par la partie adverse. La requérante doute également que la décision attaquée (non notifiée) en fasse mention. La partie adverse ne s'est, en effet, pas assurée que le soumissionnaire qui a préalablement participé n'a pas retiré un avantage anticoncurrentiel par le fait notamment d'avoir eu accès à une information plus détaillée, d'avoir pu établir elle-même le référentiel et une base de données complète.

Deuxième branche

Pour rappel, “Le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence, qui en est le corollaire, signifient, notamment, que les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées par le pouvoir adjudicateur et constituent la base des règles de l'Union relatives aux procédures de passation des commandes publiques. Ce principe d'égalité, qui a pour objectif de favoriser le développement d'une concurrence saine et effective entre les entreprises participant à un marché public ou à une concession, impose que tous les

soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et implique donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs (en ce sens, cf. not. CJUE, arrêt du 11 juillet 2019, Telecom Italia SpA, C-697/17, EU:C:2019:599, points 32 et 33; arrêt du 24 mai 2016, MT Hojgaard et Zublin, C-396/14, EU:C:2016:347, points 37 à 39). Tenu d'assurer le respect du principe d'égalité ainsi entendu, le pouvoir adjudicateur doit en particulier - et au regard des circonstances particulières dans lesquelles il a organisé la procédure de passation litigieuse - veiller à ce que ces circonstances n'aient pas pour effet de procurer un avantage concurrentiel à l'un des soumissionnaires, candidats ou opérateurs économiques susceptibles d'avoir intérêt à obtenir la concession, au détriment de tous les autres dont la situation concurrentielle s'en serait trouvée affectée" (C.E., arrêt n°250.805 du 7 juin 2021, ASBL CENTRE CULTUREL DE LA COMMUNAUTE FRANCAISE "LE BOTANIQUE" et SA ANTWERPS SPORTPALEIS).

Par ailleurs, il est bien établi ci-dessus que le pouvoir adjudicateur se trouvait face à une hypothèse visée par l'article 52 de la loi du 17 juin 2016 dès lors que le soumissionnaire IPSO "a participé à la préparation de la procédure de passation".

Selon cette disposition, le soumissionnaire est exclu du marché lorsqu'il n'existe aucun autre moyen de garantir le respect du principe de l'égalité de traitement et la libre concurrence entre opérateurs économiques.

Ainsi, le pouvoir adjudicateur était tenu de respecter l'article 69, 6° de la loi du 17 juin 2016 qui dispose que :

“ Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :

1° lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 7 ;

2° lorsque le candidat ou le soumissionnaire est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de réorganisation judiciaire, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales ;

3° lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que le candidat ou le soumissionnaire a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité ;

4° lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence, au sens de l'article 5, alinéa 2 ;

5° lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 6 par d'autres mesures moins intrusives ;

6° lorsqu'il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des candidats ou soumissionnaires à la préparation de la procédure de passation, visée à l'article 52, par d'autres mesures moins intrusives ;

(...)

Les exclusions à la participation aux marchés publics mentionnées à l'alinéa 1er s'appliquent uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'événement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion

facultatifs dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein”.

Le rapport au Roi de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 a insisté sur le fait que “même si le pouvoir adjudicateur n'est pas a priori obligé d'exclure un candidat ou un soumissionnaire de la participation au marché, il faut néanmoins tenir compte du principe de bonne gestion. Ce principe implique qu'un pouvoir adjudicateur ne se lie pas à un tel candidat ou soumissionnaire (...)”. En d'autres termes, l'adjudicateur dispose d'un certain pouvoir d'appréciation mais limité par le principe de bonne gestion.

En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur devait à tout le moins veiller à assurer le respect du principe d'égalité de traitement dans son appréciation des critères d'attribution.

Force est de constater que tel n'est pas le cas en l'espèce. À titre illustratif, la partie adverse n'a pas pris en considération le fait que la société IPSO n'était pas tenue de réaliser une base de donnée déjà établie dans le cadre du précédent marché, ce qui représente un poste non négligeable d'environ 15.000,-€ pour ALBA CONCEPT.

De même, la partie adverse devait à tout le moins prendre en considération l'avantage obtenu par la société IPSO en ce qu'elle a elle-même établi la méthodologie et pondération.

DE SORTE QUE

Première branche

Dès lors que la partie adverse n'a pas procédé à ce contrôle et n'a pas indiqué, dans la motivation formelle de l'acte attaqué, les motifs pour lesquels il n'y avait, selon elle, pas lieu d'écarter l'offre de la société IPSO intervenue préalablement au lancement du marché, la partie adverse a violé les principes et dispositions visées à l'appui du moyen.

La première branche du moyen est sérieuse.

Deuxième branche

Pour les motifs précités, il appartenait à la partie adverse d'exclure l'offre du soumissionnaire au stade de la sélection qualitative ou à tout le moins de s'assurer du respect du principe d'égalité de traitement. En s'abstenant d'agir de la sorte, elle a commis une erreur manifeste d'appréciation.

C'est donc de manière irrégulière que le marché a été attribué au soumissionnaire IPSO.

La deuxième branche du moyen est sérieuse ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

À la lecture des deux branches du moyen, qui doivent être examinées simultanément, celui-ci se comprend en ce sens que la requérante y reproche à la partie adverse de n'avoir pas pris les mesures, requises en vertu de l'article 52 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, pour éviter que l'intervenante

dispose d'un avantage susceptible de fausser la concurrence en raison de sa participation à un marché antérieur, et de n'avoir pas usé de la faculté d'exclusion que lui accorde l'article 69, 6°, de la loi du 17 juin 2016 précitée. Au vu de l'enseignement jurisprudentiel cité dans la deuxième branche, le moyen qui met en cause le défaut de vérification du principe d'égalité de traitement doit se comprendre comme dénonçant encore l'absence de mesures prises par la partie adverse pour priver l'intervenante d'un avantage concurrentiel. Dans cette mesure, le grief se confond avec celui que formule la première branche.

Les articles 52 et 69, 6°, de la loi du 17 juin 2016 se lisent comme suit :

« Art. 52. § 1^{er}. Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire, ou une entreprise liée à un candidat ou à un soumissionnaire, a donné son avis au pouvoir adjudicateur, que ce soit ou non dans le cadre de l'article 51, ou a participé d'une autre façon à la préparation de la procédure de passation, le pouvoir adjudicateur prend des mesures appropriées pour veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée par la participation de ce candidat ou soumissionnaire. Lesdites mesures doivent, pour les marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils correspondants fixés pour la publicité européenne, être consignées dans les informations visées à l'article 164, §§ 1^{er} ou 2.

Ces mesures consistent notamment à communiquer aux autres candidats et soumissionnaires des informations utiles échangées dans le contexte de la participation du candidat ou soumissionnaire susmentionné à la préparation de la procédure, ou résultant de cette participation et à fixer des délais adéquats pour la réception des offres.

Par "entreprise liée" au sens du présent article, on entend soit toute entreprise sur laquelle une personne visée à l'alinéa 1^{er} peut exercer directement ou indirectement une influence dominante, soit toute entreprise qui peut exercer une influence dominante sur cette personne ou qui, comme celle-ci, est soumise à l'influence dominante d'une autre entreprise, du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui la régissent.

Aux fins de l'alinéa 3, l'"influence dominante" est présumée dans les cas visés à l'article 2, 2°.

§ 2. Le candidat ou soumissionnaire concerné n'est exclu de la procédure que s'il n'existe pas d'autres moyens d'assurer le respect du principe de l'égalité de traitement. Toutefois, avant de pouvoir être exclu, le candidat ou soumissionnaire reçoit la possibilité de prouver au moyen d'une justification écrite, que sa participation préalable n'est pas susceptible de fausser la concurrence.

