

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LA PRÉSIDENTE DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n° 260.520 du 22 août 2024

A. 242.649/VI-23.104

En cause : **la société à responsabilité limitée SAFE & SOUND,**
ayant élu domicile chez
M^e Charles-Henri DE LA VALLÉE POUSSIN, avocat,
chaussée de Charleroi 112
1060 Bruxelles,

contre :

la société à responsabilité limitée LA SAMBRIENNE,
ayant élu domicile chez
M^{es} Gauthier ERVYN et Marie-Cécile FLAMENT, avocats,
avenue Herrmann-Debroux 40
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 5 août 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- « 1° la décision – de date inconnu – par laquelle la partie adverse a déclaré irrégulière l'offre de la requérante pour le marché public de services portant la référence PA24005 et ayant pour objet la location et à la maintenance des appareils de lutte contre l'incendie ainsi que de leurs accessoires ;
- 2° la décision – adoptée vraisemblablement le 18 juillet 2024 – par laquelle la partie adverse a décidé de ne pas attribuer le marché et de le relancer en procédure concurrentielle avec négociation ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 août 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 août 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^{me} Anne-Françoise Bolly, présidente de chambre, a exposé son rapport.

M^e Charles-Henri de La Vallée Poussin, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Marie-Cécile Flament et Gauthier Ervyn, avocats, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

1. Le 12 avril 2024, la Sambrienne publie un avis de marché public de service relatif à l'entretien du matériel de lutte contre l'incendie, régi par un cahier spécial des charges (ci-après «CSC») portant la référence PA24005. La procédure de passation choisie est celle de la procédure ouverte.

L'inventaire récapitulatif des postes des services comporte notamment les postes relatifs à la location d'extincteurs (poste n° 1.....), à la maintenance et l'entretien du matériel (postes n° 2.....) et aux dépannages hors maintenance et entretien (postes n° 3.....). Dans cette dernière rubrique est prévu un poste n° 3.52 pour le remplacement des attaches de fixation d'acier pour extincteur 6 et 9 kg.

2. Le 24 avril 2024, la requérante remet offre.

3. Les offres sont ouvertes le 15 mai 2024.

Lors de l'analyse des offres, la partie adverse constate que la requérante a notamment libellé dans son offre pour le poste n° 3.52, un montant de 0 €.

4. Par courriel du 21 mai 2024, la partie adverse interroge la requérante sur plusieurs prix, comme suit :

« Cher Monsieur [S.],

Je vous contacte dans le cadre du marché de services relatif à la location et à la maintenance des appareils de lutte contre l'incendie ainsi que de leurs accessoires (PA24005).

Afin de justifier l'acceptation de votre offre et s'assurer que toutes les offres reçues peuvent être dûment comparées et conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, nous vous demandons de nous expliquer et motiver votre prix unitaire pour les postes suivants :

- Extincteur à poudre ABC - 6 Kg (n° 2.1) ;
- Prise d'eau DSP45/70 sur colonne sèche (hydrant) (n° 2.15) ;
- Taux horaire main d'œuvre pour travail en régie (par 15 minutes) (n° 3.28) ;
- Attache/fixation d'acier pour extincteur 6 et 9 Kg (n° 3.52).

Je vous remercie de me faire parvenir ces informations par retour de mail, pour le 27 mai 2024 au plus tard. [...] ».

5. Par courriel du 24 mai 2024, la requérante répond notamment ce qui suit :

« [...]

Suite à votre demande mail du 21 mai 2024, nous vous remettons ci-dessous nos motivations concernant les différents points demandés suite à notre remise de prix dans le cadre du marché d'entretien du matériel de lutte contre l'incendie.

[...]

Point n° 3.52 : Attache/fixation acier pour extincteur 6 et 9 kg au prix de 0,00 € htva

Soit : a : fait partie des consommable et compris dans le poste fourniture des extincteurs ».

6. Le 18 juin 2024, la partie adverse invite, dans un premier courriel, la requérante à compléter le DUME et à lui envoyer un extrait de casier judiciaire et, dans un second courriel, à justifier d'un prix anormalement bas et, plus particulièrement, du poste n° 3.52, sur la base de l'article 36, §§ 2 et 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il est notamment précisé ce qui suit :

« Lors de la vérification des prix, un prix unitaire nous paraît anormalement bas, par rapport aux services à prester, à savoir le poste n° 3.52 : attache/fixation d'acier pour extincteur 6 et 9 Kg.

