

L'arrêt n° 256.672 du 2 juin 2023 est rectifié par l'arrêt n° 257.020 du 30 juin 2023.

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

n° 256.672 du 2 juin 2023

A. 238.917/VI-22.553

En cause : **la société de droit allemand G.m.b.H. ALMEX,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Renaud SIMAR, Mathieu THOMAS
et Louis LEBOUTTE, avocats,
rue de la Régence 58/8
1000 Bruxelles,

contre :

la SNCB,
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER, Robin MEYLEMANS
et Gauthier VLASSENBOECK, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la SAS CONDUENT BUSINESS SOLUTIONS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Kris WAUTERS et Jorien VAN BELLE, avocats,
chaussée de la Hulpe 187/33
1070 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 19 avril 2023, la société de droit allemand G.m.b.H. Almex demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « - la décision de date inconnue par laquelle le Conseil d'administration de la partie adverse "donne son approbation sur l'attribution et la conclusion d'un accord-cadre avec l'opérateur économique Conduent Business Solutions France SAS pour un montant total de 21.390.625,00 € et pour une durée de 8 ans" ;
- la décision implicite de ne pas lui octroyer le marché en question ».

II. Procédure

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

Par une ordonnance du 21 avril 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 15 mai 2023.

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

Par une requête introduite le 12 mai 2023, la SAS Conduent Business Solutions demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M^{es} Mathieu Thomas et Louis Leboutte, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Gauthier Vlassenbroeck, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Kris Wauters et Jorien Van Belle, avocats, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. 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. Le marché considéré a pour objet la livraison, l'installation et la maintenance de distributeurs automatiques de billets sur le territoire belge et la région frontalière (Pays-Bas, Allemagne), et est encadré par le cahier spécial des charges n° CS3/0002334378 du 9 février 2022 (pièce 2).

L'avis de marché a été publié au *Bulletin des Adjudications* le 28 août 2021 (réf. N° 2021-532842) et au *Journal Officiel de l'Union européenne* le 30 août 2021 (réf. N° 2021/S167-438652).

2. L'objet du marché, qui figure à l'article 1^{er} du cahier spécial des charges, est le suivant :

“ La mission consiste en la livraison, l’installation et la maintenance de distributeurs automatiques de billets 860 (TVM) à la SNCB (chemins de fer belges) sur le territoire belge et la région frontalière (Pays-Bas, Allemagne)”.

L’objet du marché est détaillé dans l’onglet “0. Quantity-Objectives” de l’annexe CS3_0002334378 “spécifications techniques et fonctionnelles” (pièce 3).

Ainsi, il y est notamment précisé que :

“ La stratégie d’amélioration des TVMs s’appuie sur 4 piliers :

- Renforcer l’offre actuelle en automates (nombre) en augmentant la taille du parc ;
- Moderniser/renouveler l’interface client en y ajoutant une aide à l’achat (I2B – Information to Buy) et des fonctionnalités d’AS (After Sales).
- Permettre une plus grande indépendance du Business (Marketing & Sales) par rapport à l’IT.
- Maintenir la disponibilité via un remplacement du parc actuel”.

3. La partie adverse a passé ce marché selon la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, sur pied de l’article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et sous la forme d’un accord-cadre, pour une durée de 8 ans.

4. Onze opérateurs économiques ont introduit une demande de participation. Parmi ceux-ci, six candidats ont été retenus.

Cinq des six candidats retenus ont remis une offre :

- Almex GmbH, la partie requérante ;
- Conduent Business Solutions France SAS, l’attributaire ;
- IER ;
- Scheidt and Bachmann Fare Collection Systems GmbH;
- FLOWBIRD.

5. Le cahier spécial des charges prévoit trois critères d’attribution, à savoir :

- Qualité de la solution (hardware et software) : 50 % ;
- Prix (Total cost of Purchase): 30 % ;
- Services level agreement (maintenance, support et services) : 20 %.

L’évaluation de ces critères d’attribution se fait en deux phases :

- Phase 1 : évaluation réalisée sur base des réponses écrites (offre “papier”) ;
- Phase 2 : évaluation réalisée en incluant le résultat des tests sur le prototype à livrer.

Seuls les candidats classés aux trois premières places lors de la phase 1 sont retenus pour la phase 2.

L’offre de FLOWBIRD a été déclarée irrégulière.

Au terme de la phase 1, le classement des quatre candidats réguliers s’établit comme suit :

Critères D’attribution	Pondération	ALMEX	CONDUENT	Scheidt and Bachmann	IER
Qualité	50%	46,94%	42,61%	46,63%	43,50%
Prix	30%	14,63%	30%	16,18%	17,86%
SLAs	20%	17,93%	18,55%	18,15%	15,10%
Total	100%	79,51%	91,16%	80,96%	76,47%

Quatrième classé, le soumissionnaire IER est écarté.

Au terme de la phase 2, et après négociations, le classement des trois candidats retenus s'établit comme suit :

Critères D'attribution	Pondération	ALMEX	CONDUENT	Scheidt and Bachmann
Qualité	50%	45,77%	42,74%	44,26%
Prix	30%	17,71%	30%	16,18%
SLAs	20%	17,93%	18,55%	18,15%
Total	100%	81,42%	91,29%	78,59%

6. Les montants globaux des offres remises sont les suivants :

- Almex : 36.225.760,00 €
- Scheidt and Bachmann: 39.655.722,00 €
- Conduent: 21.390.625,00 €

Un écart de 14.835.135 € et de 18.265.097 € est constaté, respectivement entre les offres de Conduent et de la requérante et entre les offres de Conduent et Scheidt and Bachmann.