Un délai d'au moins douze jours est accordé au candidat ou soumissionnaire pour fournir la justification visée à l'alinéa 1^{er}, à compter de la demande du pouvoir adjudicateur. Le candidat ou soumissionnaire concerné fournit la preuve de l'envoi de cette justification.

La demande du pouvoir adjudicateur doit également être formulée par écrit.

§ 3. Le Roi peut, pour les marchés sous le seuil concerné pour la publicité européenne et moyennant les conditions qu'il fixe, prévoir des dérogations par rapport aux dispositions du présent article » ;

« Art. 69. Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :

[...];

6° lorsqu'il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des candidats ou soumissionnaires à la préparation de la

procédure de passation, visée à l'article 52, par d'autres mesures moins intrusives ;
[...].

Les exclusions à la participation aux marchés publics mentionnées à l'alinéa 1er s'appliquent uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'événement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion facultatifs dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein ».

Comme l'observe la partie adverse, l'intervenante l'a accompagnée dans la conception et la passation d'un marché de services de nettoyage (référéncé « CSC 2965/nettoyage des locaux 2021-2029 »), mais non dans la préparation du marché litigieux (référéncé « CSC réf. 3356/Contrôle nettoyage bâtiments 2021-2029 »). Ne relève donc pas de l'évidence qu'entend faire reconnaître la requérante l'affirmation de celle-ci selon laquelle « il ne fait donc aucun doute que le pouvoir adjudicateur se trouvait face à une hypothèse visée par l'article 52 de la loi du 17 juin 2016 dès lors que le soumissionnaire IPSO "a participé à la préparation de la procédure de passation" ».

À supposer qu'en raison des prestations assurées pour accompagner la partie adverse dans le cadre du marché antérieur de nettoyage, l'intervenante doive être considérée comme ayant « participé d'une façon ou d'une autre à la procédure de passation » du marché litigieux, de sorte que la partie adverse aurait été tenue au respect des obligations fixées par l'article 52 de la loi du 17 juin 2016, encore faut-il établir que cette situation risquait d'être à l'origine d'une distorsion de la concurrence, en raison d'une situation avantageuse dans laquelle se serait ainsi trouvée l'intervenante, de sorte que la partie adverse était tenue de prendre des mesures tendant à éviter que l'avantage ainsi décelé fausse la concurrence (mesures qui, selon la première branche du moyen, n'auraient précisément pas été prises) et, le cas échéant, d'exclure l'offre de l'intervenante (comme le fait valoir la deuxième branche du moyen).

Selon l'exposé de la première branche du moyen, trois éléments permettraient d'établir l'avantage concurrentiel dont aurait bénéficié l'intervenante :

- S'agissant de l'obtention d'informations privilégiées et de la maîtrise qu'aurait l'intervenante du référentiel de qualité qu'elle a elle-même conçu, la requérante n'indique pas, plus précisément à ce stade, quelles étaient les informations concernées et n'expose pas en quoi la « paternité » du référentiel qu'elle attribue à l'intervenante (étant en cela contestée par la partie adverse) est, en soi, de nature à risquer d'engendrer une distorsion de la concurrence.

- En ce qui concerne le temps et les informations supplémentaires dont aurait bénéficié l'intervenante pour élaborer son offre, la requérante ne soutient pas n'avoir pas disposé d'un délai suffisant pour élaborer – avec le soin et les moyens qu'elle estimait requis – son offre et n'indique pas les informations dont elle a été privée à son préjudice ; en termes de plaidoiries, elle n'a pas fait état d'éléments de nature à contredire les affirmations de la partie adverse selon lesquelles les différents opérateurs disposaient des mêmes informations pour ce qui était nécessaire à l'élaboration de leurs offres.
- Quant à l'économie de coûts dont l'intervenante aurait bénéficié pour offrir un prix plus avantageux, s'il ne peut être exclu qu'elle soit, dans certains cas, de nature à risquer de provoquer une distorsion de la concurrence, ce risque ne peut être vérifié en la présente cause, au vu des éléments dont dispose le Conseil d'État pour statuer dans le cadre d'un examen en extrême urgence. Il ne lui est, en effet, permis, dans ce contexte procédural, ni d'apprécier la vraisemblance des estimations mentionnées par la requérante, ni d'évaluer l'importance des effets potentiels – à les supposer tels – de l'économie de coûts alléguée sur le jeu de la concurrence.

Dans ces circonstances où ne peut, *prima facie*, être établi à suffisance un risque de distorsion de concurrence résultant de l'avantage qu'aurait pu retirer un opérateur économique de prestations antérieurement assurées au bénéfice de la partie adverse, celle-ci ne paraît pas avoir commis une erreur manifeste d'appréciation, d'une part, en considérant implicitement qu'il n'y avait pas lieu de prendre les « mesures appropriées » que requiert l'article 52, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 et, d'autre part, en n'excluant pas l'intervenante de la participation à la procédure de passation du marché litigieux, ainsi que l'article 69, 6°, de la même loi lui en laisse la faculté.

Le premier moyen, ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, qui se lit comme suit :

« DEUXIEME MOYEN : absence de vérification des prix

PRIS DE la violation des articles 4 et 84 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; des articles 33, 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ; 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 la loi du 29 juillet 1991

relative à la motivation formelle des actes administratifs ; des principes de bonne administration, et en particulier du devoir de minutie ; de l'erreur de fait et de l'erreur manifeste d'appréciation.

EN CE QUE la Partie adverse s'est bornée à attribuer 60 points à l'attributaire sur base des prix proposés, sans vérifier que ces prix permettaient de couvrir les prestations demandées.

Il ne ressort pas du rapport d'analyse des offres, ni du courrier de notification que la partie adverse aurait interrogé l'attributaire du marché concernant le caractère anormal de ses prix.

Pourtant, l'attributaire du marché a vraisemblablement introduit une offre comportant des prix anormaux. La requérante n'a pas reçu la décision d'attribution de la SWDE du 10 novembre de sorte qu'elle n'est pas en mesure de vérifier que celle-ci fait état d'une interrogation et d'une réponse satisfaisante apportée.

Elle émet donc des réserves notamment parce qu'elle doute de ce que la société IPSO ait valorisé le poste relatif à la réalisation d'une base de données.

La lecture de la décision doit permettre de comprendre si la partie adverse a interrogé la société IPSO et les motifs pour lesquels les justifications ont été acceptées.

ALORS QUE dans l'intérêt même du pouvoir adjudicateur et en perspective d'une comparaison effective des offres dans le strict respect de l'égalité de traitement des soumissionnaires, il s'impose que la Partie adverse vérifie que les prix proposés permettent la bonne réalisation du chantier.

Votre Conseil a ainsi considéré que :

“ L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 impose au pouvoir adjudicateur de procéder à la vérification des prix des offres et lui permet de demander aux soumissionnaires les indications nécessaires à cette fin. Les articles 33, 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précisent la manière dont la vérification des prix et des coûts doit s'opérer. Il résulte de ces dispositions que le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à un contrôle des prix et des coûts. Il peut, à cette fin, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires. En cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il est, sauf pour les postes négligeables, tenu d'interroger le soumissionnaire et doit lui soumettre les données qui ne viennent pas de lui afin de lui permettre d'y réagir. L'objectif de la réglementation sur le contrôle des prix est double: d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que les prix proposés garantissent une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires et exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements qui y sont contraires et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence” (C.E., arrêt n°251.639 du 28 septembre 2021, SRL ALAIN BORDET) [...].

Cette vérification ne se borne pas à une interrogation du soumissionnaire qui a remis un prix anormal suivie de l'entérinement pur et simple de la justification. Il convient que le pouvoir adjudicateur rende compte, dans sa décision, des motifs qui l'ont conduit à accepter ou refusé le prix.

En l'absence de ce compte rendu, aucune vérification ne peut être opérée.