Par voie de conséquence, nous vous prions de bien vouloir nous communiquer la justification écrite nécessaire sur la composition du prix en question dans un délai de 12 jours calendrier suivant la date de la présente lettre.

Conformément à l'article 36, § 2 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, les justifications concernent :

- 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.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications vous incombe, en tant que soumissionnaire.

Si, après l'examen de ces justifications, il apparaît que le prix unitaire est effectivement anormal ou à défaut de justification dans le délai imparti, l'offre sera déclarée irrégulière. Nous vous souhaitons bonne réception de la présente et vous prions de croire, Monsieur [S.], en l'expression de nos sentiments distingués ».

7. Par un courrier du 20 juin 2024, la requérante justifie le prix proposé pour ce poste dans les termes suivants :

« Suite à votre demande du 18 juin 2024, nous vous remettons ci-dessous la justification demandée concernant le poste n° 3.52 : attache/fixation d'acier pour extincteurs 6 à 9 Kg.

Nous justifions le prix remis de : 0,00 € pour le poste n° 3.52 par les motifs suivants :

- Les attaches sont considérées vu leurs faibles coût d'achat comme un consommable.
- Dans le cas d'un extincteur neuf l'attache est comprise dans le prix de l'extincteur.
- Les attaches manquantes seront remplacées lors soit lors du contrôle de base ou avancé ou également lors de toutes autres interventions nécessaires, d'où un coût de main d'œuvre et de déplacement considéré comme nul ».

8. Le 8 juillet 2024, la requérante transmet à la partie adverse le DUME complété, ainsi qu'un extrait de casier judiciaire.

9. Le 18 juillet 2024, la partie adverse après avoir sélectionné trois offres, dont celle de la requérante, prend la décision suivante :

- elle écarte les offres des soumissionnaires au motif qu'elles sont toutes entachées d'une irrégularité substantielle ;
- elle renonce à l'attribution du marché et décide de relancer le marché par une procédure concurrentielle avec négociation avec l'ensemble des soumissionnaires sélectionnés ;
- elle « procède directement à la régularisation des offres des opérateurs économiques dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociation étant donné qu'aucune modification n'est à apporter aux conditions du marché et que leurs offres sont sélectionnées sur base d'une procédure ouverte avec publicité européenne ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

10. Le 23 juillet 2024, la partie adverse envoie à la requérante un courriel auquel est joint un courrier du 19 juillet 2024 notamment libellé comme suit :

« Conformément à l'article 8 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, nous vous informons que le marché précité n'a pas pu être attribué par notre société faute d'offre régulière.

Dès lors, nous vous inviterons prochainement à participer à une nouvelle procédure passée via procédure concurrentielle avec négociation en vue de vous permettre de régulariser votre offre.

Vous trouverez ci-dessous les motifs ayant rendu votre offre irrégulière extrait de la décision motivée :

6.3 Vérification des prix

Conformément à l'article 35 de l'AR du 18/04/2017, il a été procédé au contrôle des prix.

La vérification du prix global et des prix unitaires se fait par comparaison des offres régulières et de l'estimation.

SAFE AND SOUND :

L'adjudicateur interroge sur base de l'article 35 de l'AR du 18/04/2017, le soumissionnaire pour différents postes :

- Poste n° 2.1 : extincteur à poudre ABC – 6 Kg ;
- Poste n° 2.15 : prise d'eau DSP45/70 sur colonne sèche (hydrant) ;
- Poste n° 3.28 : taux horaire main d'œuvre pour travail en régie (par 15 minutes) ;
- Poste n° 3.52 : attache/fixation d'acier pour extincteur 6 et 9 Kg.

Le soumissionnaire a répondu dans le délai imparti. Sur base des éléments communiqués, les prix unitaires des trois premiers postes sont cohérents.

Cependant, en ce qui concerne le poste n° 3.52 « Attache/fixation d'acier pour extincteur 6 et 9 kg », celui-ci reprend un montant de 0 €. L'adjudicateur a invité le soumissionnaire, en date du 18 juin 2024, à justifier son prix sur base de l'article 36 de la loi du 17 juin 2016.

En date du 20 juin 2024, SAFE AND SOUND a justifié le prix comme suit :

“ Nous justifions le prix remis de : 0,00 € pour le poste n° 3.52 pour les motifs suivants :

- Les attaches sont considérées vu leurs faibles coût d'achat comme un consommable.
- Dans le cas d'un extincteur neuf l'attache est comprise dans le prix de l'extincteur.
- Les attaches manquantes seront remplacées lors soit lors du contrôle de base ou avancé ou également lors de toutes autres interventions nécessaires, d'où un coût de main d'œuvre et de déplacement considéré comme nul”.

Faisant suite à l'analyse de la justification transmise ci-dessus, la société opère une confusion entre les postes en intégrant dans l'un des coûts prévus par le pouvoir adjudicateur dans un autre.

Par conséquent, la justification fournie n'est pas considérée comme suffisante pour lever le soupçon d'anormalité du poste.

De plus, le fait de rendre un prix à 0 € ne permet pas à l'adjudicateur de comparer les offres sur une même base, étant donné que les autres soumissionnaires ont remis un prix pour ce poste.

Dès lors, l'offre est entachée d'une irrégularité substantielle, étant donné que l'adjudicataire n'a pas respecté les exigences reprises dans les documents du marché, conformément à l'article 76 § 1, al. 4, 3° de l'AR du 18/04/2017. L'analyse du soumissionnaire s'arrête à ce stade.

Vu ce qui précède, le Directeur-gérant de la slsp La Sambrienne sise boulevard Jacques Bertrand 48 à 6000 Charleroi décide :

- De sélectionner l'offre du soumissionnaire SAFE AND SOUND comme motivé dans le présent rapport d'analyse des offres.
- D'écarter l'offre du soumissionnaire SAFE AND SOUND laquelle est entachée d'une irrégularité substantielle, conformément à l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017, comme motivé dans le présent rapport d'analyse des offres ».

11. Par un courrier recommandé électronique du 2 août 2024, la partie adverse communique à la requérante, en réponse à la demande formulée la veille par celle-ci de recevoir une copie de la décision prise le 18 juillet, les informations suivantes :

« Monsieur D.,

Veillez trouver ci-joint l'avis de non-attribution amendé des mentions visant la renonciation à l'attribution du présent marché ainsi que de sa relance en procédure concurrentielle avec négociation.

Un nouveau délai de *standstill* est dès lors appliqué afin de vous permettre d'introduire un éventuel recours. Ceci ne modifie en rien l'invitation que vous avez reçue à déposer offre dans le cadre de la procédure mentionnée ci-avant.

Conformément à l'article 8 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, nous vous informons que le marché précité n'a pas pu être attribué par notre société faute d'offre régulière.

Vous trouverez ci-dessous les motifs ayant rendu votre offre irrégulière extrait de la décision motivée :

6.3 Vérification des prix

Conformément à l'article 35 de l'AR du 18/04/2017, il a été procédé au contrôle des prix.

La vérification du prix global et des prix unitaires se fait par comparaison des offres régulières et de l'estimation.

SAFE AND SOUND :

L'adjudicateur interroge sur base de l'article 35 de l'AR du 18/04/2017, le soumissionnaire pour différents postes :

- Poste n° 2.1 : extincteur à poudre ABC – 6 Kg ;
- Poste n° 2.15 : prise d'eau DSP45/70 sur colonne sèche (hydrant) ;
- Poste n° 3.28 : taux horaire main d'œuvre pour travail en régie (par 15 minutes) ;
- Poste n° 3.52 : attache/fixation d'acier pour extincteur 6 et 9 Kg.

Le soumissionnaire a répondu dans le délai imparti. Sur base des éléments communiqués, les prix unitaires des trois premiers postes sont cohérents.

Cependant, en ce qui concerne le poste n°3.52 « Attache/fixation d'acier pour extincteur 6 et 9 kg », celui-ci reprend un montant de 0 €. L'adjudicateur a invité le soumissionnaire, en date du 18 juin 2024, à justifier son prix sur base de l'article 36 de la loi du 17 juin 2016.

En date du 20 juin 2024, SAFE AND SOUND a justifié le prix comme suit :

“ Nous justifions le prix remis de : 0,00 € pour le poste n°3.52 pour les motifs suivants :

- Les attaches sont considérées vu leurs faibles coût d'achat comme un consommable.
- Dans le cas d'un extincteur neuf l'attache est comprise dans le prix de l'extincteur.
- Les attaches manquantes seront remplacées lors soit lors du contrôle de base ou avancé ou également lors de toutes autres interventions nécessaires, d'où un coût de main d'œuvre et de déplacement considéré comme nul”.

Faisant suite à l'analyse de la justification transmise ci-dessus, la société opère une confusion entre les postes en intégrant dans l'un des coûts prévus par le pouvoir adjudicateur dans un autre.

Par conséquent, la justification fournie n'est pas considérée comme suffisante pour lever le soupçon d'anormalité du poste.

De plus, le fait de rendre un prix à 0 € ne permet pas à l'adjudicateur de comparer les offres sur une même base, étant donné que les autres soumissionnaires ont remis un prix pour ce poste.

Dès lors, l'offre est entachée d'une irrégularité substantielle, étant donné que l'adjudicataire n'a pas respecté les exigences reprises dans les documents du marché, conformément à l'article 76 § 1, al. 4, 3° de l'AR du 18/04/2017. L'analyse du soumissionnaire s'arrête à ce stade.

Vu ce qui précède, le Directeur-gérant de la slsp La Sambrienne sise boulevard Jacques Bertrand 48 à 6000 Charleroi décide :

- De sélectionner l'offre du soumissionnaire SAFE AND SOUND comme motivé dans le présent rapport d'analyse des offres.
- D'écarter l'offre du soumissionnaire SAFE AND SOUND laquelle est entachée d'une irrégularité substantielle, conformément à l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017, comme motivé dans le présent rapport d'analyse des offres ;
- De renoncer à l'attribution du marché de services visant « ENTRETIEN DU MATERIEL DE LUTTE CONTRE L'INCENDIE », et ce conformément à l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 étant donné que toutes les offres reçues pour ce marché sont chacune entachées d'une irrégularité substantielle.
- De relancer le présent marché public via une procédure concurrentielle avec négociation conformément à l'article 38, § 1^{er}, 2°, de la loi du 17 juin 2016 avec l'ensemble des soumissionnaires sélectionnés ; (...) ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

IV.1.1. La requête

La requérante prend un premier moyen de :

- « - La violation des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- La violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet relative à la motivation formelle des actes administratifs ;
- La violation des articles 35, 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
- La violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de transparence, du principe de proportionnalité et des principes de bonne administration, notamment du devoir de minutie ;
- L'erreur dans les motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ».

Elle développe son moyen en trois branches.

Elle résume sa première branche comme suit :

- « La requérante reproche à la partie adverse d'avoir conclu – dans un premier motif – à l'anormalité du prix du poste 3.52 « Attache/fixation d'acier pour extincteur 6 à 9 kg » sans s'être prononcée sur le caractère négligeable du poste concerné. En effet, une offre ne peut être écartée en raison du caractère anormal du prix d'un ou plusieurs de ses postes que si ce ou ces postes présentent un caractère non négligeable. Or, il ne ressort pas des motifs du premier acte attaqué qui ont été notifiés à la requérante, que la partie adverse aurait analysé le caractère non négligeable du poste litigieux. En outre, compte tenu du caractère rudimentaire et peu complexe des fournitures qui en font l'objet, ce poste devait, de toute évidence, être considéré comme négligeable ».

Elle résume sa deuxième branche dans les termes suivants :

- « La requérante reproche à la partie adverse d'avoir considéré – dans un deuxième motif – qu'il lui était impossible d'effectuer une comparaison des offres, en raison du fait que la requérante aurait remis un prix de 0 € pour le poste 3.52 « Attache/fixation d'acier pour extincteur 6 et 9 kg ». La partie adverse justifie notamment cette impossibilité par le fait que les autres soumissionnaires auraient, eux, remis un prix pour ce poste. Ce motif est erroné car une comparaison avec une offre comportant un prix de 0 € est possible, dans la mesure où ce prix peut être additionné avec celui des autres postes ».

Elle résume sa troisième branche comme suit :

- « La requérante reproche à la partie adverse d'avoir déclaré – dans un troisième motif – son offre entachée d'une irrégularité substantielle. Cela en raison du fait qu'elle n'aurait pas respecté les exigences reprises dans les documents du marché, conformément à l'article 76, § 1, al. 4, 3° de l'Arrêté Royal du 18/04/2017. Or, l'acte attaqué ne mentionne aucunement la disposition des documents du marché que l'offre de la requérante méconnaîtrait ».

IV.1.2. La note d'observations

À titre liminaire, la partie adverse soutient que le moyen est irrecevable en ce qu'il ne développe pas de griefs de la violation des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ni de la violation du principe d'égalité de

traitement entre les soumissionnaires, du principe de transparence, du principe de proportionnalité et des principes de bonne administration, notamment du devoir de minutie.

Elle répond ensuite aux trois branches du moyen ensemble.

Elle indique tout d'abord qu'elle retient les deux motifs d'irrégularité de l'offre suivants pour conclure que cette offre « ne respecte pas les documents du marché, au sens de l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3°, de l'AR du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics » :

- « la confusion opérée par la requérante entre les postes qui intègre dans l'un, les coûts prévus dans un autre poste, ce qu'elle a estimé insuffisant pour lever le soupçon d'anormalité du poste » ;
- « l'impossibilité de comparer l'offre de la requérante aux offres des autres soumissionnaires qui ont remis un prix pour le poste n° 3.52 ».

Elle rappelle la teneur des articles 28, 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et se réfère notamment aux arrêts n° 235.628, du 19 août 2016 et n°249.335 du 24 décembre 2020.

Elle affirme que ses motifs précités sont exacts et pertinents dès lors que le coût de chacun des postes doit être distinct, conformément à l'inventaire qu'elle a établi et que l'offre de la requérante n'a pu être comparée à celles des autres soumissionnaires qui contiennent un prix pour le poste n° 3.52. Sur ce dernier point, elle affirme que proposer un prix à zéro pour un poste aboutit à une rupture d'égalisé avec les autres soumissionnaires qui ont respecté, dans la fixation de leurs prix, la valeur intrinsèque de chaque poste unitaire. Elle considère que l'impossibilité de comparer l'offre atteint également tous les autres postes de l'offre de la requérante qui intègrent le prix du pose n° 3.52. Elle ajoute que « la requérante n'offre pas un service gratuit, elle crée une confusion entre les postes de l'inventaire, ce qui empêche la comparaison des offres ». Elle rappelle encore qu'elle dispose d'un large pouvoir d'appréciation de la pertinence des justifications et, par la suite, de la régularité de l'offre, et affirme n'avoir pas commis d'erreur manifeste à cet égard.

Elle est d'avis que la requérante a pu comprendre à la lecture des motifs de rejet de la justification avancée, l'irrégularité constatée et l'empêchement de la comparabilité des offres sur une même base, ce que l'article 76 de l'arrêté royal

précité qualifie d'irrégularité substantielle. Elle en déduit que sa décision est formellement motivée et que ses motifs sont pertinents et adéquats.

Selon elle, l'examen de la motivation de la décision attaquée « qui confirme que l'offre de la requérante a été écartée sur la base de l'article 76 de l'AR du 18 avril 2017 rend inutile l'examen de l'absence de motivation du caractère (non -) négligeable du poste n° 3.52 de l'inventaire », dans la mesure où « l'irrégularité retenue n'est pas un prix anormal mais le non-respect des documents du marché, à savoir l'inventaire » « qui rend impossible la comparaison des offres des soumissionnaires ». Elle conclut qu'elle ne devait pas vérifier le caractère (non-) négligeable du poste n° 3.52 avant de déclarer l'offre irrégulière pour non-respect des documents du marché.

IV.2. Examen

L'article 36, §§ 1^{er} à 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme il suit :

« § 1^{er}. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers [...]

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long [...]

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

Les justifications concernent notamment :

- 1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services ;
- 2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services ;
- 3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire ;
- 4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

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

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

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

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

- 1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée ;
- 2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et

écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée ;
3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal ».

Le rapport au Roi joint à l'arrêté royal du 18 avril 2017 apporte notamment les précisions suivantes :

« De plus, l'alinéa 5 du paragraphe 2 prévoit expressément que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter formellement à fournir des justifications concernant les prix pour des postes d'une importance négligeable. Il peut en effet être présumé que ceux-ci n'auront aucune influence, en raison de leur caractère négligeable. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur procéderait malgré tout à un examen des prix des postes négligeables dans le cadre de marchés qui contiennent par exemple plusieurs prix considérés comme anormaux et qu'il apparaîtrait que les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité, l'offre pourrait toujours être considérée comme régulière. En effet, il est clarifié au paragraphe 3 que l'offre doit uniquement être rejetée dans deux hypothèses : en raison du caractère anormal du montant total de l'offre et/ou en raison du caractère anormal d'un ou plusieurs poste(s) non négligeable(s). Il n'a pas été donné suite à la remarque du Conseil d'État d'insérer des exemples pratiques dans le rapport au Roi. Le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné ».

L'article 76, §§ 1^{er} à 3, de l'arrêté royal précité dispose comme il suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle. Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;
2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;
3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

§ 2. L'offre qui n'est affectée que d'une ou de plusieurs irrégularités non substantielles qui, même cumulées ou combinées, ne sont pas de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, n'est pas déclarée nulle.

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

En vertu des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, la motivation dont doit faire l'objet

chaque acte administratif consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait qui ont déterminé son adoption.

L'article 4, alinéa 1^{er}, 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 dispose notamment comme suit :

« Dans le cadre de la passation d'un marché, l'autorité adjudicatrice rédige une décision motivée : [...] 7° lorsqu'elle décide, dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, de ne pas sélectionner un participant ou de rejeter un participant dont l'offre indicative n'est pas conforme aux documents du marché ; 8° lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure ; 9° lorsqu'elle renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché. En ce qui concerne les décisions mentionnées à l'alinéa 1^{er}, 1° à 3°, les motifs de la décision doivent exister au moment où celle-ci est prise mais la décision formelle motivée peut cependant être rédigée a posteriori, lors de l'établissement de la prochaine décision visée à l'alinéa 1^{er}, 4°, 5°, 6°, 8° ou 9°, selon le cas ».

La loi du 17 juin 2013 ne déroge pas à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'autorité est tenue, doit notamment permettre aux destinataires d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont ils peuvent disposer.

En l'espèce, il ressort de l'acte attaqué que la décision de déclarer l'offre de la requérante irrégulière comporte trois motifs déterminants qui la justifient, chacun isolément.

Sur la première branche

Il résulte de l'article 36 de l'arrêté royal précité que, pour les postes non négligeables, le pouvoir adjudicateur est tenu de demander les justifications des prix qui lui paraissent anormaux et, s'il n'accepte pas les justifications reçues, d'écarter l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Le pouvoir adjudicateur ne dispose alors d'aucun pouvoir d'appréciation. En revanche, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables, mais peut toutefois y procéder. Un tel choix relève de son pouvoir d'appréciation. De plus, en énonçant que lorsque le pouvoir adjudicateur procède « malgré tout » à un examen des prix des postes négligeables, l'offre « pourrait toujours être considérée comme régulière » s'il apparaît que « les prix constatés sont

anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité », le rapport au Roi laisse entendre qu'il s'agit d'une faculté et que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de considérer comme régulière une offre qui contient des postes négligeables présentant des prix anormaux. Dans une telle hypothèse, il incombe au pouvoir adjudicateur de déterminer, en exerçant un pouvoir d'appréciation, si cette offre doit, pour ce motif, être déclarée nulle en application de l'article 76, § 3, de l'arrêté royal précité.

Comme les règles de contrôle des prix diffèrent selon que les postes concernés sont négligeables ou ne le sont pas, le pouvoir adjudicateur doit vérifier s'ils présentent ce caractère. L'arrêté royal précité n'impose toutefois aucun ordre à respecter dans les opérations à effectuer. Une demande de justification de prix ne signifie pas nécessairement que le poste concerné est considéré comme non négligeable. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut décider d'interroger un soumissionnaire sur tous postes des prix qui lui paraissent anormaux et ensuite vérifier si ces postes sont négligeables ou ne le sont pas.

Le pouvoir adjudicateur n'est, par ailleurs, pas tenu au respect de critères déterminés lorsqu'il s'agit de juger du caractère négligeable ou non des postes de l'offre. À cet égard, le rapport au Roi précédant l'arrêté royal précité précise qu'il n'a pas été donné suite à une observation de la section de législation du Conseil d'État, qui proposait d'illustrer la notion de « postes négligeables » par des exemples, car « le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné ». Le pouvoir adjudicateur dispose donc d'un pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur quant à ce, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, la partie adverse indique dans la décision attaquée qu'elle a interrogé la requérante notamment quant au poste n° 3.52 de son offre pour lequel celle-ci a indiqué un prix de 0 euros puis considère, au vu des justifications fournies par la requérante, que celle-ci « opère une confusion entre les postes en intégrant dans l'un des coûts prévus par le pouvoir adjudicateur dans un autre » et que la justification fournie pour ce poste « n'est pas considérée comme suffisante pour lever le soupçon d'anormalité du poste ». Ce faisant, la partie adverse motive sa décision de ne pas considérer l'offre de la requérante comme régulière en raison du prix anormalement bas du poste visé, en application de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relative à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, même si elle ne se réfère pas expressément à cette disposition.

Or, la décision qui écarte une offre en raison du caractère anormal du prix d'un poste doit montrer que le pouvoir adjudicateur a vérifié si le poste en cause est négligeable ou non. La qualification du caractère négligeable ou non négligeable d'un poste sert de fondement à la décision d'écarter l'offre pour ce motif. Si cette qualification n'est pas indiquée dans l'acte, une étape du raisonnement du pouvoir adjudicateur n'est pas exprimée et la décision d'écartement est affectée d'un vice de motivation formelle.

En l'espèce, aucun motif de la décision attaquée ou du rapport d'examen des offres auquel il est référé ne révèle ce nécessaire examen du caractère négligeable ou non du poste n° 3.52. En outre, ni la décision attaquée, ni le rapport d'examen des offres, ne contiennent d'explications sur la méthode choisie par la partie adverse pour déterminer si un poste doit être considéré comme étant non négligeable.

Il en résulte que la première branche du premier moyen apparaît sérieuse.

Sur les deuxième et troisième branches

Il ressort de l'article 76 précité qu'est substantielle notamment l'irrégularité qui est de nature à empêcher la comparaison de l'offre d'un soumissionnaire aux autres offres. Par ailleurs, sont réputées substantielles non seulement les irrégularités portant sur le non-respect des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché mais aussi celles portant sur le non-respect des exigences minimales. Il en résulte qu'une exigence peut ne pas être expressément indiquée comme étant substantielle dans les documents du marché mais constituer néanmoins une exigence minimale, dont le non-respect aura pour conséquence d'entacher l'offre d'une irrégularité substantielle.

Hormis les hypothèses où les documents du marché indiquent expressément qu'il s'agit d'une exigence minimale ou substantielle, une disposition a ce caractère lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle peut avoir pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché.

Par ailleurs, l'obligation de motivation formelle, à laquelle la partie adverse est tenue en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le

moyen, 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, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Ces motifs doivent reposer sur les éléments du dossier administratif. 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. L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise.

Au titre de cette obligation de motivation formelle, le pouvoir adjudicateur, confronté à une offre qui lui apparaît déroger aux documents du marché, ne peut se limiter à constater cette dérogation. Il doit se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité. Pour motiver la qualification d'irrégularité substantielle, le pouvoir adjudicateur doit nécessairement faire apparaître la raison pour laquelle il estime devoir retenir le caractère essentiel de la disposition des documents du marché à laquelle l'offre déroge, lorsqu'un tel caractère ne lui est pas expressément reconnu par ces documents.

En l'espèce, la partie adverse considère notamment dans la décision attaquée que l'offre de la requérante est entachée d'une irrégularité qui peut être rattachée à un type d'irrégularité réputée substantielle, à savoir n'avoir « pas respecté les exigences reprises dans les documents du marché », et se réfère expressément à l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o, précité.

Elle reste cependant en défaut de préciser quelles sont « les exigences reprises dans les documents du marché » que méconnaîtrait l'offre de la requérante, et plus fondamentalement les exigences minimales ou ayant un caractère substantiel, auxquelles l'article 76, § 1^{er}, alinéa 4, 3^o, conditionne la présomption d'irrégularité substantielle.

Si l'inventaire peut être qualifié de document essentiel du marché, il ne constitue pas pour autant en lui-même et de manière abstraite, une exigence minimale ou une exigence qualifiée de substantielle ou essentielle. La décision attaquée ne motive pas davantage ce caractère essentiel dans la décision. Les précisions apportées par la partie adverse dans sa note d'observations, à les supposer fondées, ne peuvent motiver *a posteriori* la décision attaquée, laquelle apparaît lacunaire sur ce point.

Quant au motif de l'acte attaqué selon lequel « le fait de rendre un prix à 0 € ne permet pas à l'adjudicateur de comparer les offres sur une même base, étant donné que les autres soumissionnaires ont remis un prix pour ce poste », force est de

constater que le cahier spécial des charges prévoit un critère d'attribution portant sur le prix, lequel repose sur une évaluation et une comparaison du prix global total remis par chaque soumissionnaire pour l'ensemble des postes. Le prix remis par les soumissionnaires pour le poste n° 3.52 de l'inventaire ne fait donc pas l'objet d'une évaluation et d'une comparaison particulière au regard d'un critère spécifique d'attribution. En l'absence d'un tel critère, le motif précité de la décision attaquée ne permet pas de comprendre la raison pour laquelle la partie adverse considère que l'offre de la requérante méconnaît une exigence essentielle du cahier spécial des charges de nature à empêcher la comparaison de l'offre d'un soumissionnaire aux autres offres.

Il résulte de ce qui précède que les deuxième et troisième branches apparaissent sérieuses.

Le premier moyen est sérieux en chacune de ses branches.

V. Second moyen

V.1. Thèses des parties

V.1.1. La requête

La requérante prend un second moyen de :

- « - La violation des articles 4 et 38 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;
- La violation de l'article 4 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 ;
- La violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ;
- La violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et du devoir de minutie ;
- L'erreur dans les motifs, l'erreur manifeste d'appréciation et l'excès de pouvoir ».

Elle résume son moyen comme suit :

- « La requérante reproche à la partie adverse d'avoir renoncé à attribuer le marché et d'avoir relancé une nouvelle procédure de passation au motif que la précédente procédure n'aurait donné lieu à aucune offre régulière. En effet, la requérante avait en effet bel et bien remis une offre régulière ».

V.1.2. La note d'observations

À titre liminaire, la partie adverse constate que le moyen est irrecevable en ce qu'il ne développe pas de griefs de la violation de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ni de la violation du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de transparence, du principe de proportionnalité et des principes de bonne administration, notamment du devoir de minutie.

Elle rappelle ensuite que la décision de renoncer à une procédure d'attribution d'un marché et d'en recommencer une nouvelle relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur qui fait ce choix en opportunité, lequel ne peut être censuré qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation.

Elle s'interroge également sur l'intérêt au moyen de la requérante à poursuivre l'annulation d'une décision de relancer un marché par procédure concurrentielle avec négociation « alors qu'elle a été invitée à y participer ce qui lui permet de corriger son offre déclarée irrégulière ».

Elle affirme que dès lors qu'aucune offre n'était régulière, elle pouvait actionner la procédure prévue à l'article 38 et relancer un nouveau marché.

V.2. Examen

Il ressort de l'examen du premier moyen que la décision par laquelle la partie adverse estime l'offre de la requérante comme étant irrégulière est entachée d'illégalité. Par conséquent, le motif de la décision de renoncer à attribuer le marché et de relancer une procédure concurrentielle avec négociation, à savoir qu'aucune offre régulière et acceptable n'a été présentée, est entaché de la même illégalité. Par ailleurs, la requérante a un intérêt à ce moyen, dès lors que l'illégalité qu'elle y dénonce est de nature à la léser en l'empêchant de se voir attribuer le marché passé en procédure ouverte sans passer par une nouvelle mise en concurrence avec les autres soumissionnaires.

Le second moyen est sérieux.

VI. 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'emporterait sur ses avantages.

VII. Confidentialité

Dans sa note d'observations, la partie adverse demande la confidentialité des pièces 9 à 33, 34 à 52, 53 à 70, 72 à 79 et enfin 87 à 124, aux motifs qu'il s'agit des offres des soumissionnaires et des échanges relatifs aux vérifications des prix.

À la suite d'une mesure d'instruction du membre de l'Auditorat désigné pour connaître de ce recours, elle a « levé » la confidentialité des pièces 72 et 73, soit la décision attaquée et le rapport d'analyse des offres. Elle a communiqué ces deux actes à la requérante, le 13 août.

Dans sa requête, la requérante sollicite la confidentialité de son offre, déposée en pièce jointe et dans le dossier administratif.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du 18 juillet 2024 par laquelle la partie adverse a, d'une part, déclaré irrégulière l'offre de la requérante pour le marché public de services portant la référence PA24005 et ayant pour objet la location et à la maintenance des appareils de lutte contre l'incendie ainsi que de leurs accessoires et a, d'autre part, décidé de ne pas attribuer le marché et de le relancer en procédure concurrentielle avec négociation.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 9 à 33, 34 à 52, 53 à 70, 74 à 79 et 87 à 124 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles, de même que l'offre de la requérante jointe à sa requête.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 22 août 2024, par la VI^e chambre des vacations du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Anne-Françoise Bolly,	présidente de chambre,
Valérie Vanderpère,	greffière.

La Greffière,

La Présidente,

Valérie Vanderpère

Anne-Françoise Bolly