7. Dans l'inventaire des prix (pièce 4), le prix global remis par la requérante est subdivisé en quatre tableaux qui se rapportent aux trois volets des diverses prestations requises par la SNCB (pièce 3). Schématiquement, l'on peut présenter les choses de la manière suivante :

a) Le premier volet des prestations porte sur le "matériel" (hardware). Les prestations sont décrites dans l'onglet 2 "Quality equipment HW" et aux lignes 4001 et 4002 de l'onglet 4 "Quality Services". Les prix remis pour ces prestations figurent dans le premier tableau des prix.

L'on notera que les prestations d'installation à charge de l'attributaire (c'est-à-dire celles figurant aux lignes 4001 et 4002 précitées) sont limitées dès lors que : "L'installation physique du TVM dans la station SNCB sera réalisée par les services et sous la responsabilité de la SNCB. C'est-à-dire que tous les travaux d'adaptation de l'infrastructure et du câblage (230V + RJ45) auront été effectués au moment de la mise en service d'un nouveau TVM. Le transport jusqu'au lieu final de l'installation sera également effectué par les services de la SNCB" (pièce 3 - onglet 4 Quality Services - N°4001).

La participation active de la SNCB est confirmée dans l'offre d'Almex : "La SNCB a précisé pendant la procédure d'appel d'offres que le fournisseur doit envoyer les TVM au stock central de la SNCB, d'où les TVM seront expédiés vers leurs emplacements finaux. La SNCB effectuera également tous les travaux de terrassement et fournira l'électricité et le câblage de données aux sites. Les TVM seront montés sur place par la SNCB". (Pièce 5).

Ces éléments expliquent pour quelles raisons le prix figurant dans la sixième colonne "Coûts d'installation" du premier tableau est peu élevé.

b) Le deuxième volet des prestations portent sur les aspects software du projet. Les prestations sont décrites dans l'onglet 3 "Quality equipment SW". Les prix remis pour ces prestations figurent dans le deuxième tableau des prix.

c) Le troisième volet des prestations porte sur la maintenance et le support. Les prestations sont décrites dans l'onglet 4 "Quality services".

Le troisième tableau des prix regroupe les prestations visées aux n° 4103 et 4104 de l'onglet n° 4.

Le quatrième tableau des prix regroupe les autres prestations figurant dans l'onglet n° 4.

8. De sa décision d'attribution (pièce 7, p. 2 et 3 sur 6), il ressort que le pouvoir adjudicateur fractionne lui aussi, dans son analyse de la normalité des prix, les prix en trois volets :

- le hardware (matériel) – environ 40 % du prix total (pièce 4) ;

- le software (logiciel) – environ 3 % du prix total (pièce 4) ;
- la maintenance et le support – environ 57 % du prix total (pièce 4).

9. La décision motivée d’attribution que prend la SNCB se clôt comme suit :

“ le Conseil d’administration donne son approbation sur l’attribution et la conclusion d’un accord-cadre avec l’opérateur économique Conduent Business Solutions France SAS pour un montant total de 21.390.625,00 € et pour une durée de 8 ans” (pièce 7).

10. Par un courrier recommandé daté du 4 avril 2023 et par un courrier électronique du 4 avril 2023, la partie adverse a transmis à la partie requérante une copie de la décision motivée d’attribution du marché.

Il s’agit de l’acte attaqué ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 12 mai 2023, la SAS Conduent Business Solutions demande à intervenir dans la procédure en référé d’extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de la décision d’attribution du 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. Moyen unique

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, qu’elle formule et développe comme suit :

« 1. Fondement juridique et présentation du moyen unique

22. Le moyen unique est pris de la violation :

- de l’article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (*juncto* article 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics) ;
- des articles 43 et 44 de l’arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux ;
- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ;
- des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions ;
- de l’erreur en fait ou en droit dans les motifs, de l’inadéquation dans les motifs et de la contradiction dans les motifs ;
- des principes généraux de concurrence, de prudence, d’égalité de traitement des soumissionnaires, de proportionnalité, de transparence, et de motivation ;
- de l’erreur manifeste d’appréciation.

En ce que, première branche, la partie adverse n’a pas considéré le prix global et certains prix unitaires remis par l’attributaire Conduent comme anormaux ;

Alors que le prix global et certains prix unitaires remis par l'attributaire Conduent auraient dû être considérés comme anormaux, et conduire au rejet de l'offre ;

De sorte qu'en ne tenant pas ces prix pour anormaux, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation ;

Et qu'en n'écartant pas l'offre de l'attributaire pour prix anormaux, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen.

En ce que, deuxième branche, la partie adverse a estimé que "les trois offres finales ne contiennent pas de prix unitaires ou totaux qui sont apparemment anormaux".

Alors que l'écart entre le prix global du soumissionnaire Conduent (attributaire) et ceux des deux autres soumissionnaires (et même des trois autres soumissionnaires réguliers) est à ce point important que la SNCB aurait dû, à tout le moins, procéder à un examen plus approfondi des prix apparemment anormaux de l'attributaire et l'interroger sur ses prix.

De sorte que la SNCB a violé les principes et dispositions visés au moyen et a commis une erreur d'appréciation en ne procédant pas à un examen plus approfondi des prix apparemment anormaux de l'attributaire et en ne l'interrogeant pas sur ses prix.

En ce que, troisième branche, la partie adverse a estimé, s'agissant des trois volets composant le critère prix (voir *supra*), que les deux premiers (qui représentent un peu moins de la moitié du montant du marché) sont "globalement comparables" et donc neutralisés (ils ne permettent donc pas de distinguer nettement les offres des différents soumissionnaires), que le troisième volet "maintenance et support" est donc le seul de nature à expliquer la différence entre les offres mais que plusieurs éléments permettent d'expliquer cette différence de prix (présence en Belgique, caractère intellectuel des prestations, référence à l'estimation du marché).

Alors que la partie requérante, par le mécanisme de la sous-traitance, assure également une présence sur le territoire belge (de nature à favoriser une intervention rapide), que les prestations de support et de maintenance ne présentent aucun caractère intellectuel particulier (et que, quand bien même tel serait le cas, cet élément n'est pas de nature à justifier la différence de prix globaux constatée) et que, compte tenu des prix globaux des autres offres régulières, la référence à l'estimation du marché n'est pas pertinente pour admettre sans examen complémentaire que les prix de l'attributaire sont normaux.

De sorte que les motifs qui fondent la décision de considérer que les prix du soumissionnaire Conduent sont normaux sont erronés en fait et en droit.

En ce que, quatrième branche, la décision d'attribution indique que "les trois offres finales ne contiennent pas de prix unitaires ou totaux qui sont apparemment anormaux".

Alors que l'écart entre le prix global du soumissionnaire Conduent (attributaire) et ceux des deux autres soumissionnaires (et même des trois autres soumissionnaires réguliers) est très important.

De sorte que les motifs de la décision d'attribution sont contradictoires, en ce que la partie adverse ne pouvait estimer comme normaux tant les prix de l'attributaire que ceux des deux autres soumissionnaires.

2. Développement du moyen

2.1. PREMIÈRE BRANCHE

23. L'article 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux prévoit que :

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

L'article 44, § 1^{er}, du même arrêté royal du 18 juin 2017 dispose que :

“ Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 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”.

Il ressort de ces deux dispositions 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” (...).

24. À cet égard, si le pouvoir adjudicateur dispose certes “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”.

25. Par ailleurs, l'article 44, § 3, alinéa 1^{er}, 1° et 2°, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 prévoit que l'entité adjudicatrice :

- 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 ;
- 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 ;

26. En l'espèce, la partie adverse estime, s'agissant de la régularité des offres, que :

“ Les trois offres finales ne contiennent pas de prix unitaires ou totaux qui sont apparemment anormaux. De plus, les prix soumissionnés en termes de matériels et Software sont globalement comparables. L'écart en termes de prix porte essentiellement sur la maintenance et le support. La compétitivité de ce poste peut être expliqué principalement par la présence sur le territoire belge (en particulier à Bruxelles) de Conduent Business Solutions France SAS contrairement à la concurrence. La SNCB considère la différence de prix pour les services inclus dans le marché comme n'apparaissant pas anormale, compte tenu du caractère intellectuel de ce type de services qui font l'objet de grande variation de prix. L'offre de Conduent Business Solutions SAS ne paraît pas anormalement basse dans la mesure où le total des prix retenus sont comparables à l'estimation initiale du marché énoncée par l'intermédiaire de l'avis de marché publié. Les prix proposés par Conduent Business Solutions France SAS sont donc réalistes pour permettre la réalisation du marché”.

À la lecture de cet extrait de la décision d'attribution, il peut être déduit que, dans les trois volets du poste prix, tel que présenté par le pouvoir adjudicateur lui-même :

- les deux premiers volets “matériel” (hardware) et “software” (logiciel) sont “globalement comparables”, de sorte que la différence de prix entre les offres ne s'explique pas par les prix de ces deux volets, qui, dans l'offre de la requérante, représentent environ 43 % du prix (environ 15.000.000 €). Près de la moitié des prix est donc, au stade de la comparaison, peu ou prou “neutralisée” dans chaque offre puisque “comparable” ;
- c'est sur le troisième volet du poste prix, visant la maintenance et le support, que la différence de prix entre l'offre de l'attributaire et toutes les autres offres s'explique. Dans l'offre de la requérante, ce volet représente environ 57 % du prix (environ 20.500.00 €) et résulte de l'addition des deux derniers tableaux de l'inventaire des prix (pièce 4).

La différence de prix entre l'attributaire et les autres soumissionnaires s'expliquerait, à la lecture de l'acte attaqué :

- “principalement par la présence sur le territoire belge (en particulier à Bruxelles) de Conduent Business Solutions France SAS contrairement à la concurrence” ;
- par le fait que “la SNCB considère la différence de prix pour les services inclus dans le marché comme n'apparaissant pas anormale, compte tenu du caractère intellectuel de ce type de services qui font l'objet de grande variation de prix”,
- du fait que le montant de l'offre de Conduent serait comparable à l'estimation initiale du marché.

27. Vu la neutralisation des prestations portant sur les volets “matériel” et “software” (environ 15.000.000 €) qui correspondent donc à environ 43 % du prix, un simple tableau comparatif des prix approximatifs remis par l'ensemble des soumissionnaires réguliers (en ce compris donc le soumissionnaire IER, dont le pourcentage obtenu dans le cadre de la première phase indique que son prix se situe dans la même fourchette que ceux proposés par les deux soumissionnaires évincés au terme de la procédure d'attribution) pour le troisième volet du poste prix (“support et maintenance”), est éclairant :

	Pond.	ALMEX	CONDUENT	Scheidt and Bachmann	IER
Prix (phase 1)	30%	14,63%	30%	16,18%	17,86%
Prix (phase 2)	30%	17,71%	30%	16,18%	
Prix estimatif pour le volet “support et maintenance” (approx. –		21.225.760 €	6.390.625 €	24.655.722 €	

15.000.000 €)					
Total	100%	81,42%	91,29%	78,59%	

28. Compte tenu de la neutralisation (comparabilité) des deux premiers volets du critère “prix” (portant sur le hardware et le software – *cf. supra*), la nette différence constatée dans les prix remis par l’attributaire, d’une part, et tous les autres soumissionnaires, d’autre part, pour le troisième volet du critère prix portant sur la maintenance et le support, aurait dû conduire la SNCB à considérer le prix global et certains des prix unitaires (relatifs au volet “maintenance et support” du marché) de l’attributaire comme anormaux. L’on passe en effet du simple (pour l’attributaire) au triple (pour tous les autres soumissionnaires).

Même en ne se focalisant que sur les prix globaux, l’on passe du simple (pour l’attributaire) au double (pour tous les autres soumissionnaires).

29. En ne tenant pas les prix de l’attributaire pour anormaux, la partie adverse a commis une erreur manifeste d’appréciation. En n’écartant pas l’offre de l’attributaire pour prix anormaux, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen.

Partant, quant à sa première branche, le moyen unique est sérieux.

30. Dans la mesure où l’offre de l’attributaire contient non seulement un prix total anormal mais également des prix anormaux pour plusieurs postes, la partie adverse était tenue d’écarter son offre, en application de l’article 44, § 3, alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, de l’arrêté royal du 18 juin 2017. Puisque l’offre de l’attributaire devait être écartée, l’offre de la partie requérante était l’offre économiquement la plus avantageuse puisqu’elle se classait en deuxième position.

L’illégalité dénoncée doit dès lors conduire le Conseil d’État à annuler non seulement la décision d’attribuer le marché à l’attributaire mais également la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la partie requérante qui avait remis l’offre régulière économiquement la plus avantageuse.

2.2. DEUXIÈME BRANCHE

31. Sous l’empire de la réglementation issue des directives de 2004, l’adjudicateur n’était tenu d’inviter un soumissionnaire à fournir les justifications permettant d’expliquer la normalité de ses prix que dans l’hypothèse où il envisageait d’écarter l’offre en cause pour cette raison. Ainsi, il était admis que l’adjudicateur n’était pas tenu d’interroger un soumissionnaire s’il estimait que les prix proposés, bien qu’ils puissent paraître anormaux, s’expliquaient en réalité par des éléments contenus dans l’offre.

En application de la législation issue des directives de 2014, l’adjudicateur doit désormais demander au soumissionnaire de justifier ses prix ou ses coûts dès qu’ils paraissent anormaux. Alors que cette obligation n’est pas clairement édictée par les textes, l’article 69 de la directive Marchés publics 2014/24 ne laisse aucun doute : “les pouvoirs adjudicateurs exigent que les opérateurs expliquent le prix ou les coûts proposés dans l’offre lorsque celle-ci semble anormalement basse eu égard aux travaux, fournitures ou services”. Le rapport au Roi sous l’arrêté royal du 18 avril 2017 le confirme également lorsqu’il indique ce qui suit concernant les deux premiers paragraphes de l’article 36 : “le paragraphe 2 prévoit que le pouvoir adjudicateur doit interroger, lors de l’examen prévu au paragraphe 1^{er}, le soumissionnaire concerné et lui donner l’occasion de se justifier sur la composition de son prix ou de son coût. Le pouvoir adjudicateur doit interroger les soumissionnaires concernant tous les postes qui semblent anormaux [...]”. Le Rapport au Roi sous l’arrêté royal du 18 juin 2017 se rapporte, concernant ces dispositions, au Rapport au Roi sous l’arrêté royal du 18 avril 2017.

32. La partie adverse a estimé que “les trois offres finales ne contiennent pas de prix unitaires ou totaux qui sont apparemment anormaux”.

33. Or, sur la base des éléments figurant dans la première branche qui sont tenus pour intégralement reproduits dans le cadre de cette deuxième branche, la SNCB aurait dû, à tout le moins, procéder à un examen plus approfondi des prix et interroger le soumissionnaire Conduent Business Solutions France SAS sur ses prix.

Notamment, l'écart entre le prix global du soumissionnaire Conduent (attributaire) et ceux des trois autres soumissionnaires est à ce point important que la SNCB ne pouvait pas, sans méconnaître les principes et dispositions visés au moyen et sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, ne pas procéder à un examen plus approfondi des prix et ne pas interroger l'attributaire sur ses prix.

Si on ne prend en considération que le volet “maintenance et support” qui, selon la décision d'attribution, est celui qui explique la différence de prix, l'écart passe même du simple au triple.

34. La circonstance que le marché a été passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable et que des négociations ont été menées est indifférente à cet égard puisque l'article 44, § 1^{er}, prévoit qu'un examen des prix est requis 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).

35. Compte tenu de cette apparence d'anormalité, la SNCB a commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé les dispositions et principes visés au moyen (plus particulièrement l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017) en ne procédant pas à un examen plus approfondi des prix et en n'interrogeant pas le soumissionnaire Conduent Business Solutions France SAS sur ses prix.

36. Partant, quant à sa deuxième branche, le moyen unique est sérieux.

2.3. TROISIÈME BRANCHE

37. La réalité et la pertinence des éléments avancés comme justification à la décision prise par le pouvoir adjudicateur concernant le caractère normal ou non des prix, sont soumis à l'examen du Conseil d'État.

Ainsi, il a déjà été décidé que :

“ L'acceptation du caractère régulier de l'offre de l'attributaire du marché litigieux, en ce qui concerne les prix proposés pour ces deux postes du métré, repose donc, en substance, sur trois motifs que sont l'importance des quantités présumées, la configuration de la zone dans laquelle les travaux doivent être exécutés, ainsi qu'une forte diminution du prix des matières premières.

Les deux premiers motifs portent sur des circonstances de conception et d'organisation du marché litigieux qui touchaient tous les soumissionnaires et étaient, en conséquence, susceptibles d'affecter la structure des prix proposés par chacun d'eux. Ils ne sont donc pas pertinents pour justifier la décision de la partie adverse, en tant qu'elle porte spécialement sur l'offre de la société momentanée à laquelle le marché a été attribué.

Par ailleurs, le motif pris de l'importante diminution du prix des matières premières ne trouve pas appui dans les pièces de la procédure, aucun élément concret ne permettant de vérifier si cette diminution ainsi alléguée était établie

et comment elle a pu passer pour telle aux yeux de la partie adverse. L'exactitude de ce motif ne peut donc être vérifiée.

Sans qu'il soit nécessaire de décider si, au regard des dispositions précitées, la partie adverse avait, ou non, la faculté de fonder son appréciation sur des justifications autres que celles dont le soumissionnaire interrogé à cette fin se prévaut, il suffit de constater que la réalité et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de la partie adverse ne peuvent être vérifiées, de sorte que le moyen est fondé”.

38. En l'espèce, outre l'anormalité des prix de l'attributaire (première branche) ou, à tout le moins, l'apparence d'anormalité des prix de l'attributaire (seconde branche) qui aurait dû conduire la partie adverse à écarter l'offre de l'attributaire (première branche) ou à mener un examen plus approfondi des prix et à interroger l'attributaire (deuxième branche), force est en outre de constater que les éléments avancés par la SNCB pour justifier la prétendue normalité des prix du soumissionnaire Conduent Business Solutions France SAS sont erronés en fait et en droit.

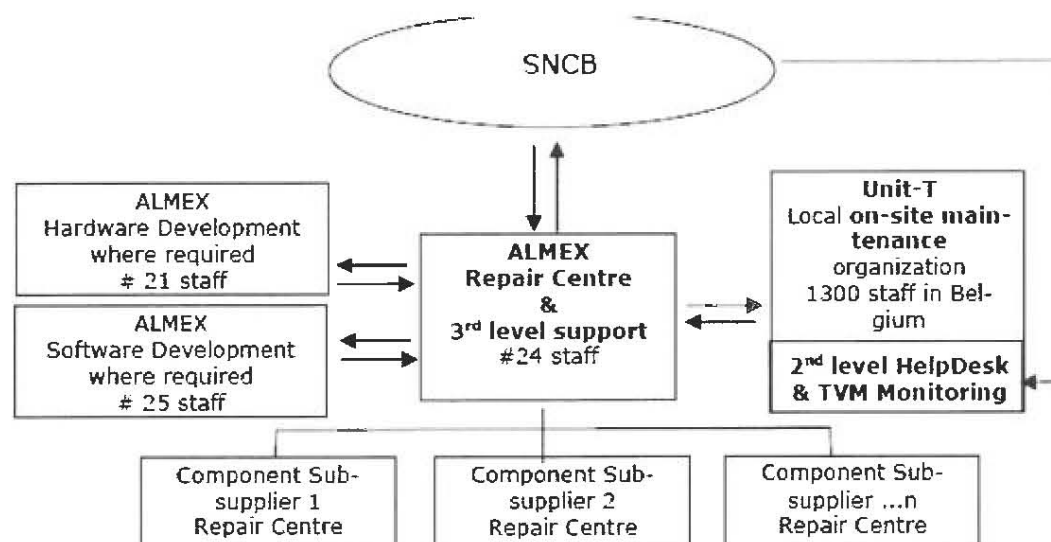
Compte tenu de la neutralisation mentionnée par la décision d'attribution (vu leur comparabilité) des deux premiers volets du critère prix, ce sont les prix du troisième volet “support et maintenance” qui sont en cause. La partie adverse a estimé que les prix de l'attributaire n'étaient pas anormaux, pour les motifs suivants :

- la présence en Belgique du soumissionnaire Conduent (à l'inverse des deux autres soumissionnaires), *quod non* (a) ;
- le caractère intellectuel du type de services qui feraient l'objet d'une grande variation de prix, *quod non* (b) ;
- la comparabilité avec l'estimation initiale du montant du marché (c).

2.3.a. Almex assure une présence en Belgique par le mécanisme de la sous-traitance

39. Si, certes, la requérante ne dispose pas de bureaux en Belgique, elle fait appel à un sous-traitant implanté en Belgique pour les prestations de maintenance et de support, comme détaillé dans le document confidentiel intitulé “Concept 02. CS3 0002334378 Spécifications techniques et fonctionnelles_v2_4-services_4005-6”.

Ainsi, comme c'est le cas pour de nombreux autres de ses projets internationaux, Almex travaille en sous-traitance avec une organisation tierce, en l'espèce Unit-T, basée en Belgique, pour fournir les services sur site et assurer le suivi des machines, et ce sur base du schéma suivant :



40. Le choix de ce sous-traitant s’appuie sur une justification détaillée, reprise en page 5 de la pièce 6, qui fait apparaître non seulement la compétence mais aussi la disponibilité et l’efficacité de ce sous-traitant, par ailleurs actif dans de nombreux pays européens.

Aussi, aux questions posées quant à l’intervention *in situ* d’Almex (par exemple, pièce 3, onglet 4 “Quality Services”, n° 4401 à 4403), Almex répond sans équivoque que :

“ Nous le réalisons par l'intermédiaire de prestataires de services locaux qui sont nos sous-traitants”.

La SNCB ne pouvait donc ignorer le recours à ce sous-traitant.

Le service qui est ainsi proposé par le sous-traitant d’Almex est similaire à celui que pourrait offrir un soumissionnaire présent lui-même en Belgique :

SNCB...	Almex...
Souligne et semble valoriser la présence de Conduent à Bruxelles, sans doute pour l’aspect central de Bruxelles à l’échelle du pays	Propose un sous-traitant dont le bureau est situé à Malines, non loin de Bruxelles (pièce 6, page 7)
Indique que “la répartition de la charge entre les automates est très variable. Dans certaines petites gares sans personnel et peu fréquentées, il s’agit de quelques unités par jour pour un automate. Dans des grandes gares (Bruxelles-Midi, Brussels Airport - Zaventem, Gent Sint Pieters), cela peut atteindre pratiquement 600 titres sur une journée pour un automate”.	Veille à retenir un sous-traitant qui dispose de stocks d’échange à Gand, à Bruxelles et à Namur, de manière à disposer de pièces de rechange au plus près des gares présentées par la SNCB comme les plus fréquentées et dont les automates sont les plus sollicités (pièce 6, page 9)

Les services proposés par Almex via son sous-traitant (intervention de nuit, mise à disposition des pièces de rechange, stocks de pièces réapprovisionnés, *etc.*) sont similaires aux services proposés “en direct” par un soumissionnaire (voir le

document confidentiel intitulé “Concept 02. CS3 0002334378 Spécifications techniques et fonctionnelles_v2_4-services_4005-6”).

Au demeurant, le recours à la sous-traitance par certains soumissionnaires mais pas par l’attributaire n’est pas de nature à justifier que le prix passe du simple (pour l’attributaire) au double (pour les trois autres soumissionnaires réguliers), sans estimer que l’un des prix est anormalement bas ou que les autres sont anormalement hauts. Les éventuels surcoûts liés à la sous-traitance (par rapport à la prestation des services en propre par le soumissionnaires) ne peuvent pas justifier un tel écart.

41. Par ailleurs, du document confidentiel intitulé “Concept 02. CS3 0002334378 Spécifications techniques et fonctionnelles_v2_4-services_4005-6” (pièce 6 – page 23), il ressort que certaines opérations sont fournies à distance (pour assurer la maintenance et offrir le support nécessaire), sans qu’il faille dépêcher un technicien sur place, ce qui annihile la plus-value d’une présence de Conduent en Belgique.

42. Dès lors, indiquer que l’écart de prix entre Conduent et les autres soumissionnaires est “expliqué principalement par la présence sur le territoire belge (en particulier à Bruxelles) de Conduent Business Solutions France SAS contrairement à la concurrence” est erroné en fait et constitue une erreur manifeste d’appréciation.

2.3.b. Le caractère intellectuel des services qui seraient sujets à une grande variation de prix n’est nullement justifié et ne convainc pas

43. Le motif lié au caractère “intellectuel de ce type de services” et à la “grande variation de prix” alléguée est lui aussi erroné. Puisque les prestations de “matériel” et “software” n’expliquent pas les différences de prix (*cf. supra*), le caractère intellectuel évoqué en termes de motivation se rapporterait uniquement aux prestations de maintenance et de support.

44. Or, ces prestations impliquent, d’abord et avant tout, une présence de techniciens, certes qualifiés, sur place (ou parfois d’informaticiens) et certains coûts fixes qui ne doivent pas varier fortement entre soumissionnaires.

45. Dans les documents du marché (pièce 3, onglet 4. Quality Services, n° 4405), il est fait état, dans la section “4.4. Service après-vente” d’un “contrat de niveau de service (SLA)” qui “est établi avant le début de l’entrée en vigueur des services” et ce “afin de pouvoir évaluer la qualité des services fournis par le prestataire”.

Ce contrat de service “contient tous les coûts possibles pour remplacer les pièces existantes et assurer leur bon fonctionnement (exemple : un composant n’est plus disponible sur le marché). Il peut être remplacé par un composant équivalent qui nécessite éventuellement une adaptation du logiciel : le coût d’adaptation du logiciel doit être compris dans le contrat de service” (pièce 3, onglet 4. Quality Services, n° 4410).

Le caractère intellectuel de ces services n’apparaît pas avec évidence.

46. La description des services de maintenance curative et préventive, faite par le sous-traitant d’Almex, ne laisse pas apparaître elle non plus, de manière prédominante, le caractère intellectuel de ces services qui pourrait expliquer la variation de prix (pièce 6, page 11) :

“ Les services de maintenance ALMEX et Unit-T pour les visites sur site comprennent tous les travaux nécessaires pour rétablir le fonctionnement d'un TVM, notamment :

- Déplacement d'un technicien à l'endroit où se trouve le TVM suspecté défectueux.
- Les syndicats travaillent sur le TVM
- Réglage et remplacement de sous-ensembles ou d'éléments réputés défectueux, par des pièces neuves ou réparées pour les éléments non réparables et par un échange standard pour les éléments réparables
- Retour des pièces à l'un des sites de stockage dédiés en Belgique
- Fourniture de rapports d'activité électroniques / mises à jour (ServiceNow)

Parallèlement aux interventions de maintenance corrective, des travaux de maintenance préventive sont effectués sur les TVM afin d'éviter les défauts des pièces (par exemple, en contrôlant les modules, en nettoyant les modules, en remplaçant les pièces hors cycle de vie).

”.

Cette description fait écho aux différents services sollicités par la SNCB qui ne paraissent pas nécessiter des prestations intellectuelles particulières (exemple : pièce 3 – n° 4418 : “Après chaque intervention, un rapport d'intervention officiel doit être remis avec une indication claire de la cause de l'incident et de la solution apportée”).

47. Au demeurant, le détail du volet “maintenance et support” dans l'inventaire indique un aspect maintenance matérielle/technique qui n'appelle pas davantage de prestations intellectuelles particulières.

Tel est le cas de la maintenance concernant des appareils “TVM Cash” et “TVM No cash”, ainsi que toutes les options qui y sont liées (option 1, 2a, 2b, 3 et 4).

Seules les lignes “Customisation & Enhancements” et “Services SLA” pourraient, le cas échéant, présenter le caractère intellectuel invoqué par la partie adverse.

L'importance financière de ces postes est toutefois limitée, compte tenu du prix global du marché et du prix attaché à la maintenance matérielle/technique.

48. Du reste, les prix proposés dans le cadre du troisième volet “maintenance et support” intègrent des coûts fixes qui sont semblables pour tous les soumissionnaires. Ces coûts ont trait à la mise à disposition du stock et à la gestion de celui-ci (réapprovisionnement, évaluation du stock, *etc.*), aux déplacements nécessaires à une intervention sur site, à l'acheminement des pièces à remplacer, à la valeur intrinsèque du matériel, *etc.*

49. Dès lors, en l'absence de caractère intellectuel des services proposés pour le volet “support et maintenance” (ou à tout le moins de la prépondérance de ce caractère intellectuel pour ces services), cet élément n'est pas pertinent pour expliquer la grande différence de prix entre l'attributaire et ses concurrents.

2.3.c. La référence à l'estimation du marché est sans pertinence

50. Pour justifier le fait de ne pas avoir interrogé Conduent sur ses prix, malgré l'anormalité ou, à tout le moins, l'apparence d'anormalité, la SNCB indique dans sa décision que les prix proposés par Conduent “sont comparables à l'estimation initiale du marché énoncée par l'intermédiaire de l'avis de marché publié”.

Or, le Conseil a déjà estimé que :

“ Il ressort du rapport d'attribution et de ses annexes que la partie adverse a bien procédé à la vérification des prix, visée à l'article 35 de l'arrêté royal du 18

avril 2017 relatif à la passation des marchés dans les secteurs classiques. De plus, elle a, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, pu décider de ne pas procéder à un contrôle de prix apparemment anormaux, sur pied de l'article 36 du même arrêté royal. L'analyse de la partie adverse s'appuie sur un tableau comparatif, dans lequel, en dernière colonne, les prix unitaires des différents soumissionnaires ont systématiquement été relevés. Les prix déposés sont globalement proches du prix de référence que la partie adverse a fixé au terme de la phase de prospection du marché, après avoir consulté un grand nombre d'entreprises actives dans le domaine du textile. Par ailleurs, ainsi qu'elle l'écrit dans sa note d'observations, le prix moyen des offres régulières qui ont été remises est de 2,3 euros/pièce (hors TVA) et celui de l'ensemble des offres, de 2,1 euros/pièce (hors TVA).

La requérante ne convainc pas lorsqu'elle prend, comme étalon de référence, les prix qu'elle a elle-même proposés, alors que ceux-ci sont nettement inférieurs aux prix offerts par la grande majorité des soumissionnaires" (lecture *a contrario*).

Or, en l'espèce :

- Les tableaux proposés par la partie adverse dans sa décision d'attribution sont simplistes et, partant, peu explicites quant au raisonnement suivi par la partie adverse ;
- La partie adverse n'indique pas avoir consulté un grand nombre d'entreprises, lors d'une phase de prospection, afin d'arrêter une estimation raisonnable du montant du marché, rendant cette estimation sujette à caution ;
- La pertinence de la comparaison du montant global de l'offre de Conduent à l'estimation initiale du montant du marché est amoindrie par la remise de trois offres régulières (Almex, Scheidt and Buchmann et IER) au prix global bien supérieur et similaire (près du double de celui de Conduent).
- La requérante ne prend nullement comme étalon de référence ses seuls prix (mais bien les prix de trois des quatre offres considérées comme régulières) : calculer la moyenne des offres remises serait, à cet égard, particulièrement éclairant.

51. En faisant reposer sa décision d'attribution sur une motivation formelle et matérielle erronée, la partie adverse a violé les principes et dispositions visés au moyen.

Quant à sa troisième branche, le moyen unique est sérieux.

2.4. QUATRIÈME BRANCHE

52. En ce que, quatrième branche, la décision d'attribution indique que "les trois offres finales ne contiennent pas de prix unitaires ou totaux qui sont apparemment anormaux" (pièce 7).

Alors que l'écart entre le prix global du soumissionnaire Conduent (attributaire) et ceux des deux autres soumissionnaires (et même des trois autres soumissionnaires réguliers) est très important.

De sorte que les motifs de la décision d'attribution sont contradictoires, en ce que la partie adverse ne pouvait estimer comme normaux tant les prix de l'attributaire que ceux des deux autres soumissionnaires.

53. Rappelons encore que le recours à la sous-traitance par certains soumissionnaires mais pas par l'attributaire n'est pas de nature à justifier que le prix passe du simple (pour l'attributaire) au double (pour les trois autres soumissionnaires réguliers), sans estimer que l'un des prix est anormalement bas ou que les autres sont anormalement hauts. Les éventuels surcoûts liés à la sous-

traitance (par rapport à la prestation des services en propre par le soumissionnaire) ne peuvent pas justifier un tel écart.

54. En ce qu'elle est fondée sur des motifs contradictoires, la décision d'attribution viole les principes et dispositions visés au moyen ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

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°, 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'État 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'État 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'agrégation 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 ; l'entité adjudicatrice dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à cette estimation du caractère apparemment anormal d'un prix. C'est dans le cadre de l'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 à propos des prix que la partie adverse ne considère pas comme étant apparemment anormaux, la décision d'attribution du marché litigieux est libellée comme suit :

« [...] »

3.3. Régularité des offres de prix

Les trois offres finales ne contiennent pas de prix unitaires ou totaux qui sont apparemment anormaux. De plus, les prix soumissionnés en termes de matériels et Software sont globalement comparables. L'écart en termes de prix porte essentiellement sur la maintenance et le support. La compétitivité de ce poste peut être expliqué principalement par la présence sur le territoire belge (en particulier à Bruxelles) de Conduent Business Solutions France SAS contrairement à la concurrence. La SNCB considère la différence de prix pour les services inclus dans le marché comme n'apparaissant pas anormale, compte tenu du caractère intellectuel de ce type de services qui font l'objet de grande variation de prix. L'offre de Conduent Business Solutions France SAS ne paraît pas anormalement basse dans la mesure où le total des prix retenus sont comparables à l'estimation initiale du marché énoncée par l'intermédiaire de l'avis de marché publié. Les prix proposés par Conduent Business Solutions France SAS sont donc réalistes pour permettre la réalisation du marché.

[...] ».

Il doit être relevé que l'éventuelle existence d'une différence importante entre les prix proposés par un soumissionnaire et ceux qui le sont par ses concurrents n'établit pas à elle seule que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant tous ces prix comme n'apparaissant pas anormaux. L'objet d'une vérification des prix n'est d'ailleurs pas d'expliquer les raisons d'un

écart qui existerait entre différents soumissionnaires, mais bien de s'assurer de ce que le prix proposé dans chaque offre peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires en excluant toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics.

Au vu des objectifs ainsi assignés à la procédure de vérification, le constat – non critiqué, en tant que tel : les quatre griefs spécifiquement formulés au titre des développements du moyen ne mettent pas directement en cause la comparabilité retenue par la partie adverse – que les prix proposés par l'attributaire désigné sont comparables à l'estimation initiale du marché ne peut, *prima facie*, être tenu pour procéder d'une erreur manifeste d'appréciation. Il suffit, par ailleurs, à justifier la décision selon laquelle les prix proposés par ce soumissionnaire ne présentent pas une apparence de normalité imposant d'inviter celui-ci à les justifier, aux fins de l'examen requis en présence d'une telle apparence d'anormalité. Il n'y a donc pas lieu d'examiner les griefs formulés à l'encontre des autres motifs avancés par la partie adverse pour justifier sa décision sur cette absence d'anormalité apparente. Le moyen n'est, en conséquence, pas sérieux en sa troisième branche.

Dès lors qu'en sa troisième branche, le moyen critique, *prima facie*, vainement l'acte attaqué en ce qu'il retient l'absence d'apparence d'anormalité des prix proposés par l'intervenante, il ne peut – toujours dans le cadre d'un examen du moyen, effectué en extrême urgence – être reproché à la partie adverse d'avoir finalement – et sans autre examen – considéré comme n'étant pas anormaux les prix proposés par ce soumissionnaire. Le moyen ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux en ses première et deuxième branches.

Enfin, et en tenant compte des développements qui précèdent, il n'y a pas de contradiction à décider que les prix des trois offres finales ne sont pas apparemment anormaux, alors qu'il ressortirait de l'aperçu de ceux-ci qu'ils peuvent présenter un écart, fût-il considérable. Le moyen n'est pas davantage sérieux en sa quatrième branche.

Dès lors que le moyen n'est pas sérieux et que ne peut, pour cette raison, être accordée à la requérante la suspension qu'elle sollicite, il n'y a pas lieu d'avoir égard à d'autres motifs éventuels de rejet de cette demande.

VI. Confidentialité

La partie requérante demande la confidentialité des pièces 3, 4, 5 et 6 qu'elle dépose.

La partie intervenante demande la confidentialité des pièces 13, 19, 25, 26, 27, 37, 38, 47, 51 et 56 du dossier administratif.

Dans sa note d'observations, la partie adverse a demandé la confidentialité des pièces 1, 2, 3, 7, 12 à 43, 45, 47, 49, 51 et 53 à 57 du dossier administratif, ce qu'a contesté la requérante. La partie adverse a ensuite déclaré renoncer à sa demande, en tant qu'elle porte sur les pièces 2, 3, 7, 34 et 54 du dossier administratif.

Les demandes de confidentialité, ainsi limitées, n'étant plus contestées, il y a lieu de les accueillir à ce stade.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse demande de condamner la partie requérante au paiement d'une indemnité de procédure fixée au montant de 770 euros. Il y a lieu de la lui accorder à ce montant.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient mis à charge de la partie requérante.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SAS Conduent Business Solutions 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.

Les pièces 3, 4, 5 et 6 annexées à la requête et les pièces 1, 12 à 33, 35 à 43, 45, 47, 49, 51, 53 et 55 à 57 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 2 juin 2023, par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

ARRÊT RECTIFICATIF

n° 257.020 du 30 juin 2023

A. 238.917/VI-22.553

En cause : **la société de droit allemand G.m.b.H. ALMEX,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Renaud SIMAR, Mathieu THOMAS
et Louis LEBOUTTE, avocats,
rue de la Régence 58/8
1000 Bruxelles,

contre :

la SNCB,
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER, Robin MEYLEMANS
et Gauthier VLASSENBOECK, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la SAS CONDUENT BUSINESS SOLUTIONS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Kris WAUTERS et Jorien VAN BELLE, avocats,
chaussée de la Hulpe 187/33
1070 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 19 avril 2023, la société de droit allemand G.m.b.H. Almex demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « - la décision de date inconnue par laquelle le Conseil d'administration de la partie adverse "donne son approbation sur l'attribution et la conclusion d'un accord-cadre avec l'opérateur économique Conduent Business Solutions France SAS pour un montant total de 21.390.625,00 € et pour une durée de 8 ans" ;
- la décision implicite de ne pas lui octroyer le marché en question ».

II. Procédure

Un arrêt n° 256.672 du 2 juin 2023 a accueilli la requête en intervention introduite par la SAS Conduent Business Solutions et rejeté la demande de suspension.

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. Rectification d'une erreur matérielle

La deuxième phrase du dernier alinéa de la page 19 de l'arrêt n° 256.672 du 2 juin 2023 comporte une erreur matérielle. Il convient de rectifier cette erreur comme indiqué au dispositif.

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

Article unique.

La deuxième phrase du dernier alinéa de la page 19 de l'arrêt n° 256.672 du 2 juin 2023 doit se lire comme suit : « Il suffit, par ailleurs, à justifier la décision selon laquelle les prix proposés par ce soumissionnaire ne présentent pas une apparence d'anormalité imposant d'inviter celui-ci à les justifier, aux fins de l'examen requis en présence d'une telle apparence d'anormalité ».

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 30 juin 2023, par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy