CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 258.713 du 6 février 2024

A. 240.733/VI-22.702

En cause : **la société à responsabilité limité T.**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Pierre GREGOIRE, avocat,
chaussée de Namur 53
1300 Wavre,

contre :

la société anonyme de droit public SNCB,
ayant élu domicile chez
M^es^ Barteld SCHUTYSER et
Robin MEYLEMANS, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 décembre 2023, la SRL T. demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse de date inconnue d'attribuer et de conclure un marché avec l'opérateur économique SKF pour un montant total de 21.086.000 M € et pour une durée de 8 ans et d'attribuer et de conclure un marché avec l'opérateur économique [S.] pour un montant total de 21.086.000 M € et pour une durée de 8 ans » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 18 décembre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 9 janvier 2024.

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^e^ Pierre Gregoire, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e^ Robin Meylemans, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits

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

« 1. La SNCB publie annuellement un avis des systèmes de qualification en vigueur à la SNCB (pièces 1 et 2). Un de ces systèmes de qualification porte sur "16 Roulements pour la transmission, les boîtes d'essieux et les moteurs de traction".

2. Le 28 janvier 2021, la SNCB a approuvé le lancement d'un marché pour la fourniture de roulements ferroviaires, au sein de ce système de qualification (pièce 3).

3. Description du marché. Le marché est régi par :

- Les dispositions administratives du cahier spécial des charges avec référence CS2/0002252382 (pièce 4),
- les spécifications techniques (pièces 5, 6 et 7)
- l'annexe aux spécifications techniques relatives au "scheduling agreement" (pièce 8)

4. Ce marché est divisé en 379 lots, correspondant à chacun des types de roulement que la SNCB souhaite se procurer. La division en lots permet à la SNCB d'attribuer chaque article séparément au soumissionnaire le plus intéressant et de décider le cas échéant de ne pas attribuer un article. Le cahier des charges dispose que : "Nous vous prions d'introduire votre meilleure offre pour la fourniture en 379 lot(s) de: roulements ferroviaires".

L'inventaire en annexe du cahier des charges reprend la liste des 379 lots ayant fait l'objet de la demande de première offre (pièce 4). La liste des lots concernés par le marché a évolué de 379 lots à 404 lots en cours de procédure négociée.

5. Description de la procédure. La procédure de passation est la procédure négociée avec mise en concurrence préalable visée à l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après "Loi du 17 juin 2016").

6. La SNCB a invité les 4 opérateurs suivants, qualifiés dans le cadre du système de qualification, à remettre une première offre pour le 10 octobre 2022 au plus tard (pièce X – invitation à remettre offre) :
- SKF
- [S.]
- [T.]
- Timken (Rubix)

7. Les 3 opérateurs suivants ont remis une première offre :
- SKF
- [S.]
- [T.]

Timken (Rubix) n'a pas remis de première offre.

[T.] a remis offre pour 131 lots (pièce 9).

8. Le 29 juin 2023, la SNCB a invité les 3 opérateurs en lice à remettre une deuxième offre pour le 7 juillet 2023 (pièce 12). Les 3 opérateurs ont remis leur offre dans le délai imparti. [T.] a remis offre pour les mêmes 131 lots (pièce confidentielle 13).

9. Le 6 septembre 2023, la SNCB a invité les 3 opérateurs en lice à remettre une troisième offre pour le 13 septembre 2023 au plus tard. L'invitation a été faite au moyen de l'application BOSA. Jointe à cette invitation se trouvait la liste des articles pour lesquels la SNCB a demandé un prix (pièce 17). L'invitation à remettre une troisième offre ne portait pas sur l'ensemble des lots, mais uniquement 59 lots :

- Les 37 premiers lots concernaient des articles pour lesquels la SNCB n'avait pas reçu offre ;
- Les 22 lots suivants concernaient des articles pour lesquels la SNCB avait reçu des offres proposant des quantités de commandes minimales ("MOQ", ou minimum order quantity) présentant des différences trop importantes.

En fonction de leur chaine de production, les fournisseurs imposent une quantité de commandes minimale (par 10, par 100, par 1000, etc.). Pour les 22 lots concernés, la SNCB avait reçu de la part de [T.] des quantités de commandes minimales qui dépassaient le nombre d'articles que la SNCB estimait avoir besoin durant toute la durée du marché. En d'autres termes, dès la première commande, la SNCB aurait déjà constitué un stock excédentaire. Une telle quantité de commandes minimale n'était pas acceptable pour la SNCB. Pour cette raison, la SNCB a imposé aux trois fournisseurs une quantité de commandes minimale fixe, qui ne pouvait pas être changée par les soumissionnaires.

Dans l'invitation à remettre offre, la SNCB a insisté sur l'importance de respecter les quantités de commandes minimales fixes. Dans l'invitation à remettre offre (pièce 16), la SNCB a en effet écrit que : "Avec les offres reçues, il ne nous est pas possible de faire l'attribution de certains articles. Pourriez-vous proposer un prix pour ces 59 articles en respectant absolument le MOQ indiqué dans le template svp ?".

10. Par un email du 6 septembre 2023, la SNCB a donné aux soumissionnaires des explications sur l'invitation à remettre une troisième offre (pièces 18, 19 et 20).

11. Seuls SKF et [S.] ont remis une troisième offre. [T.] n'a pas remis de troisième offre.

12. Après l'expiration du délai pour la remise des offres, [T.] a demandé, le 14 septembre 2023 à 14:13, un report de la date de remise des offres (pièce 23). Par un email du 15 septembre 2023, la SNCB a répondu que, après vérification avec son service juridique, il n'était pas possible d'étendre le délai après l'expiration de celui-ci (pièce 24).

13. Par une décision du 10 novembre 2023, la SNCB a pris une décision d'attribution motivée (pièce 25), qui contient en annexe la comparaison des prix unitaires offerts pour les 351 lots attribués (pièce confidentielle 26). Cette liste indique également les lots attribués aux soumissionnaires. La partie adverse produit une version non-confidentielle de la liste des lots attribués, sans les prix unitaires (pièce 33).

[S.] s'est vu attribuer 244 lots. SKF s'est vu attribuer 107 lots. [T.] n'a obtenu aucun lot. Parmi les 404 lots, 53 lots n'ont pas été attribués à défaut d'offre d'un fournisseur qualifié.

14. Par des courriers du 28 novembre 2023, la SNCB a communiqué aux soumissionnaires l'attribution (la non-attribution) du marché (pièces 27, 28 et 29). En annexe de ces courriers se trouvaient :

- La décision d'attribution motivée
- La liste des articles attribués : les soumissionnaires SKF et [S.] ont reçu la liste des articles qui leur avaient été attribués.
- La liste des articles non-attribués (c'est-à-dire les articles attribués à un autre soumissionnaire) : Les trois soumissionnaires ont reçu la liste des articles qui ne leur avaient pas été attribués. En dessous de ces articles, se trouve un pourcentage correspondant au rapport entre (i) la somme des prix les plus bas offerts pour l'ensemble de ces articles non-attribués au soumissionnaire concerné et (ii) la somme des prix offerts par le soumissionnaire concerné pour les lots non-attribués.

15. Le courrier de notification envoyé à [T.] (pièce 27) contenait aussi les motifs de l'irrégularité de son offre pour ce qui concerne les lots visés dans la demande de troisième offre, à laquelle [T.] n'avait pas répondu :

Par la présente, nous vous informons que votre offre n'a pas été choisie. Si vous souhaitez plus d'information, veuillez contacter le category manager dont les coordonnées sont reprises ci-dessus.

- Pour les articles concernés par la demande de meilleure offre, avec un MOQ imposé, vous n'avez remis aucune offre, or les MOQ que vous proposiez pour ces articles ne correspondaient pas aux MOQ souhaités par la SNCB et n'étaient pas adaptés aux besoins des différents produits : votre offre a donc été déclarée irrégulière comme indiqué dans la décision motivée officielle 2252382 D7605 Décision motivée - Attribution V2
- Pour les autres articles, les critères d'attribution n'étaient pas en votre faveur. Vous trouverez votre cote finale en annexe : celle-ci représente, pour ces articles, le rapport entre le budget (prix*besoins) de la meilleure offre sur votre offre.

».

Face à plusieurs discordances – à tout le moins apparentes – que semblaient révéler les données respectivement mentionnées dans la note d'observations et les pièces du dossier administratif, l'auditeur en charge de l'instruction de la cause a invité la partie adverse à apporter des précisions sur les lots concernés par la procédure de passation et sur ceux qui ont été attribués. Sur la base des informations communiquées par la partie adverse et pour ce que permet d'établir l'examen effectué dans le cadre d'une procédure en extrême urgence, l'instruction a mis en évidence les données suivantes, utiles pour l'examen des questions relatives à la délimitation de l'objet de la demande, la recevabilité de celle-ci et la délimitation de l'étendue de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué qu'ordonne le présent arrêt :

- 351 lots ont été attribués, respectivement aux soumissionnaires SKF (107 lots) et S. (244 lots). La demande de suspension de l'exécution de l'acte attaqué doit donc être comprise comme portant sur la décision d'attribution de ces 351 lots ;
- La requérante a déposé offre pour 131 lots, qu'il s'indique de ventiler comme suit :

  23 lots pour lesquels l'offre de la requérante a été déclaré irrégulière : lots 106, 117, 138, 144, 153, 155, 185, 194, 195, 197, 199, 200, 203, 208, 211, 217, 233, 259, 260, 267, 272, 277, 281 ;

  62 lots pour lesquels l'offre de la requérante a été considérée comme moins avantageuse : lots 107, 122, 126, 130, 132, 143, 154, 157, 161, 163, 164, 173, 174, 177, 179, 182, 184, 186, 187, 191, 196, 198, 205, 207, 210, 215, 219, 220, 221, 224, 225, 226, 227, 232, 234, 240, 241, 243, 244, 245, 247, 249, 251, 254, 255, 256, 257, 261, 262, 263, 265, 266, 269, 271, 273, 275, 276, 278, 280, 285, 296, 297 ;

  38 lots pour lesquels la requérante n'était pas qualifiée : lots 7, 8, 15, 19, 34, 36, 38, 42, 43, 53, 58, 59, 79, 80, 81, 103, 104, 111, 112, 116, 121, 134, 136, 137, 142, 147, 156, 158, 160, 166, 171, 172, 181, 209, 212, 214, 236, 295 ;

  8 lots pour lesquels la partie adverse n'a pas pris de décision d'attribution : lots 1, 63, 108, 113, 146, 152, 168, 193 ;

- il convient encore de mentionner 36 lots pour lesquels la requérante n'avait pas déposé de première ni de seconde offre, mais qui sont visés par la demande de troisième offre : 424, 82, 86, 89, 91, 94, 99, 45, 109, 48, 120, 125, 129, 57, 141,

148, 162, 165, 206, 223, 231, 238, 247, 258, 264, 270, 282, 360, 61, 62, 416, 30, 49, 327, 405, 411.

IV. Recevabilité de la demande

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande en ce que celle-ci porte sur l'attribution des lots auxquels la requérante n'a pas participé. A ce sujet, elle fait valoir ce qui suit :

« 17. Principes applicables. Un soumissionnaire qui n'a pas lui-même participé à la procédure d'attribution n'a pas d'intérêt à introduire un recours contre une décision prise en vue de l'attribution de ce marché sauf, lorsque la méthode d'attribution suivie a empêché le candidat de présenter une offre, lorsqu'un vice dans l'avis est allégué ou lorsque le soumissionnaire a introduit un recours contre les conditions de sélection ou de cahier des charges qui l'empêchent de participer au marché.

La recevabilité d'un recours introduit à l'encontre d'une décision d'attribuer plusieurs lots s'apprécie pour chaque lot séparément. Autrement dit, la circonstance que le requérant a intérêt à contester l'attribution d'un lot ne lui octroie pas un intérêt automatique à contester l'attribution des autres lots. Ce principe a été confirmé très récemment par Votre Conseil dans l'arrêt [ECLI: BE:RVSCE:2023:ARR.257.124] : "Par ailleurs, il y a lieu de vérifier l'intérêt de la requérante à contester l'attribution de chaque lot du marché distinctement, les différents lots étant susceptibles d'être attribués séparément, en principe en vue d'une exécution distincte".

18. Application. En l'espèce, [T.] a remis offre pour 131 articles. 7 de ces articles n'ont pas été attribués. [T.] a uniquement remis offre pour 124 lots des 351 lots attribués. [T.] n'a pas remis de première, deuxième ou troisième offre pour 227 des 351 lots attribués suivants : il s'agit des lots identifiés dans la pièce 31.

19. [T.] ne démontre pas qu'elle aurait été empêchée de remettre offre pour ces lots, en raison de la méthode d'attribution suivie ou d'un vice dans les conditions de sélection ou d'attribution. Le recours est irrecevable en ce qu'il vise la décision d'attribuer les lots visés à la pièce 31.

20. Dans la mesure où Votre Conseil devrait par l'impossible estimer que [T.] a été empêchée de remettre une troisième offre en raison d'un délai prétendument trop court (voir *infra*, premier moyen), il devrait alors considérer que [T.] n'a toujours pas intérêt à contester l'attribution des lots qui répondent aux deux conditions suivantes :

- [T.] n'a pas remis offre pour ces lots dans le cadre de sa première ou deuxième offre ;
- Ces lots ne font pas partie des 59 lots visés dans l'invitation à remettre une troisième offre, mais faisaient l'objet des premier et deuxième tours d'offres.

La liste des lots qui répondent à ces deux conditions est reprise en pièce 32. Il s'agit de 209 lots. [T.] n'a en tout état de cause pas d'intérêt à contester l'attribution de ces lots ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 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, auquel se réfère l'article 15 de cette même loi pour ce qui concerne les conditions de recevabilité d'une demande de suspension, est libellé comme suit :

« A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions ;

2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné ;

3° les documents du marché ou de la concession ».

S'agissant de la première condition de recevabilité, relative à la qualité de personne ayant ou ayant eu intérêt à obtenir le marché litigieux,

- il n'est pas contesté – et ne paraît pas contestable – que cette qualité doit être reconnue à la requérante à propos des lots pour lesquels elle a fait offre, étant entendu que ceux pour lesquels la partie adverse n'a pris aucune décision d'attribution sont étrangers à l'objet de la demande ;
- cette qualité doit également être reconnue à la requérante à propos des 36 lots pour lesquels elle n'avait certes déposé ni de première, ni de deuxième offre, mais a été invitée à le faire, le 6 septembre 2023, par la partie adverse elle-même. Elle critique, au titre du premier moyen de sa requête, la raison pour laquelle elle n'a pu donner suite à cette invitation ;
- enfin, la qualité de personne ayant ou ayant eu intérêt à obtenir le marché litigieux ne peut être déniée à la requérante en ce qui concerne les 23 lots pour lesquels elle avait déposé deux premières offres, mais pas la troisième à laquelle l'invitait la partie adverse, et ce dès lors qu'elle critique, toujours au titre du

premier moyen de sa requête, la raison pour laquelle elle n'a pu donner suite à cette invitation.

S'agissant de la deuxième condition de recevabilité, selon laquelle la partie requérante doit avoir été (ou risqué d'être) lésée par la ou les violation(s) alléguée(s),

- la requérante dénonce, au titre du premier moyen de sa requête, l'illégalité des conditions de délai dans lesquelles elle avait été invitée à faire offre par la partie adverse, le 6 septembre 2023, conditions qui – selon ce qu'elle laisse entendre – expliquent qu'elle n'ait pas été en mesure de donner suite à cette invitation ;
- le deuxième moyen conteste notamment la motivation formelle de la décision motivée d'attribution en ce que, pour 62 lots, cette décision ne considère pas que l'offre de la requérante est la plus avantageuse économiquement, soit le motif pour lequel son offre ne serait pas retenue ; ainsi que la motivation de cette décision, en tant que celle-ci porte sur l'irrégularité reprochée à l'offre de la requérante.

Dès lors que les deux conditions de recevabilité fixées par l'article 14 sont remplies dans la mesure ainsi précisée, la demande de suspension doit être déclarée recevable en tant qu'elle est dirigée contre la décision d'attribuer le marché litigieux, pour ce qui concerne :

- les 23 lots pour lesquels la requérante était invitée à déposer une troisième offre sur la base de quantité minimale de commande modifiée mais pour lesquels son offre a été déclarée irrégulière ;
- les 36 lots pour lesquels aucune offre n'avait été remise par la requérante, mais pour lesquels elle avait reçu l'invitation de la partie adverse le 6 septembre 2023 ;
- les 62 lots pour lesquels l'offre de la requérante ne proposait pas le meilleur prix.

La demande est irrecevable pour le surplus.

V. Premier moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, « pris de la violation des articles 4, 5 et 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; de la

violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, des principes de concurrence, d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination ; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir », « [e]n ce que la SNCB a invité la SRL [T.] à déposer son offre aux termes d'un courrier du 6 septembre 2023 et ce pour le 13 septembre 2023 au plus tard », « alors que la SNCB aurait dû laisser à la SRL [T.] un délai suffisant pour déposer son offre, lequel ne pouvait être inférieur à 10 jours ». Elle le développe comme suit :

« 12.
L'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit, en son paragraphe 2, que "le délai de réception des offres peut être fixé d'un commun accord entre l'entité adjudicatrice et les candidats sélectionnés, pour autant qu'ils disposent tous d'un délai identique pour préparer et soumettre leurs offres. En l'absence d'un accord sur le délai de réception des offres, le délai n'est pas inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner".

Il résulte de cette disposition que le délai de dépôt des offres, en procédure négociée avec mise en concurrence préalable est fixé d'un commun accord entre l'entité adjudicatrice (la SNCB) et les candidats sélectionnés (parmi lesquels figure la SRL [T.]) et, à défaut d'accord, ce délai est fixé par l'entité adjudicatrice sans qu'il puisse être inférieur à 10 jours.

13.
Dans le cas d'espèce, l'invitation à déposer offre date du 6 septembre 2023 et la date limite de dépôt des offres a été fixée au 13 septembre 2023, soit 7 jours plus tard.

Par voie de conséquence, la partie adverse a violé l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 et a mis la SRL dans l'impossibilité de déposer son offre compte tenu du délai insuffisant et du nombre très important d'informations demandées (59 articles sur les 379 initialement demandés, soit 15,6 % des articles concernés par le marché).

Si la SRL [T.] avait disposé d'un délai suffisant, elle aurait assurément pu répondre à la demande de l'entité adjudicatrice de sorte que son offre aurait été complète et, partant, régulière.

14.
Compte tenu de ce qui précède, le premier moyen est manifestement sérieux ».

B. Note d'observations

La partie adverse formule les observations suivantes :

« B. IRRECEVABILITÉ DU MOYEN UNIQUE EN CE QU'IL NE DÉVELOPPE PAS LA MANIÈRE DONT PLUSIEURS RÈGLES DE DROIT SERAIENT VIOLÉES

22. Conformément à l'article 2, § 1, 3° de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, "la requête est datée et contient : […] 3° l'objet de la demande ou du recours et un exposé des faits et des moyens". Un moyen "consiste dans

l'indication de la règle de droit dont la violation est invoquée et de la manière dont elle a été violée".

23. La partie requérante invoque la violation des règles de droit suivantes, sans en expliquer le contenu, ni la manière dont ces règles seraient violées :

- Les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- Les principes généraux du droit et, plus particulièrement, des principes de concurrence, d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination ;
- L'erreur manifeste d'appréciation et l'excès de pouvoir.

Le moyen, en ce qu'il invoque la violation des règles susvisées, est donc irrecevable.

C. REFUTATION DU PREMIER MOYEN

24. En droit. L'article 120, § 2, de la Loi du 17 juin 2016 énonce que :

> "Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation de l'entité adjudicatrice à la suite de l'évaluation des informations fournies peuvent participer aux négociations. L'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de candidats admis à participer à la procédure, conformément à l'article 149, alinéa 2.
> Le délai de réception des offres peut être fixé d'un commun accord entre l'entité adjudicatrice et les candidats sélectionnés, pour autant qu'ils disposent tous d'un délai identique pour préparer et soumettre leurs offres.
> En l'absence d'un accord sur le délai de réception des offres, le délai n'est pas inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner."

25. Contrairement à ce que soutient la partie requérante, le troisième alinéa de l'article 120, § 2, de la Loi du 17 juin 2016 vise exclusivement le dépôt des premières offres, à l'exclusion du dépôt des offres intermédiaires et finales.

Cette lecture est celle de S. ARROWSMITH qui écrit que : " […] il est postulé que l'exigence spécifique (10 jours) ne s'applique qu'aux offres initiales (ce qui est le cas du délai minimum pour les offres dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociation prévue par la directive de 2014 sur les marchés publics)".

Les auteurs H. PLANCKE et T. VILLÉ écrivent à leur tour que : "Aucune disposition expresse ne prévoit que la période minimale de dix (10) jours ne s'applique qu'aux offres initiales. Cela est illogique. Les règles relatives aux secteurs classiques n'imposent une période minimale de remise des offres que pour le premier tour d'offres. Il semble donc qu'il faille partir du principe que le délai minimum de dix (10) jours ne s'applique qu'aux premières offres dans les secteurs spéciaux également. En effet, l'intention du législateur européen est de soumettre les secteurs spéciaux à un régime plus souple que les secteurs classiques. Une règle plus stricte sur les délais de remise des offres ne va pas dans ce sens. Il devrait donc être possible d'avoir un délai plus court après le premier appel d'offres pour les appels d'offres suivants".

La doctrine est unanime sur la volonté de souplesse contenue à l'article 120 de la Loi sur les marchés publics. Cette souplesse est contradictoire avec la lecture défendue par la partie requérante selon laquelle le délai minimal de 10 jours serait également d'application pour le dépôt des offres intermédiaires.

26. En fait. Appliqué au cas d'espèce, l'article 120 de la Loi sur les marchés publics n'imposait donc nullement à la SNCB de respecter un délai de 10 jours pour la remise de la troisième offre. Cet article n'a pas été violé par le délai de 7 jours donné aux soumissionnaires.

27. Pour autant que l'invocation de leur violation soit recevable, *quod non* (voir supra, pt. 22), les principes généraux du droit et, plus particulièrement, les principes de concurrence, d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination, n'ont pas davantage été violés :

- Le délai de 7 jours était largement suffisant compte tenu de la portée limitée de l'invitation à remettre une troisième offre. Cette invitation ne portait que sur 59 lots. En outre, pour ces lots, [T.] (i) avait déjà remis un prix ou (ii) avait déjà eu la possibilité de remettre un prix dans le cadre de sa première et deuxième offres. Que ce délai fût suffisant est d'ailleurs confirmé par le fait que les deux autres soumissionnaires n'ont eu aucun problème à remettre offre dans ce délai, sans même demander d'extension.

- Le constat que [T.] n'a pas demandé en temps utile à la SNCB de prolonger le délai avant l'expiration du délai remet largement en doute le sérieux de son moyen.

- Le délai pour la remise de la deuxième offre, qui portait sur les 404 lots, n'était lui aussi (que) de 8 jours et tous les trois soumissionnaires ont été capables de remettre offre dans ce délai.

28. Compte tenu de ces éléments, le premier moyen n'est pas sérieux ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Il doit, avant tout, être constaté, à la lecture de la requête, que le seul grief formulé à l'appui du moyen est celui qui expose en quoi la partie adverse aurait méconnu l'article 120 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Le moyen doit donc être déclaré irrecevable en tant qu'il invoque la violation des autres principes et dispositions visés.

La requérante reproche à la partie adverse de l'avoir invitée, le 6 septembre 2023, à déposer une nouvelle offre (désignée – dans le cadre de la présente procédure – comme « troisième offre ») dans le respect d'une échéance fixée au 13 septembre, ce qui – selon le moyen – méconnaîtrait précisément l'article 120 de la loi du 17 juin 2016, précitée.

L'article 120 de la loi du 17 juin 2016 est libellé comme suit :

« Art. 120. § 1er. Dans une procédure négociée avec mise en concurrence préalable, tout opérateur économique peut soumettre une demande de participation en réponse à un appel à la concurrence en fournissant les informations aux fins de la sélection qui sont réclamées par l'entité adjudicatrice.
Pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le délai minimal de réception des demandes de participation est, en règle générale, d'au moins trente jours à compter de la date

d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt ; il n'est en aucun cas inférieur à quinze jours.
Pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le délai de réception des demandes de participation est de quinze jours au moins à compter de la date d'envoi de l'avis de marché, de l'invitation à confirmer l'intérêt ou de l'avis d'établissement d'une liste de candidats sélectionnés. L'entité adjudicatrice peut toutefois fixer un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché, lorsqu'une situation d'urgence, dûment justifiée par celle-ci, rend le délai minimal prévu au présent aliéna, impossible à respecter.
§ 2. Seuls les opérateurs économiques ayant reçu une invitation de l'entité adjudicatrice à la suite de l'évaluation des informations fournies peuvent participer aux négociations. L'entité adjudicatrice peut limiter le nombre de candidats admis à participer à la procédure, conformément à l'article 149, alinéa 2.
Le délai de réception des offres peut être fixé d'un commun accord entre l'entité adjudicatrice et les candidats sélectionnés, pour autant qu'ils disposent tous d'un délai identique pour préparer et soumettre leurs offres.
En l'absence d'un accord sur le délai de réception des offres, le délai n'est pas inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi de l'invitation à soumissionner.
§ 3. Le Roi peut fixer les modalités procédurales additionnelles applicables à la procédure négociée avec mise en concurrence préalable ».

L'examen de la cause ne permet, *prima facie*, pas d'établir qu'un « accord », au sens de l'article 120, § 2, alinéa 3, susceptible de porter sur un délai de dépôt inférieur à dix jours, aurait été conclu. La partie adverse ne le prétend d'ailleurs pas.

Pour soutenir que le délai de dix jours prescrit par l'article 120, § 2, alinéa 3, ne viserait que le dépôt des premières offres, à l'exception de celui d'offres ultérieures (ce qui fait précisément débat dans le cas d'espèce, à propos de l'offre sollicitée le 6 septembre 2023), la partie adverse se prévaut – sur la seule base de références doctrinales – de ce que, en cohérence avec des règles applicables dans les secteurs classiques, le délai de dix jours ne s'appliquerait qu'aux premières offres, conformément – toujours selon ce qu'elle soutient – à l'intention du législateur européen de soumettre les secteurs spéciaux à un régime plus souple.

Si la partie adverse entend comparer la disposition de l'article 120, § 2, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2016 avec celle de l'article 38, § 3, alinéa 3, de la même loi, selon laquelle – pour la procédure concurrentielle avec négociation – le délai minimal de réception des offres initiales est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'invitation, force est de constater qu'aucune précision similaire, relative au délai de réception des offres initiales, n'est apportée, en ce qui concerne les marchés passés dans les secteurs spéciaux, pour le délai de réception des offres dans le cadre d'une procédure négociée avec mise en concurrence.

L’argument tiré de la souplesse du régime juridique des marchés passés dans les secteurs spéciaux n’autorise pas – face aux termes clairs de l’article 120, § 2, alinéa 3, qui ne vise pas la seule hypothèse des offres initiales, contrairement à ce qu’a fait le législateur à l’article 38, § 3, alinéa 3, de la même loi – à considérer que l’exigence d’un délai minimal dont il est débattu ne vaudrait, en l’espèce, qu’à l’égard de la réception des seules offres initiales. L’argumentation de la partie adverse, à ce sujet, ne peut prospérer.

Dans la mesure où il invoque la méconnaissance de l’article 120 de la loi du 17 juin 2016, le premier moyen doit être déclaré sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen, « pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution ; de la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative 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 la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; de la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, des principes d’égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l’obligation de motivation matérielle, des principes de minutie, de comparaison effective des offres, de transparence, de libre concurrence et du principe *Patere legem quam ipse fecisti* ; de l’erreur manifeste d’appréciation et de l’excès de pouvoir », « [e]n ce que la motivation de la décision attaquée ne reprend pas le motif de droit qui a conduit à l’éviction de l’offre de la SRL T. et qu’elle manque de clarté, de précision et de complétude sur ce point ; qu’il n’en ressort pas que la SNCB a procédé à une vérification des prix remis par les soumissionnaires ; qu’elle ne reprend ni les points attribués à chaque soumissionnaire ni une explication permettant de comprendre pourquoi ces cotes ont été retenues par la SNCB dans le cadre de l'attribution d'un marché public », « [a]lors que la SNCB aurait dû motiver sa décision d’attribution de manière claire, complète, précise et adéquate sur ces points afin de permettre à la SRL T. de vérifier qu'elle a été précédée d'un examen concret et exact des circonstances de l'espèce ». Après avoir rappelé les principes et dispositions qu’elle estime applicables en l’espèce, elle développe ce moyen comme suit :

« 22.
La décision motivée d'attribution telle que communiquée à la SRL [T.] indique ce sui suit :

"3.2. Evaluation des critères d'attribution

Les offres reçues ont été évaluées sur base des critères d'attribution repris dans les documents de marché.

La méthode d'évaluation appliquée par critère est la suivante :

- Critère 1 : prix

3.2.1. Comparaison des offres après négociation

Critères d'attribution	Pondération	Opérateur économique 1	Opérateur économique 2	Opérateur économique 3
Critère 1	100	SKF	[S.]	[T.]
Total :	100			

Motivation de l'évaluation :

3.2.2 Offre retenue (par lot)

Voir également fichier annexe attribution

- SKF a reçu 107 lots
- [S.] a reçu 244 lots
- 53 lots n'ont pas été attribués, dont 5 qui sont en spécificité Timken

3.2.3 Délai de livraison

Contrat négocié pour un Scheduling Agrement (délais de livraison pas pris en compte, car le fournisseur reçoit de la visibilité pour constituer un stock)

3. Analyse des Offres

3.1 Régularité des offres

3.1.1 Sur le plan administratif et technique

Les offres remises sont examinées avant tout sur le plan de leur régularité. Les offres ont été signées par les personnes compétentes à cet égard. Les offres comportent les informations telles que demandées dans le cahier spécial des charges et entrent dès lors en ligne de compte pour une analyse plus approfondie.

Critères de MOQ : dernière demande de prix sur 59 articles pour aligner les prix sur le MOQ le plus bas proposé afin d'objectiver la comparaison sur demande du service Legal.
Suite à cette dernière demande, SNR ([T.]) n'a pas rentré d'offre pour s'aligner".

23.

Il apparait très clairement que l'acte attaqué ne répond pas aux exigences de motivation prévues par 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 service et de concessions et par la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

24.
Tout d'abord, l'offre de la SRL [T.] a été déclarée irrégulière en ce que "la dernière demande de prix sur 59 articles pour aligner les prix sur le MOQ le plus bas proposé afin d'objectiver la comparaison sur demande du service Legal. Suite à cette dernière demande, SRL ([T.]) n'a pas rentré d'offre pour s'aligner".

En effet, la décision ne reprend pas le motif de droit qui a conduit à l'éviction de l'offre de la SRL [T.].

La SRL [T.] suppose néanmoins que la SNCB estime que son offre est irrégulière en vertu de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

Toutefois, la SNCB reste en défaut de démontrer et de justifier en quoi l'obligation en cause serait une obligation dont le non-respect est sanctionné d'irrégularité substantielle.

C'est d'autant plus exact que la SRL [T.] avait au préalable déposé une offre et une BAFO et qu'à défaut pour elle de déposer une nouvelle offre modificative, l'offre précédente (initiale ou BAFO ou autre) sera prise en considération, comme la SNCB l'a indiqué aux termes de son invitation à déposer une BAFO en date du 29 juin 2023.

En ce sens, la jurisprudence du Conseil d'État prévoit, pour rappel, qu' "au titre de cette obligation de motivation formelle, le pouvoir adjudicateur confronté à une offre qui lui apparaît déroger à une disposition du cahier spécial des charges ne peut se limiter à constater cette dérogation. Il doit se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et, le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle" [ECLI: BE:RVSCE:2019:ARR.246.130].

La doctrine indique par ailleurs qu'"en présence d'une irrégularité dans l'offre, le pouvoir adjudicateur doit en constater l'existence, qualifier cette irrégularité de substantielle ou de non substantielle et énoncer les motifs sur lesquels il se fonde pour le faire. Il doit tirer les conséquences de cette qualification et, en cas d'irrégularité qualifiée de non substantielle, motiver sa décision d'écarter ou non l'offre en raison de cette irrégularité. L'exigence de motivation est par ailleurs renforcée en cas de dérogation alléguée au cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur devant se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écarter ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle" (P. THIEL, G. MARTOU, T. MAES, "Chronique de jurisprudence des contrats et marchés publics 2019", M.C.P.-O.O.O., 2020/3, p. 424)

25.
En outre, il apparait que la décision n'est pas claire, complète, précise et adéquate afin de permettre à la SRL [T.] de comprendre les raisons qui ont amené la SNCB à écarte son offre pour irrégularité.

Or, selon Votre Conseil, "l'obligation de motivation formelle à laquelle est tenu le pouvoir adjudicateur répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené

l'autorité à adopter celui-ci. […] La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce" (C.E., n° 236.383 du 9 octobre 2016, [ECLI: BE:RVSCE:2016:ARR.236.383]; C.E., arrêt n° 251.250 du 9 juillet 2021, [ECLI: BE:RVSCE:2021:ARR.251.250].

26.
Ensuite, il ne ressort à tout le moins pas de la décision motivée d'attribution que la SNCB aurait procédé à une vérification des prix remis par les soumissionnaires.

Or, Votre Conseil a jugé que "s'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix" (C.E., arrêt n° 241.714 du 5 juin 2018, [ECLI: BE:RVSCE:2018:ARR.241.714]).

27.
Enfin, concernant le critère d'attribution du prix, la décision motivée d'attribution ne reprend ni les points attribués à chaque soumissionnaire ni une explication permettant de comprendre pourquoi ces cotes ont été retenues par la SNCB dans le cadre de l'attribution d'un marché public.

Or, tout récemment, Votre Conseil a jugé que "La seule indication des points obtenus – sans même mentionner les pourcentages annoncés par chaque soumissionnaire et devant être pris en considération dans l'application de la □règle de trois□ annoncée – ne permet pas de vérifier que la partie adverse a correctement évalué les offres au regard du critère □prix□, dans le respect de la formule annoncée par les documents du marché.

Quand bien même l'intervenante serait suivie lorsqu'elle affirme que les obligations de la partie adverse en matière de motivation formelle doivent être appréciées de manière plus souple dans le cadre du marché litigieux, le défaut d'indication des pourcentages proposés affecte la motivation de l'acte attaqué d'une indigence telle qu'elle ne permet pas de satisfaire à l'exigence de motivation, même appréciée de manière souple" (C.E., arrêt n° 256.885 du 21 juin 2023, [ECLI: BE:RVSCE:2023:ARR.256.885]

28.
Compte tenu de ce qui précède, le deuxième moyen est manifestement sérieux ».

B. Note d'observations

La partie adverse formule les observations suivantes :

« A. IRRECEVABILITÉ DU MOYEN UNIQUE EN CE QU'IL NE DÉVELOPPE PAS LA MANIÈRE DONT PLUSIEURS RÈGLES DE DROIT SONT VIOLÉES

30. Conformément à l'article 2, § 1, 3° de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, "la requête est datée et contient : […] 3° l'objet de la demande ou du recours et un exposé des faits et des moyens". Un moyen "consiste dans

l'indication de la règle de droit dont la violation est invoquée et de la manière dont elle a été violée".

31. La partie requérante invoque la violation des règles de droit suivantes, sans en expliquer le contenu, ni la manière dont ces règles seraient violées :

- De la violation des articles 10 et 11 de la Constitution ;
- De la violation des principes généraux du droit et, plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'obligation de motivation matérielle, des principes de minutie, de comparaison effective des offres, de transparence, de libre concurrence et du principe *patere legem quam ipse fecisti* ;
- De l'erreur manifeste d'appréciation ;
- Et de l'excès de pouvoir.

32. Le moyen, en ce qu'il invoque la violation des règles susvisées, est donc irrecevable.

B. EN CE QUI CONCERNE L'IRREGULARITE DE L'OFFRE DE LA PARTIE REQUERANTE S'AGISSANT DES LOTS CONCERNES PAR LA DEMANDE DE TROISIEME OFFRE

33. Dans sa requête, la partie requérante écrit que : "En effet, la décision ne reprend pas le motif de droit qui a conduit à l'éviction de l'offre de la SRL [T.]. La SRL [T.] suppose néanmoins que la SNCB estime que son offre est irrégulière en vertu de l'article 74 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux. Toutefois, la SNCB reste en défaut de démontrer et de justifier en quoi l'obligation en cause serait une obligation dont le non-respect est sanctionné d'irrégularité substantielle. C'est d'autant plus exact que la SRL [T.] avait au préalable déposé une offre et une BAFO et qu'à défaut pour elle de déposer une nouvelle offre modificative, l'offre précédente (initiale ou BAFO ou autre) sera prise en considération, comme la SNCB l'a indiqué aux termes de son invitation à déposer une BAFO en date du 29 juin 2023" (requête, p. 10).

34. D'emblée, il faut souligner que la critique de la partie requérante a un objet bien précis : (i) l'absence de motifs de droit et de fait et (ii) la prétendue absence de motivation formelle sur le caractère substantiel de l'obligation.

35. La partie requérante ne critique pas la légalité des motifs qui fondent la décision de déclarer son offre irrégulière. D'ailleurs, aucune des dispositions dont la violation est invoquée et aucune jurisprudence citée ne concernent la légalité d'une décision de déclarer une offre irrégulière. Elles concernent exclusivement la portée de l'obligation de motivation formelle.

36. En ce qui concerne cette critique bien précise, premièrement, s'agissant des raisons qui ont mené la SNCB à déclarer l'offre de [T.] irrégulière pour ce qui concerne les lots concernés par la troisième demande d'offre, la décision motivée les explique clairement :

Par la présente, nous vous informons que votre offre n'a pas été choisie. Si vous souhaitez plus d'information, veuillez contacter le category manager dont les coordonnées sont reprises ci-dessus.

- Pour les articles concernés par la demande de meilleure offre, avec un MOQ imposé, vous n'avez remis aucune offre, or les MOQ que vous proposiez pour ces articles ne correspondaient pas aux MOQ souhaités par la SNCB et n'étaient pas adaptés aux besoins des différents produits : votre offre a donc été déclarée irrégulière comme indiqué dans la décision motivée officielle 2252382 D7605 Décision motivée - Attribution V2
- Pour les autres articles, les critères d'attribution n'étaient pas en votre faveur. Vous trouverez votre cote finale en annexe : celle-ci représente, pour ces articles, le rapport entre le budget (prix*besoins) de la meilleure offre sur votre offre.

De ce passage, il ressort clairement que l'irrégularité de son offre pour ce qui concerne les lots concernés par la demande de troisième offre est basée sur le fait que :

- [T.] n'a pas remis de troisième offre. Ce faisant, [T.] a renoncé aux 59 lots concernés par la demande de troisième offre.

- La SNCB ne pouvait pas non plus tenir compte de la deuxième offre de [T.] pour ces lots, puisque les prix remis par [T.] pour ces lots ne respectaient pas les quantités de commandes minimales ("MOQ") imposés dans le cadre de la demande de troisième offre. En effet, comme expliqué *supra* (pt. 9), la SNCB avait reçu de la part de [T.] des prix associés à des quantités de commandes minimales qui dépassaient le nombre d'articles que la SNCB estimait avoir besoin durant toute la durée du marché. Ce sont ces MOQ trop élevés qui avaient justifié l'organisation d'un troisième tour d'offres.

37. Deuxièmement, en ce qui concerne la deuxième critique de la partie requérante selon laquelle le caractère substantiel de son irrégularité ne serait pas suffisamment motivé dans la décision d'attribution, la partie requérante invoque à tort l'arrêt n° 254.616 du 28 septembre 2022 [ECLI: BE:RVSCE:2022:ARR.254.616].

L'obligation de motiver formellement le caractère substantiel ou non d'une irrégularité dépend de la nature de cette irrégularité. Lorsque l'irrégularité est manifestement substantielle et que le pouvoir adjudicateur n'a pas eu de marge d'appréciation pour décider sur la qualification d'une irrégularité, Votre Conseil n'exige aucune motivation.

C'est ainsi que dans l'arrêt n° 238.828 du 14 juillet 2017 [ECLI: BE:RVSCE:2017:ARR.238.828], Votre Conseil a rejeté un moyen invoquant une prétendue violation de l'obligation de motivation formelle. La motivation de l'irrégularité de l'offre de la partie requérante se lisait comme suit : "le groupe de pompes proposé n'est pas conforme aux spécifications, en ce qui concerne la vitesse (2900 tr/min au lieu des 1500 tr/min requis) et le diamètre du grain (50 mm au lieu des 75 mm requis)" et "l'offre de la société [D.] bvba est matériellement irrégulière, car [...] le groupe de pompes n'est pas conforme aux spécifications".

Votre Conseil a jugé qu'une telle motivation était suffisamment claire, notamment au motif que : "En outre, il s'agit de deux éléments - la vitesse et le passage du grain - dont on peut supposer que la défenderesse pouvait légitimement penser qu'ils sont au cœur du bon fonctionnement des pompes en question".

38. En l'espèce, [T.] ne pouvait ignorer l'importance des MOQ imposés par la SNCB :

- Si la SNCB organise un nouveau tour d'offres afin d'aligner les MOQ pour les 22 lots concernés, c'est évidemment parce qu'il s'agit d'un élément essentiel ;

- La SNCB a d'ailleurs clairement expliqué à [T.] l'importance d'aligner les MOQ.

Dans l'invitation à remettre offre (pièce 16), la SNCB a en effet écrit que : "Avec les offres reçues, il ne nous est pas possible de faire l'attribution de certains articles. Pourriez-vous proposer un prix pour ces 59 articles en respectant absolument le MOQ indiqué dans le template svp ?".

Dans son email d'accompagnement, la SNCB a encore une fois insisté sur l'importance du MOQ :

> "Comme discuté, tu trouveras en pièce jointe le document disponible sur BOSA, mais avec les références SNR ajoutées.
> Vous pouvez déjà indiquer les lead time, mais la priorité est clairement de donner un prix avec les MOQ imposés.
> Jusque la ligne #37 (article 56114313), il s'agit d'articles avec des besoins pour lesquels nous n'avons pas encore reçu d'offre et qui ont déjà été livrés par le passé.
> A partir de la ligne #38 (53060806), il s'agit d'articles pour lesquels nous avons imposé un MOQ afin de pouvoir réaliser l'attribution. Il vous faut donc adapter votre prix si votre MOQ ne correspond pas à celui imposé" (pièce 18, mise en exergue ajoutée).

À la lumière de ces éléments, il paraît peu crédible que la partie requérante ne comprenne pas le caractère essentiel de l'exigence relative au MOQ et le caractère substantiel de l'irrégularité qui découle du non-respect de ces MOQ. Il est encore moins crédible de soutenir que la SNCB n'a pas motivé adéquatement l'irrégularité substantielle de l'offre, dès lors qu'elle a fait référence à cette exigence de respecter les MOQ qu'elle avait elle-même qualifiées de essentielles à plusieurs reprises et de différentes manières.

39. Troisièmement, en ce qui concerne la troisième critique de la partie requérante, selon laquelle la motivation serait inadéquate parce que les "motifs de droit" seraient prétendument absents de la décision d'attribution motivée, la partie requérante reste en défaut d'expliquer concrètement quelles sont les informations qu'elle aurait voulu voir dans la décision motivée. À supposer que la partie requérante exige que la décision motivée fasse référence à l'exigence de régularité contenue aux articles 74 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et 76 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, il faudrait alors souligner que Votre Conseil n'impose pas aux pouvoirs adjudicateurs de faire référence à cette base légale. La partie requérante reste en défaut de produire un quelconque arrêt dans lequel une obligation de reprendre cette référence serait confirmée voire même discutée par Votre Conseil. Le caractère sérieux de cette critique entrainerait un durcissement considérable de la jurisprudence actuelle de Votre Conseil.

C. EN CE QUI CONCERNE LA VERIFICATION DES PRIX

40. Dans sa requête, la partie requérante écrit que : "il ne ressort à tout le moins pas de la décision motivée d'attribution que la SNCB aurait procédé à une vérification des prix remis par les soumissionnaires" (requête, p. 10).

41. Premièrement, la partie requérante invoque la violation d'une prétendue obligation de motivation formelle en vertu de laquelle un pouvoir adjudicateur devrait nécessairement mentionner l'existence d'une vérification des prix dans la décision motivée.

Or, une telle obligation n'existe pas, puisque Votre Conseil juge, de manière constante, qu'"il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans sa motivation pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal".

Par ailleurs, en l'espèce, la SNCB a mentionné dans sa décision d'attribution que : "Les offres remises sont examinées avant tout sur le plan de la régularité". L'examen de la régularité des offres inclut la vérification de la normalité des prix. Une telle mention est donc suffisante selon la jurisprudence de Votre Conseil.

Dans son arrêt du 14 janvier 2016 [ECLI: BE:RVSCE:2016:ARR.233.469], Votre Conseil a ainsi jugé que : "L'article 5, 9°, précité de la loi du 17 juin 2013 n'exige pas, à première vue, une justification plus large quant à l'examen de régularité menée que celle reprise dans la décision attaquée en l'espèce. Ainsi, il ne semble pas exigé que le pouvoir adjudicateur mentionne explicitement qu'une enquête de prix a été effectuée sur la base de l'article 21, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Il ressort de la décision attaquée que l'examen des offres a abouti à la décision selon laquelle toutes les offres des soumissionnaires sélectionnés ont été jugées régulières. Par conséquent, à première vue, la décision attaquée semble refléter, au moins implicitement, un examen des prix".

Il a suivi un raisonnement identique dans un arrêt du 14 juillet 2020 : "Le rapport d'évaluation montre qu'un examen régulier des offres, y compris l'examen des prix, a été effectué et qu'aucune irrégularité substantielle ou non substantielle n'a été trouvée dans aucune des offres".

42. Deuxièmement, la partie requérante n'invoque pas la violation de l'obligation de vérifier la normalité des prix. L'article 84 de la Loi du 17 juin 2016 ou les articles 41 à 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 ne font d'ailleurs pas partie de la liste des dispositions dont la violation est alléguée. Votre Conseil n'est donc pas saisi de la question de savoir si une vérification des prix a eu lieu.

43. Quoi qu'il en soit, même si Votre Conseil devait être saisi d'une telle critique, *quod non*, cette critique serait infondée puisque la SNCB a bel et bien procédé à une vérification des prix. Il ressort effectivement :

- De la comparaison des prix "article par article" que la SNCB a comparé les prix par article entre eux en vue de leur évaluation mais aussi en vue de l'examen de leur normalité (pièce confidentielle 26) ;
- du document "*Value tracking roulement* 2023" que la SNCB a comparé les prix attribués avec les prix "historiques" à savoir les prix sur le marché avant attribution. Elle a constaté que ces prix ne présentaient une augmentation totale que de 3,75% avec les prix actuels (pièce confidentielle 30).

D. EN CE QUI CONCERNE LE CRITERE D'ATTRIBUTION "PRIX"

44. Enfin, la partie requérante soutient que : "concernant le critère d'attribution du prix, la décision motivée d'attribution ne reprend ni les points attribués à chaque soumissionnaire ni une explication permettant de comprendre pourquoi ces cotes ont été retenues par la SNCB dans le cadre de l'attribution d'un marché public" (requête, p. 11).

45. La partie requérante invoque à tort, en appui de sa thèse, l'arrêt n° 256.885 du 21 juin 2023 [ECLI: BE:RVSCE:2023:ARR.256.885] de Votre Conseil. Dans cet arrêt, Votre Conseil a jugé qu'un pouvoir adjudicateur ne pouvait se limiter à annoncer les points obtenus par les soumissionnaires dans le cadre du critère d'attribution "prix" mais devait également communiquer le prix exprimé en euros (ou dans le cas d'espèce, en pourcentage) sur la base duquel les points avaient été calculés.

La référence à cet arrêt est dénuée de pertinence, puisqu'il concerne une procédure prévoyant plusieurs critères d'attribution. Dans une telle procédure, la conversion d'un prix en points est essentielle : ces points seront additionnés aux points obtenus pour le ou les critères d'attribution qualitatifs afin d'obtenir le score final.

Il n'en va pas de même dans le cadre d'une procédure ne prévoyant qu'un seul critère d'attribution financier, comme c'est le cas en l'espèce. Dans un tel cas, il n'est pas nécessaire de pondérer le critère d'attribution financier et il n'y a donc pas non plus lieu de convertir le prix en points. La partie requérante ne peut donc pas être suivie lorsqu'elle critique l'absence de communication des points : "la décision motivée d'attribution ne reprend ni les points attribués" (requête, p. 11).

46. La partie requérante ne peut pas davantage être suivie quand elle écrit que : "la décision motivée d'attribution ne reprend […] ni une explication permettant de comprendre pourquoi ces cotes ont été retenues par la SNCB dans le cadre de l'attribution d'un marché public" (requête, p. 11).

Le courrier du 28 novembre 2023 contenait une explication permettant de comprendre pourquoi la cote de 89% avait été retenue par la SNCB. Il y est en effet indiqué que : "Pour les autres articles, les critères d'attribution n'étaient pas en votre faveur. Vous trouverez votre cote finale en annexe : celle-ci représente, pour ces articles, le rapport entre le budget (prix*besoins) de la meilleure offre sur votre offre" (pièce 27).

Dans sa requête, la partie requérante n'aborde pas ce passage et n'explique pas en quoi il serait insuffisant.

Ce passage expliquait la nature de la cote communiquée. Dans le respect de la confidentialité des offres et des prix unitaires pour chaque article, la SNCB a communiqué, à chaque soumissionnaire, pour ce qui concerne les lots qui ne leur avaient pas été attribués, le pourcentage correspondant au rapport entre (i) la somme des prix les plus bas offerts pour les articles pour lesquels le soumissionnaire avait remis offre et (ii) la somme des prix offerts par le soumissionnaire concerné pour les articles pour lesquels il avait remis offre. Ce pourcentage était de 89% pour ce qui concerne la partie requérante (pièce 27).

La partie adverse souligne une nouvelle fois que la critique de la partie requérante porte uniquement sur une prétendue violation de l'obligation de motivation formelle et pas sur la méthode d'évaluation des offres. Pour ce qui concerne la méthode d'évaluation des offres, la SNCB a attribué chaque article à l'offre régulière la moins-disante pour cet article.

47. Le deuxième moyen n'est pas sérieux ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen critique la motivation formelle de l'acte attaqué, que la requérante tient pour indigente, notamment en ce qui concerne le caractère substantiel de l'irrégularité reprochée à son offre, ainsi que la mise en œuvre du critère d'attribution relatif au prix. Ces deux griefs sont examinés successivement.

En ce qui concerne le premier grief, la décision contestée indique ce qui suit, quant à la régularité des offres :

« Critères de MOQ : dernière demande de prix sur 59 articles pour aligner les prix sur le MOQ le plus bas proposé afin d'objectiver la comparaison sur demande du service Legal.
Suite à cette dernière demande, SNR (T.) n'a pas rentré d'offre pour s'aligner ».

Aucune conclusion n'est tirée sur l'existence d'une irrégularité, ni sur le caractère substantiel de celle-ci. Il doit, du reste, être relevé que les éléments de motivation renseignés ne peuvent porter en réalité que sur les 23 lots (et pas 59) pour lesquels un premier prix avait été proposé par la requérante mais sur la base d'autres quantités minimales de commande ; s'agissant des autres lots, pour lesquels la requérante n'avait pas déposé d'offre précédente, il n'y a pas pu y avoir d'offre irrégulière, à défaut – précisément – d'avoir fait offre.

Par ailleurs, et même si elle pouvait passer pour une motivation complémentaire susceptible d'être prise en compte comme faisant partie de la décision motivée d'attribution, l'indication suivante du courrier de communication de la décision attaquée ne comporte ni mention, ni – *a fortiori* – motivation du caractère substantiel de l'irrégularité reprochée à l'offre de la requérante :

« Pour les articles concernés par la demande de meilleure offre, avec un MOQ imposé, vous n'avez remis aucune offre, or les MOQ que vous proposiez pour ces articles ne correspondaient pas aux MOQ souhaités par la SNCB et n'étaient pas adaptés aux besoins des différents produits : votre offre a donc été déclarée irrégulière comme indiqué dans la décision motivée officielle (…) ».

Au regard de ce premier grief, le moyen est sérieux en tant qu'il critique la décision d'attribution des 23 lots pour lesquels la requérante n'a pas déposé une troisième offre adaptée aux « MOQ » communiqués.

S'agissant du deuxième grief, formulé à l'encontre de la décision attaquée en tant que celle-ci considère que, pour 62 des lots, l'offre de la requérante n'est pas la plus avantageuse sur le plan économique, les seules indications sont, d'une part, celle du courrier de communication aux termes de laquelle « les critères d'attribution n'étaient pas en votre faveur » et une mention de « 89 % » contenue dans l'annexe à la décision attaquée, mention qui – toujours selon le courrier de

communication – refléterait « le rapport entre le budget de la meilleure offre sur votre offre ». Même à pouvoir les prendre en considération au titre du courrier de communication de la décision attaquée, ces seules indications – qui ne rendent nullement compte d'une comparaison des offres par lot et ne permettent pas d'identifier l'offre en comparaison de laquelle est établi le pourcentage mis en évidence par la partie adverse – ne servent en rien la motivation formelle de l'acte attaqué, à la lecture duquel la requérante ne peut être en mesure de comprendre ce qui a déterminé la partie adverse à considérer que – pour les lots concernés – son offre n'était pas la plus avantageuse.

Le moyen est également sérieux au regard de ce deuxième grief, en tant qu'il dénonce l'illégalité de la décision d'attribution des 62 lots pour lesquels la partie adverse considère comme moins avantageuse l'offre de la requérante.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. Suspension de l'exécution de l'acte attaqué

Au vu du caractère sérieux du premier moyen, il y a lieu d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision attaquée en ce qu'elle attribue les 59 lots pour lesquels la requérante a été invitée à déposer une troisième offre, soit les 23 lots pour lesquels son offre a été jugée irrégulière (106, 117, 138, 144, 153, 155, 185, 194, 195, 197, 199, 200, 203, 208, 211, 217, 233, 259, 260, 267, 272, 277, 281) et les 36 lots pour lesquels elle avait été invitée à déposer une troisième offre bien qu'elle n'avait pas déposé de première ni de seconde offre pour ces lots (424, 82, 86, 89, 91, 94, 99, 45, 109, 48, 120, 125, 129, 57, 141, 148, 162, 165, 206, 223, 231, 238, 247, 258, 264, 270, 282, 360, 61, 62, 416, 30, 49, 327, 405, 411).

Au vu du caractère sérieux du deuxième moyen, il y a lieu d'ordonner la suspension de l'exécution de la décision attaquée en ce qu'elle considère irrégulière l'offre de la requérante pour les 23 lots attribués précités (106, 117, 138, 144, 153, 155, 185, 194, 195, 197, 199, 200, 203, 208, 211, 217, 233, 259, 260, 267, 272, 277, 281) et en ce qu'elle considère que l'offre de la requérante ne propose pas le meilleur prix pour 62 lots attribués à un concurrent (107, 122, 126, 130, 132, 143, 154, 157, 161, 163, 164, 173, 174, 177, 179, 182, 184, 186, 187, 191, 196, 198, 205, 207, 210, 215, 219, 220, 221, 224, 225, 226, 227, 232, 234, 240, 241, 243, 244, 245,

247, 249, 251, 254, 255, 256, 257, 261, 262, 263, 265, 266, 269, 271, 273, 275, 276, 278, 280, 285, 296, 297).

IX. Confidentialité

La requérante demande que soient maintenues confidentielles sa première offre et sa BAFO, identifiées comme étant les pièces A et B de son dossier.

La partie adverse formule la même demande, pour les pièces 9 à 11, 13 à 15, 21, 22, 26, 30, 35 et 38 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 1er.

La suspension de l'exécution de la décision « d'attribuer et de conclure un marché avec l'opérateur économique SKF pour un montant total de 21.086.000 M € et pour une durée de 8 ans et d'attribuer et de conclure un marché avec l'opérateur économique [S.] pour un montant total de 21.086.000 M € et pour une durée de 8 ans » est ordonnée, en tant que cette décision porte sur l'attribution des lots :

- 106, 117, 138, 144, 153, 155, 185, 194, 195, 197, 199, 200, 203, 208, 211, 217, 233, 259, 260, 267, 272, 277, 281 (23 lots).
- 424, 82, 86, 89, 91, 94, 99, 45, 109, 48, 120, 125, 129, 57, 141, 148, 162, 165, 206, 223, 231, 238, 247, 258, 264, 270, 282, 360, 61, 62, 416, 30, 49, 327, 405, 411 (36 lots).
- 107, 122, 126, 130, 132, 143, 154, 157, 161, 163, 164, 173, 174, 177, 179, 182, 184, 186, 187, 191, 196, 198, 205, 207, 210, 215, 219, 220, 221, 224, 225, 226, 227, 232, 234, 240, 241, 243, 244, 245, 247, 249, 251, 254, 255, 256, 257, 261, 262, 263, 265, 266, 269, 271, 273, 275, 276, 278, 280, 285, 296, 297 (62 lots).

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A et B du dossier de la requérante, ainsi que 9 à 11, 13 à 15, 21, 22, 26, 30, 35 et 38 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 6 février 2024, par la VI[e] chambre du Conseil d'État siégeant en référé composée de :

David De Roy,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba,	greffière.

La Greffière,	Le Président,
Nathalie Roba	David De Roy