Votre Conseil estime que :

“ Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormal d'un prix, il n'en reste pas moins qu'il ne peut en aucun cas s'abstenir de procéder à cette vérification concrète des prix. De même, si la détermination du prix s'avère complexe, le pouvoir adjudicateur doit s'assurer d'être en possession de l'ensemble des éléments utiles lui permettant de comprendre le prix proposé et de vérifier concrètement sa normalité. Il revient au Conseil d'État de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision du pouvoir adjudicateur et de censurer dans son chef une appréciation manifestement déraisonnable” (CE n° 251.639 du 28 septembre 2021, SRL ALAIN BORDET).

Ou encore que “le pouvoir adjudicateur ne pouvait vérifier les prix et conclure à leur normalité sans procéder à des investigations dont aurait nécessairement dû rendre compte le dossier. A défaut de telles indications, l'effectivité d'une vérification des prix ne peut être établie à suffisance”. (CE n° 241.714 du 5 juin 2018, arrêt SERVITEX) et “il ne faut pas confondre les justifications qu'un soumissionnaire fournit à la demande du pouvoir adjudicateur, d'une part, et les motifs pour lesquels celui-ci accepte ou, au contraire, juge insatisfaisantes ces justifications, d'autre part”. (CE n° 240.422 du 15 janvier 2018, arrêt VIABUILD).

DE SORTE QUE la Partie adverse ne démontre pas qu'elle a procédé convenablement à l'étape de vérification des prix.

Pareil moyen est fondé et apparaît à tout le moins sérieux ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

En admettant, comme le soutient la partie adverse, que le moyen vise à tort les articles 33, 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, alors que le marché litigieux doit être considéré comme passé dans les secteurs spéciaux et qu'en pareille situation, les modalités de vérification des prix ou des coûts des offres sont fixées par d'autres dispositions qui leur sont similaires, à savoir les articles 41, 42, 43 et 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés dans les secteurs spéciaux, cette indication des dispositions dont la violation est invoquée n'a pu, en l'espèce, ni induire les parties adverse et intervenante en erreur sur le sens des griefs formulés à l'appui du moyen, ni porter atteinte à l'exercice de leurs droits procéduraux, ainsi que l'attestent les écrits de procédure et les plaidoiries. Le moyen ne peut – au risque, pour le Conseil d'État, de faire preuve d'un formalisme excessif – être déclaré irrecevable pour ce seul motif.

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, que l'article 153 de cette même loi rend applicable aux marchés passés dans les secteurs spéciaux, est libellé comme suit :

- « Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui.
À sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification ».

Les articles 41, 42 43 et 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité sont libellés comme suit :

- « Art. 41. Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 42, l'entité adjudicatrice procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 43 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, elle procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 44.

Art. 42. § 1^{er}. L'entité adjudicatrice rectifie les offres en fonction des erreurs dans les opérations arithmétiques ainsi que des erreurs purement matérielles relevées par elle ou par un soumissionnaire dans les documents du marché.

§ 2. L'entité adjudicatrice rectifie les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles dans les offres, sans que sa responsabilité ne soit engagée pour les erreurs qui n'auraient pas été décelées.

Afin de rectifier les erreurs dans les opérations arithmétiques et les erreurs purement matérielles relevées par elle dans les offres, l'entité adjudicatrice recherche l'intention réelle du soumissionnaire en analysant l'offre dans sa globalité et en comparant celle-ci aux autres offres ainsi qu'aux prix courants. S'il s'avère que suite à cette analyse de l'offre, cette intention n'est pas suffisamment claire, l'entité adjudicatrice peut, dans le délai qu'elle détermine, inviter le soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier et ce, sans préjudice de la possibilité de négocier lorsque la procédure le permet.

Lorsque, dans ce dernier cas, aucune précision n'est donnée ou que l'entité adjudicatrice estime que la précision est inacceptable, elle rectifie les erreurs en fonction de ses propres constatations. Si cela ne s'avère pas possible, l'entité adjudicatrice peut soit décider que les prix unitaires sont d'application, soit décider d'écarter l'offre comme irrégulière.

§ 3. Lorsque l'entité adjudicatrice rectifie les erreurs directement dans les offres, elle conserve une version originale des offres et veille à ce que les rectifications soient identifiables tout en maintenant visibles les données originales.

Art. 43. 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^o, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires.

Art. 44. § 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 43, l'entité adjudicatrice procède à un examen de ces derniers. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, la procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable et la procédure négociée sans mise en concurrence préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que l'entité adjudicatrice puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, l'entité adjudicatrice 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 mise en concurrence préalable, l'entité

adjudicatrice 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}, l'entité adjudicatrice 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.

L'entité adjudicatrice n'est toutefois pas tenue de demander des justifications des prix de postes négligeables.

Si nécessaire, l'entité adjudicatrice interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit.

§ 3. L'entité adjudicatrice apprécie les informations reçues et :

1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(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.

L'entité adjudicatrice écarte également l'offre si elle 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, l'entité adjudicatrice le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 2.

Dans le cadre de l'évaluation, l'entité adjudicatrice 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 l'entité adjudicatrice constate qu'une offre paraît anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat par le soumissionnaire, elle ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que si elle consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par l'entité adjudicatrice, 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. L'entité adjudicatrice 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, l'entité adjudicatrice 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, l'entité adjudicatrice 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. Ce calcul peut également se faire sur la base des offres des soumissionnaires provisoirement sélectionnés conformément à l'article 147, § 6, de la loi.

Néanmoins, dans le cadre de ce calcul, l'entité adjudicatrice 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, l'entité adjudicatrice 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, l'entité adjudicatrice le communique immédiatement au Service d'information et de recherche sociale en indiquant les informations mentionnées à l'alinéa 1^{er}.

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 du fait d'une aide d'Etat non compatible avec le marché intérieur, l'entité adjudicatrice 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 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 ».

Il ressort des dispositions précitées qu'après rectification des offres conformément à l'article 42, l'entité adjudicatrice est tenue de procéder, dans un premier temps, à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 43 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, de procéder, dans un second temps, à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 44. C'est dans le cadre de cet examen des prix et coûts, régi par l'article 44

et supposant une suspicion préalable d'anormalité de ces prix et coûts, que l'entité adjudicatrice est tenue d'inviter les soumissionnaires concernés à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal, de manière à se déterminer ensuite sur le caractère normal ou anormal des prix concernés et à en tirer les conséquences sur le plan de la régularité des offres concernées et du sort qui doit être réservé à celles-ci.

En l'espèce, et en dépit de ce qu'à plusieurs reprises la requérante y mette formellement en cause une absence de « vérification » des prix, le moyen repose sur différents griefs qui doivent se comprendre comme dénonçant une méconnaissance, par la partie adverse, des obligations qui s'imposent à celle-ci dans le cadre de la phase d'examen des prix visée à l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017, et ce alors que l'intervenante aurait – à l'estime de la requérante – déposé une offre comportant des prix anormaux. Le moyen repose notamment sur les griefs suivants :

- « la Partie adverse s'est bornée à attribuer 60 points à l'attributaire sur base des prix proposés, sans vérifier que ces prix permettaient de couvrir les prestations demandées.

Il ne ressort pas du rapport d'analyse des offres, ni du courrier de notification que la partie adverse aurait interrogé l'attributaire du marché concernant le caractère anormal de ses prix.

Pourtant, l'attributaire du marché a vraisemblablement introduit une offre comportant des prix anormaux. La requérante n'a pas reçu la décision d'attribution de la SWDE du 10 novembre de sorte qu'elle n'est pas en mesure de vérifier que celle-ci fait état d'une interrogation et d'une réponse satisfaisante apportée.

Elle émet donc des réserves notamment parce qu'elle doute de ce que la société IPSO ait valorisé le poste relatif à la réalisation d'une base de données.

La lecture de la décision doit permettre de comprendre si la partie adverse a interrogé la société IPSO et les motifs pour lesquels les justifications ont été acceptées ».

Il ne ressort toutefois pas de l'examen de la cause qu'une vérification des prix effectuée conformément à l'article 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 a abouti à une suspicion d'anormalité, en raison de laquelle la partie adverse aurait été tenue de procéder à l'examen que prévoit l'article 44 de cet arrêté et qui lui aurait notamment imposé d'inviter le soumissionnaire concerné à fournir des justifications des prix considérés comme apparemment anormaux. Le moyen ne dénonce, par ailleurs, pas une erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise la partie adverse en ne décelant pas, à l'occasion de la phase de vérification des prix organisée par l'article 43, une apparence d'anormalité.

Dans ces circonstances, il ne peut – *prima facie* et contrairement à ce que fait le moyen – être reproché à la partie adverse d’avoir manqué aux obligations relatives à la phase d’examen des prix visée à l’article 44 de l’arrêté royal du 18 juin 2017.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un troisième moyen, qui se lit comme suit :

« TROISIEME MOYEN : la requérante devait emporter le marché

EN COMBINAISON AVEC LES AUTRES MOYENS, PRIS DE la violation des articles 4 et 81 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de l'article II.15 du Cahier spécial des charges, 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 la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes de bonne administration, et en particulier du devoir de minutie, de l'erreur de fait et de l'erreur manifeste d'appréciation.

EN CE QUE la Partie adverse a informé la requérante que le marché était attribué à IPSO pour un montant de 103.164,-€ HTVA, préférant ainsi un autre soumissionnaire.

ALORS QUE l'article 81 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose que :

“ § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.
§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :
1° sur la base du prix ;
2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82 ;
3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :
a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué ;
b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ;
c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.
Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.
[...] ”.

L'article II.15 du cahier spécial des charges énonce les différents critères et leur pondération.

Selon le classement final des offres régulières de la partie adverse, l'offre de la requérante est reprise en deuxième position :

Classement final des offres régulières (classées d'après le score total)

N°	Nom	Score	Prix HTVA
3	IPSO	97,00 %	103.164,00 €
1	ALBA CONCEPT	66,43 %	149.400,00 €
2	ATIR	35,00 %	213.430,32 €

DE SORTE QUE

La Partie adverse, en choisissant l'offre de IPSO, qui devait être écartée (la requérante se permet de renvoyer Votre Conseil aux développements de son premier moyen) a violé l'article 81 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et son propre cahier spécial des charges et a commis une erreur manifeste d'appréciation.

L'offre de ALBA CONCEPT arrivant en deuxième position dans le classement final des offres, elle devait être retenue.

Pareil moyen est fondé et apparaît à tout le moins sérieux ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le troisième moyen, qui invoque particulièrement la violation de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, reproche en substance à la partie adverse d'avoir attribué le marché litigieux à l'intervenante, alors que l'offre déposée par celle-ci aurait dû être écartée. La requérante déclare, à ce propos, se référer aux développements de son premier moyen et, plus généralement, présente ce troisième moyen comme devant être lu « en combinaison avec les deux autres moyens ».

Dès lors que l'examen des deux premiers moyens ne permet pas de conclure, *prima facie*, que l'offre de l'intervenante aurait dû être écartée, le troisième moyen ne peut être déclaré sérieux.

Aucun des trois moyens n'étant déclaré sérieux, la demande de suspension ne peut être accueillie, et ce sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres motifs éventuels de rejet.

VIII. Confidentialité

La requérante dépose à titre confidentiel son offre (identifiée comme étant la pièce 6 de son dossier) et les annexes à celle-ci.

La partie adverse fait de même pour les offres de la requérante et de l'intervenante, identifiées comme étant les pièces 1 et 2 de la « Farde II – Pièces confidentielles » du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par société à responsabilité limitée Qualipso est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La pièce 6 du dossier de la requérante, ainsi que les pièces 1 et 2 de la « Farde II – Pièces confidentielles » du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 29 décembre 2021 par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy