

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

n° 253.125 du 28 février 2022

A. 235.564/VI-22.234

En cause : **la société anonyme CEBA CONFORT**,
ayant élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER,
François VISEUR et
Pacôme NOUMAIR, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles,

contre :

la Communauté française,
représentée par son gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean-Marc WOLTER et
Brice ANSELME, avocats,
avenue de la Couronne 340
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 janvier 2022, la société anonyme (SA) Ceba Confort demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 17 décembre 2021 de la Communauté française, par laquelle la requérante n'est pas désignée attributaire du lot 3 "HVAC" du marché de travaux visant la reconstruction complète des bâtiments de l'Athénée Royal d'Anvaing, ce lot n°3 étant attribué à la SA Thersa ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 27 janvier 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 février 2022.

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

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

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

M^{es} François Viseur et Pacôme Noumair, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Brice Anselme, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur adjoint au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits

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

« 1.-La partie adverse a publié un avis de marché le 11 février 2021 en vue de la passation d'un marché de travaux dont l'objet est la "Reconstruction complète des bâtiments de l'A.R d'Anvaing", (ci-après "le marché") [...]. Ce marché est passé selon la procédure ouverte et a fait l'objet d'une publication au Bulletin des Adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, le montant estimé de celui-ci étant supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne. Le cahier spécial des charges (ci-après, CSC) relatif à ce marché, référencé AF20310012, a été publié avec cet avis.

Ce marché, qui concerne la reconstruction d'une école, était divisé en plusieurs lots. Le lot n°3, qui concerne l'HVAC et dont la décision d'attribution le concernant fait l'objet de la requête en suspension, est estimé à 1.225.752,08 euros HTVA.

Après réception des offres de 8 soumissionnaires pour ce lot [...], la partie adverse a procédé à l'analyse de celles-ci.

2.-Lors de la vérification des prix opérée conformément à la réglementation sur les marchés publics, la partie adverse a constaté des prix ayant une apparence d'anormalité chez trois soumissionnaires :

- La SA CEBA Confort, la partie requérante ;
- La SA THERSA, l'attributaire pressenti du lot 3 ;
- La SA CFA, qui n'a pas obtenu l'attribution du lot 3 pour cause de prix anormaux.

La partie adverse a adressé un courrier recommandé de vérification de prix à ces trois soumissionnaires [...] en date du 23 avril 2021 [...].

Ce courrier laissait un délai de 12 jours aux soumissionnaires pour introduire leurs justifications de prix, soit pour le 5 mai 2021 au plus tard.

La SA THERSA et la SA CFA ont remis leurs justifications de prix pour le 5 mai 2021. [...]

La partie requérante a remis ses justifications de prix hors délai, le 7 mai 2021. [...]

Les justifications de prix envoyées par la SA THERSA et la SA CFA ont été analysées et la partie adverse a motivé dans l'acte attaqué pourquoi les prix de la première apparaissaient comme normaux, tandis que les justifications de prix de la seconde étaient insuffisantes pour dénier le constat d'anormalité initialement posé.

Les justifications de prix envoyées par la partie requérante n'ont pas pu être prises en compte, du fait de leur envoi tardif. Aucune justification acceptable n'ayant été envoyée par la partie requérante dans le délai, la partie adverse a constaté l'irrégularité substantielle de son offre conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

3.-La partie adverse s'est appuyée sur un prestataire de services externe (coordinateur sécurité-santé) pour l'analyse technique des offres du lot 3 [...].

Le seul critère d'attribution du lot 3 est le prix, et il est apparu que la SA THERSA a déposé l'offre régulière la moins-disante.

La partie adverse a procédé une dernière fois aux vérifications d'usages relatives aux motifs d'exclusion, via Télémarché, dans le chef de l'attributaire pressenti du lot 3 [...].

Le lot 3 sera attribué à la SA THERSA pour un montant de 1.037.873 euros HTVA par le truchement de l'acte attaqué [...].

La SA THERSA a été informée de l'intention de la partie adverse de lui attribuer le marché au terme du délai d'attente de 15 jours prévu par la réglementation (*stand still*) [...].

La conclusion du lot 3 (comme des autres lots) n'a pas encore eu lieu en raison du présent litige ».

IV. Objet de la demande

Bien que la requérante sollicite formellement la suspension de l'exécution de la décision « par laquelle elle n'est pas désignée attributaire du lot 3 » du marché litigieux, il se comprend à la lecture de la requête, que l'objet de la demande de suspension est bien la décision du 17 décembre 2021 par laquelle la partie adverse a attribué le lot concerné à la société THERSA, après avoir notamment considéré que l'offre de la requérante devait être écartée pour irrégularité résultant de la tardiveté de justification de certains prix unitaires à laquelle elle avait été invitée.

La partie adverse ne l'a pas compris autrement, comme permettent de le considérer la note d'observations et les plaidoiries. Elle n'a formulé aucune observation à ce sujet.

V. Premier moyen – Première branche

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris – en sa première branche – de la violation « des articles 35 et 36 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; des droits de la défense ; des principes de bonne administration, en particulier du principe de minutie et de proportionnalité », « [e]n ce que (première branche) l'acte attaqué écarte de manière irrégulière l'offre de la requérante en raison d'une prétendue communication tardive des justifications de prix » [...], [a]lors que (première branche) le courrier de justifications a été communiqué dans le délai imparti ». Elle expose comme suit les développements de son moyen :

« 5.1.1.1. RAPPEL DES PRINCIPES

21. L'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose que :

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

22. Lors de l'examen des offres, le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts, en vertu de l'article 35 de l'arrêté royal passation.

En cas de prix potentiellement anormaux, l'article 36 de l'arrêté royal prévoit que :

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

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

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

Un délai minimal de douze jours est légalement octroyé au soumissionnaire pour justifier ses prix potentiellement anormaux.
Le pouvoir adjudicateur doit respecter le délai imparti. A défaut, l'offre ne peut être déclarée irrégulière.

23. La doctrine indique que le délai :
“ court à dater de la réception de la lettre recommandée de demande de justification, soit au plus tôt à dater du premier jour ouvrable qui suit la date du dépôt du recommandé à la Poste selon le cachet de la Poste”.

24. Le règlement européen n°1182/71 du 3 juin 1971 prévoit, en son article 2.2., que :

“ Les jours ouvrables à prendre en considération pour l'application du présent règlement sont tous les jours autres que les jours fériés, les dimanches et les samedis” [...].

Ce règlement est rendu applicable à la réglementation belge des marchés publics, par l'article 167 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

“ Sauf disposition contraire, le calcul des délais fixés en vertu de la présente loi s'opère conformément au Règlement 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes”.

25. Bpost s'engage, du reste, à distribuer les envois recommandés nationaux le premier jour ouvrable suivant le jour de dépôt (J+1) .

Les conditions générales en matière d'offre de services de Bpost, entrées en vigueur le 1^{er} janvier 2022, définissent le jour ouvrable comme suit :

“ tout jour calendrier, excepté le samedi, le dimanche, tous les jours fériés légaux et les jours d'inactivité qui seraient déterminés par bpost et communiqués sur le site web de bpost www.bpost.be.” [...].

26. Bien qu'il s'agisse de la computation des délais pour introduire une requête, l'arrêté du Régent prévoit, en son article 4, que :

“ [...]”

Lorsque la notification [...] est faite par recommandé avec accusé de réception, le premier jour du délai pour l'introduction de la requête est celui qui suit le jour de la réception du pli et il est compris dans le délai.

Si le destinataire refuse le pli, le premier jour du délai pour l'introduction de la requête est celui qui suit le jour du refus du pli et il est compris dans le délai.

Lorsque la notification visée au paragraphe 1er est faite par recommandé simple, le premier jour du délai pour l'introduction de la requête est le troisième jour ouvrable qui suit l'envoi du pli, sauf preuve contraire du destinataire, et ce jour est compris dans le délai.

La date de la poste fait foi tant pour l'envoi que pour la réception ou pour le refus”.

5.1.1.2. APPLICATION AU CAS D'ESPÈCE

27. En l'espèce, la COMMUNAUTE FRANCAISE adresse sa demande de justification de prix par courrier recommandé déposé à la Poste le vendredi 23 avril 2021.

Le premier jour ouvrable suivant ce dépôt est le lundi 26 avril 2021.

Le lundi 26 avril est également le premier jour au cours duquel CEBA CONFORT peut prendre connaissance de la teneur du recommandé, puisqu'il est, pour Bpost, le premier jour ouvrable suivant le dépôt du recommandé par la COMMUNAUTE FRANCAISE.

28. Le délai de douze jours, alloué à CEBA CONFORT pour faire valoir ses justifications, dans le respect des « droits de la défense », a donc commencé à courir le lundi 26 avril 2021, pour se terminer le vendredi 7 mai.

Dès lors, la justification des prix, communiquée le matin du 7 mai 2021 (pièce 2), est communiquée dans le délai de douze jours octroyé.

C'est donc à tort que la COMMUNAUTE FRANCAISE a :

- o estimé que le 7 mai 2021 était le 14^e jour du délai de justification ;
- o écarté l'offre de CEBA, pour tardiveté de communication des justificatifs pourtant communiqués dans le délai ;
- o incorrectement considéré l'offre de CEBA comme irrégulière.

29. En écartant, alors que le délai imparti était respecté, la justification des prix pour tardiveté, la COMMUNAUTE FRANCAISE a méconnu :

- Les "droits de la défense" de CEBA CONFORT, qui n'a pu, sans aucune justification propre à l'espèce, bénéficier du délai de douze jours prévu légalement, a minima ;
- les principes de bonne administration, en premier rang desquels figurent les principes de minutie et de proportionnalité (méconnaissant l'article 4 de la loi du 17 juin 2016).

Agissant de la sorte, la COMMUNAUTE FRANCAISE a commis une erreur manifeste d'appréciation.

30. Le premier moyen est sérieux en sa première branche ».

B. Note d'observations

La partie adverse répond comme suit à la première branche du moyen :

« a. Rappel des principes

2.-L'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après, "loi MP"), qui consacre les principes d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de proportionnalité en matière de marchés publics, dispose notamment que :

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

L'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après, « ARP »), dispose quant à lui que :

“ § 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.

[...]

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

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

Les justifications concernent notamment :

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

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

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

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

Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1^{er}, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.

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

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

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

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

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

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

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

[...] [...]

Le délai de 12 jours prévu par cet article est prévu en jours "calendrier" et non en jours ouvrables. Les délais exprimés en jour dans la réglementation sur les marchés publics sont en effet, par défaut, des jours "calendrier" (voir ci-après). La réglementation prévoit une mention systématique de la nature spécifique liée aux "jours ouvrables" caractérisant un délai lorsque celui-ci doit se compter de la sorte. Tel n'est pas le cas de l'article 36 relatif à la vérification des prix.

La doctrine citée par la requérante elle-même en page 11 de sa requête le confirme d'ailleurs explicitement :

" Selon le § 2, alinéa 1^{er}, de l'article 36, il appartient au soumissionnaire interrogé de fournir par écrit dans le délai de douze jours calendrier - à moins qu'un délai plus long ait été accordé, ou plus court ait été imposé⁸³, les justifications qu'il estime adéquates de la composition du ou des prix concerné(s)."

Il est constant qu'une justification de prix produite par un soumissionnaire, pour être prise en compte, doit constituer une réponse adéquate, complète, suffisamment précise et fondée sur des données chiffrées et doit être envoyée dans les délais prescrits pour ce faire.

3.-Le règlement n°1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes (ci-après, "règlement n°1182/71") est pleinement applicable à la réglementation sur les marchés publics en matière de calculs de délais, conformément à l'article 167 de la loi MP, sauf disposition contraire.

L'article 36 de l'ARP n'est pas un cas d'exception et le règlement lui est donc bien applicable.

Ce règlement prévoit :

" Article 2

1. Les jours fériés à prendre en considération pour l'application du présent règlement sont tous les jours prévus comme tels dans l'Etat membre auprès

duquel ou dans l'institution des Communautés auprès de laquelle un acte est à accomplir.

À cet effet, chaque État membre communique à la Commission la liste des jours prévus comme jours fériés par sa législation. La Commission publie au Journal officiel des Communautés européennes les listes communiquées par les États membres et complétées par la mention des jours prévus comme jours fériés dans les institutions des Communautés.

2. Les jours ouvrables à prendre en considération pour l'application du présent règlement sont tous les jours autres que les jours fériés, les dimanches et les samedis.

Article 3

1. Si un délai exprimé en heures est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte, l'heure au cours de laquelle a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas comptée dans le délai.

Si un délai exprimé en jours, en semaines, en mois ou en années est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte, le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas compté dans le délai.

2. Sous réserve des dispositions des paragraphes 1 et 4 :

a) un délai exprimé en heures commence à courir au début de la première heure et prend fin à l'expiration de la dernière heure du délai ;

b) un délai exprimé en jours commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai ;

c) un délai exprimé en semaines, en mois ou en années commence à courir au début de la première heure du premier jour du délai et prend fin à l'expiration de la dernière heure du jour qui, dans la dernière semaine, dans le dernier mois ou dans la dernière année, porte la même dénomination ou le même chiffre que le jour de départ. Si, dans un délai exprimé en mois ou en années, le jour déterminant pour son expiration fait défaut dans le dernier mois, le délai prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour de ce mois ;

d) si un délai comprend des fractions de mois, on considère, pour le calcul de ces fractions, qu'un mois est composé de trente jours.

3. Les délais comprennent les jours fériés, les dimanches et les samedis sauf si ceux-ci en sont expressément exclus ou si les délais sont exprimés en jours ouvrables.

4. Si le dernier jour d'un délai exprimé autrement qu'en heures est un jour férié, un dimanche ou un samedi, le délai prend fin à l'expiration de la dernière heure du jour ouvrable suivant.

Cette disposition n'est pas applicable aux délais calculés rétroactivement à partir d'une date ou d'un événement déterminé.

5. Tout délai de deux jours ou plus comporte au moins deux jours ouvrables."

b. Application au cas d'espèce

4.- Les courriers envoyés aux différents soumissionnaires le 23 avril 2021 prévoyaient tous les mentions [...]:

"L'ensemble de ces documents doit me parvenir dans les 12 jours à l'adresse suivante :

Ministère de la Fédération Wallonie Bruxelles

Direction générale de l'Infrastructure

Service général des Infrastructures scolaires

A l'attention de Mr DEHON-VERTENEUIL

Rue du Chemin de Fer 433

7000 – MONS

A défaut de recevoir l'ensemble de ces renseignements dans ce délai, votre offre sera considérée comme irrégulière et sera écartée du classement définitif.

"

Le courrier est daté du 23 avril 2021 et le récépissé du recommandé, fourni par la poste, prouve l'envoi à cette date [...]

Les soumissionnaires, dont la requérante, ne pouvaient donc ignorer que cette demande était bien formulée le 23 avril 2021.

5.-Le délai de douze jours prévu à l'article 36 de l'ARP comme délai minimal à laisser aux soumissionnaires interrogés sur des prix anormaux n'est pas un délai exprimé en jours ouvrables, ni n'exclut expressément les jours fériés, les dimanches et les samedis.

Il s'ensuit, en application de l'article 3 § 3 du règlement n°1182/71, que ce délai comprend les jours fériés, dimanches et samedis.

Le calcul de ce délai de douze jours doit s'opérer conformément aux §§ 1 et 2 de ce même article 3 :

- Si un délai est exprimé en jours, celui-ci se compte à partir du moment où s'effectue l'acte qui déclenche ce délai, le jour au cours duquel s'effectue cet acte n'étant pas compté dans le délai (art. 3 § 1^{er}).
En l'espèce, l'acte qui déclenche ce délai est le courrier du 23 avril 2021, de sorte que le délai de douze jours commence le samedi 24 avril 2021 et non le lundi 26 avril 2021, comme le voudrait la requérante.
- un délai exprimé en jours commence à courir au début de la première heure du premier jour et prend fin à l'expiration de la dernière heure du dernier jour du délai (art. 3 § 2 b)) : en l'espèce, le délai a commencé à courir le 24 avril 2021 à 0h01 et a pris fin le mercredi 5 mai 2021 à 23h59.

Il s'ensuit que les justifications de prix envoyées par la requérante dans le courant de la journée du 7 mai 2021, par mail et par courrier, ont été envoyées hors délai, quand bien même elle n'aurait reçu le courrier de la partie adverse que le lundi 26 avril 2021.

6.-La requérante prétend que le délai de justification de prix de douze jours aurait, en l'espèce, dû commencer à courir le 26 avril 2021 pour se terminer le 7 mai 2021, en manière telle que les justifications qu'elle a données ne seraient pas tardives et auraient dû être examinées.

Cette thèse est la conséquence d'une mauvaise application des principes rappelés ci-avant. La requérante semble en effet confondre les délais exprimés en jours, sans autre précision, et ceux exprimés en jours ouvrables.

L'article 2 § 2 du règlement n° 1182/71, cité et souligné par la requérante à l'appui de sa thèse, est uniquement applicable aux délais exprimés en jours ouvrables ("les jours ouvrables à prendre en considération pour l'application du présent règlement..."). Le délai de 12 jours prévu à l'article 36 de l'ARP étant exprimé en jours "calendrier", dès lors qu'ils ne sont pas qualifiés de manière particulière, comme rappelé ci-avant, cet article n'est pas applicable en l'espèce, au contraire de l'article 3 § 2 alinéa 2.

La partie requérante cite enfin une doctrine récente, à l'appui de sa thèse, selon laquelle ce délai courrait à dater « de la réception de la lettre recommandée de demande de justification, soit au plus tôt le premier jour ouvrable suivant la date du dépôt recommandé à la poste » [...].

Force est de constater que cette affirmation doctrinale :

- Ne repose sur aucun fondement, ni légal, ni jurisprudentiel, ni même par référence à une autre doctrine. Il s'agit d'une affirmation péremptoire de l'auteur ;

- Est manifestement rédigée *contra legem*, dans la mesure où le délai de douze jours relatif à la vérification des prix est exprimé en jours calendrier (ce que dit cette même doctrine au paragraphe précédent : “il appartient au soumissionnaire interrogé de fournir par écrit (les justifications) dans le délai de douze jours calendrier”) et se voit appliquer le règlement n°1182/71, comme exposé ci-avant.

Recommander, comme le fait cette doctrine, de compter le commencement du délai le premier jour ouvrable suivant l’endroit du courrier d’interrogation sur les prix est contraire à ce que prescrit l’article 3 du règlement n°1182/71, suivant lequel le délai commence à courir le lendemain de l’envoi du courrier (art. 3 § 1), que ce jour soit ou non un samedi, un dimanche ou même un jour férié (art. 3 § 3), indépendamment de la date de réception de ce courrier.

Ce n’est que si le dernier jour d’un délai est un jour férié, un dimanche ou un samedi, que l’article 3 § 4 du règlement reporte son expiration à celle de la dernière heure du jour ouvrable suivant. Que ce dernier jour, soit en l’espèce, le mercredi 05 mai 2021 n’était pas un jour férié.

Le fait de prétendre le contraire, par exemple en le déduisant d’une application floue du principe des “droits de la défense”, qui ne trouve pas à s’appliquer en l’espèce — dès lors qu’il ne s’agit pas de sanctionner un soumissionnaire, mais de voir si son offre est matériellement exécutable dans les conditions des documents du marché pour le prix proposé — n’en reste pas moins une lecture *contra legem* de l’article 36 de l’ARP et de l’article 3 du règlement n°1182/71.

Le législateur ou le pouvoir exécutif n’ont en effet pas estimé bon d’inscrire une règle dérogatoire au calcul des délais tel que prévu dans le règlement n° 1182/71 dans l’article 36 de l’ARP (contrairement à ce qu’il a, par exemple, prévu dans son article 68 pour le délai de mise en ordre d’un soumissionnaire pris en défaut d’avoir exécuté complètement ses obligations fiscales ou sociales).

Ce délai de douze jours “calendrier” a été fixé pour objectiver la procédure et éviter certains abus qui ont pu être constatés dans le passé, dans des situations où les soumissionnaires ne disposaient que d’un délai insuffisant de quelques jours pour justifier de leurs prix.

Il ne vise pas par contre à instaurer un ersatz de droit à la défense qui se déduirait de la garantie d’un délai à compter de la réception effective du courrier d’interrogation.

L’affirmation contraire ne peut se prévaloir d’aucun argument légal ni tiré du rapport au Roi précédent l’AR du 18 avril 2017 précité, contenant l’article 36 dont les dispositions ont ici été appliquées.

Si la partie requérante estimait ce délai trop court, elle lui revenait d’en solliciter la prolongation auprès du pouvoir adjudicateur, comme cela se fait habituellement en la matière.

Lorsque le délai est ainsi prolongé et que l’information en est donnée à tous les soumissionnaires placés dans les mêmes circonstances, cette procédure garantit le respect de la parfaite égalité de traitement à conserver entre eux.

Comme le souligne justement et régulièrement votre Conseil, le soumissionnaire qui reçoit une demande de justification de ses prix doit savoir que l’affaire est sérieuse puisqu’il risque de voir son offre écartée.

La partie requérante essaye désormais, via des développements tronquant les règles applicables en la matière, de couvrir l’erreur qu’elle a commise pendant la procédure d’attribution du marché public qu’elle savait (ou devait savoir)

particulièrement rigide, s'agissant d'une procédure ouverte avec publicité européenne.

Les références aux conditions générales de la poste sont, à cet égard, sans objet, puisque la date de réception du courrier n'est pas le critère pertinent pour calculer le point de départ du délai litigieux.

7.-Les autres soumissionnaires ne s'y sont pas trompés en délivrant leurs justifications de prix pour le 5 mai 2021, soit parfaitement dans le délai légal de 12 jours.

Seule la requérante a calculé ce délai de manière erronée, ce qui a eu pour conséquence effective de lui octroyer deux jours de plus que ses concurrents pour justifier de ses prix.

Ceci lui aurait fourni un avantage concurrentiel injustifié qui aurait rompu le respect du principe d'égalité devant exister entre les soumissionnaires, si ses justifications avaient été prises en compte et son offre déclarée régulière par la partie adverse.

La partie adverse n'avait donc pas d'autre choix que d'écarter cette offre pour cause d'irrégularité substantielle, comme le soulignait le courrier du 23 avril 2021.

Si la requérante avait eu le moindre doute sur la date limite de remise des justifications de prix, il lui était loisible d'interroger la partie adverse à ce sujet qui n'aurait pas manqué de lui confirmer la date du 5 mai 2021.

8.-La requérante cite encore à l'appui de sa thèse, en page 10 de sa requête, une jurisprudence de votre Conseil, n° 223.475 du 15 mai 2013, SA ACH CONSTRUCT, qui rappelle que le pouvoir adjudicateur ne peut déclarer une offre irrégulière à défaut de respecter le délai de 12 jours imparti.

Dans cette affaire, le pouvoir adjudicateur avait interrogé le soumissionnaire en cause en lui laissant un délai de 5 jours calendrier pour y répondre, et non douze, que celui-ci avait d'ailleurs respecté.

Les circonstances du cas d'espèce traité par cet arrêt diffèrent bien de celles de la présente cause, puisque la partie adverse a bien, en l'espèce, laissé 12 jours aux soumissionnaires interrogés, parmi lesquels la requérante, pour justifier leurs prix d'apparence anormalement basse.

La requérante tente de faire dire à cette jurisprudence ce qu'elle ne dit pas.

On peut cependant déduire, *a contrario*, de l'affirmation de cet arrêt suivant laquelle "à défaut [de respecter le délai minimal], l'offre ne peut être déclarée irrégulière", que dans la mesure où la partie adverse a, en l'espèce, respecté le délai minimal imparti, elle a mené cette procédure d'interrogation sans défaut, et partant devait, comme elle l'a fait, déclarer l'offre de la requérante irrégulière.

La partie adverse n'a pas commis d'erreur d'appréciation dans l'analyse de l'offre de la requérante mais a, bien au contraire, minutieusement appliqué le principe d'égalité et de non-discrimination entre les soumissionnaires.

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

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le rapport d'analyse des offres contient les mentions suivantes à propos de l'offre de la requérante :

- « La justification du soumissionnaire CEBA CONFORT s..a. a été transmise hors délai.
Le courrier de questionnement a été envoyé le 23/04/2021 demande une réponse dans les 12 jours.
L'entreprise a envoyé sa justification par mail en date du 07/05/21 avant de l'envoyer en courrier postal.
La réponse est donc arrivée au 14^{ème} jour, hors du délai imparti.
La justification étant arrivée hors délai, l'offre est considérée comme irrégulière et est écartée du classement définitif ».

Ainsi que cela ressort de ces mentions et se comprend à la lumière de ce qui a été exposé par la partie adverse tant dans sa note d'observations qu'en termes de plaidoiries, la décision de considérer comme tardives les justifications transmises par la requérante le 7 mai 2021 repose sur le postulat que le délai de douze jours octroyé pour la communication des justifications de prix sollicitées a pris court à la date d'envoi de l'invitation à justifier les prix concernés (soit le vendredi 23 avril 2021) et que – le jour de cet envoi n'étant pas compté dans le délai – celui-ci venait à expiration le 5 mai 2021.

En ses deux premiers paragraphes, l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques se lit comme 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. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.
La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.
Les justifications concernent notamment :
1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services ;
2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services ;
3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;
4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1^{er}, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale. Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables. Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit ».

Les termes de cette disposition ne permettent pas de considérer que c'est exclusivement à la date d'envoi de l'invitation à justifier les prix que prend cours le délai de douze jours accordé au soumissionnaire concerné. Ils font, en revanche, clairement apparaître que le soumissionnaire invité à justifier des prix doit disposer d'au moins douze jours pour ce faire, le pouvoir adjudicateur ayant la faculté d'accorder un délai plus long.

Dès lors qu'il n'est pas établi (et n'est d'ailleurs pas soutenu par la partie adverse) que la requérante a pu avoir reçu avant le 26 avril 2021 le courrier recommandé par lequel elle était invitée à justifier certains prix, le délai considéré comme venant – ainsi que le suppose la thèse de la partie adverse – à expiration le 5 mai 2021 ne peut être le délai de douze jours dont devaient au moins bénéficier les soumissionnaires interrogés par la partie adverse.

En computant le délai litigieux conformément au postulat précédemment évoqué pour décider que les justifications transmises après le 5 mai 2021 étaient nécessairement tardives, la partie adverse a appliqué l'article 36, § 2, alinéa 1^{er}, précité, en l'interprétant dans un sens qui ne garantit pas aux soumissionnaires le bénéfice du délai minimal de douze jours auquel ils devaient pouvoir prétendre. Ce faisant, elle a méconnu cette disposition.

Le moyen doit être déclaré sérieux en sa première branche.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité du courriel par lequel elle a communiqué à la partie adverse les justifications de prix demandées, ce courriel étant identifié comme la pièce 2 de son dossier.

La partie adverse demande également le maintien de la confidentialité des pièces 4.0 à 4.8, ainsi que 6.1 à 6.3 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 suspension de l'exécution de la décision du 17 décembre 2021 par laquelle la Communauté française a attribué le lot 3 "HVAC" du marché de travaux visant la reconstruction complète des bâtiments de l'Athénée Royal d'Anvaing à la société THERSA est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 2 du dossier de la requérante, ainsi que 4.0 à 4.8 et 6.1 à 6.3 du dossier administratif, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 28 février 2022 par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy