



## Recueil de la jurisprudence

ARRÊT DU TRIBUNAL (troisième chambre)

4 juillet 2017<sup>1</sup>

« Marchés publics de services — Procédure d'appel d'offres — Prestation de services externes en vue du développement de systèmes d'information pour l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer — Classement de l'offre d'un soumissionnaire — Rejet de l'offre d'un soumissionnaire — Obligation de motivation — Offre anormalement basse »

Dans l'affaire T-392/15,

**European Dynamics Luxembourg SA**, établie à Luxembourg (Luxembourg),

**Evropaïki Dynamiki – Proigmaena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE**, établie à Athènes (Grèce),

**European Dynamics Belgium SA**, établie à Bruxelles (Belgique),

représentées initialement par M<sup>es</sup> I. Ampazis, M. Sfyri, C.-N. Dede et D. Papadopoulou, puis par M<sup>es</sup> Sfyri, Dede et Papadopoulou, avocats,

parties requérantes,

contre

**Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer**, représentée initialement par M. J. Doppelbauer, puis par M. G. Stärkle et M<sup>me</sup> Z. Pyloridou, en qualité d'agents, assistés de M<sup>e</sup> V. Christianos, avocat,

partie défenderesse,

ayant pour objet une demande fondée sur l'article 263 TFUE et tendant à l'annulation de la décision de l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer portant classement des offres soumises par les requérantes pour les lots 1 et 2 du marché ERA/2015/01/OP « ESP EISD 5 – Marché de services externes en vue du développement de systèmes d'information pour [celle-ci] »,

LE TRIBUNAL (troisième chambre),

composé de MM. S. Frimodt Nielsen, président, V. Kreuschitz (rapporteur) et M<sup>me</sup> N. Póltorak, juges,

greffier : M. E. Coulon,

rend le présent

<sup>1</sup> — Langue de procédure : le grec.

## Arrêt

### Antécédents du litige

- 1 Le 28 mai 2013, l'avis de marché ERA/2013/16/RSU/OP « ESP EISD 4 » (ci-après le « marché ESP EISD 4 ») a été publié au Supplément au *Journal officiel de l'Union européenne* (JO 2013/S 101-172115). Ledit marché avait pour objet une procédure ouverte pour la prestation de services externes en vue du développement de systèmes d'information pour l'Agence ferroviaire européenne (ERA), devenue l'Agence de l'Union européenne pour les chemins de fer (ci-après l'« Agence »). Il se composait de trois lots et avait pour critère d'attribution le meilleur rapport qualité-prix. Pour chacun des lots du marché, l'Agence conclurait un contrat-cadre avec les trois candidats dont les offres seraient classées en tête et procéderait à la conclusion de contrats avec chacun d'entre eux pendant la durée d'exécution du contrat-cadre.
- 2 Le 16 septembre 2013, les requérantes, European Dynamics Luxembourg SA, Evropaiki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE et European Dynamics Belgium SA, ont soumis, pour chacun des trois lots du marché ESP EISD 4, une offre.
- 3 Le 12 septembre 2014, l'Agence a notifié aux requérantes que, pour chacun des trois lots du marché ESP EISD 4, leur offre avait été classée en première position et qu'elle leur offrirait un contrat-cadre pour chacun de ces lots.
- 4 Le 14 octobre 2014, l'Agence a notifié aux requérantes sa décision d'annuler le marché ESP EISD 4, au motif qu'il manquait une formule mathématique permettant de procéder à l'évaluation financière des offres. Le 29 octobre 2014, cette décision a été publiée dans le Supplément au Journal officiel.
- 5 Le 14 octobre 2014, les requérantes ont contesté les motifs de la décision de l'Agence annulant l'attribution du marché ESP EISD 4. Le 13 novembre 2014, l'Agence a répondu à cette contestation en précisant que ladite décision avait été prise parce que le cahier des charges du marché en cause ne précisait pas la pondération, exprimée en pourcentage, des niveaux d'expertise. Elle a également indiqué qu'un nouvel avis de marché serait publié et qu'il clarifierait la formule retenue pour évaluer financièrement les offres.
- 6 Le 13 novembre 2014, les requérantes ont à nouveau contesté le motif d'annulation du marché ESP EISD 4. Le 10 décembre 2014, l'Agence a répondu à cette contestation et, le 15 décembre 2014, elle a transmis aux requérantes une version publique du rapport d'évaluation relatif audit marché.
- 7 Le 28 janvier 2015, l'avis de marché ERA/2015/01/OP « ESP EISD 5 – Marché de services externes en vue du développement de systèmes d'information pour l'[Agence] » (ci-après le « marché ESP EISD 5 ») a été publié au Supplément au Journal officiel (JO 2015/S 019-029728). Ledit marché avait pour objet une procédure ouverte pour la prestation de services externes en vue du développement de systèmes d'information pour l'Agence. Il se composait de trois lots et avait pour méthode d'attribution le meilleur rapport qualité-prix. Pour chacun des lots de ce marché, l'Agence conclurait un contrat-cadre avec les trois candidats dont les offres étaient classées en tête. La date limite pour le dépôt des offres dans le cadre de l'appel d'offres était fixée au 6 mars 2015 et les requérantes ont soumis leurs offres en tant que consortium dans ce délai.
- 8 Le 8 mai 2015, l'Agence a communiqué aux requérantes sa décision de classer leur offre portant sur le lot 1 du marché ESP EISD 5, intitulé « Développement de systèmes d'information sur site sur la base du temps et des moyens alloués (y compris études et assistance) » (ci-après le « lot 1 »), en deuxième position (ci-après la « première décision attaquée »).

- 9 Le 11 mai 2015, les requérantes ont soumis à l'Agence une demande d'informations supplémentaires concernant l'attribution du lot 1 aux soumissionnaires dont les offres avaient été classées en première et en troisième positions.
- 10 Le 20 mai 2015, l'Agence a répondu à cette demande. Dans sa réponse, elle a donné des informations concernant l'offre ayant été classée en première position et celle des requérantes. Elle a indiqué que le comité d'évaluation avait classé l'offre du consortium Nextera1 en première position avec 56 points sur 60 à l'issue de l'évaluation technique et 38,78 points sur 40 à l'issue de l'évaluation financière. Quant à l'offre des requérantes, elle a été classée en deuxième position avec 57 points sur 60 à l'issue de l'évaluation technique et 35,46 points sur 40 à l'issue de l'évaluation financière.
- 11 Le 8 juillet 2015, les requérantes ont demandé et reçu une copie du rapport d'évaluation concernant le lot 1.
- 12 Le 1<sup>er</sup> juillet 2015, l'Agence a communiqué aux requérantes sa décision de classer leur offre portant sur le lot 2 du marché ESP EISD 5, intitulé « Développement de systèmes d'information hors site (y compris études et assistance) » (ci-après le « lot 2 »), en septième position et dès lors de la rejeter (ci-après la « seconde décision attaquée »).
- 13 Le 2 juillet 2015, les requérantes ont demandé des informations supplémentaires sur l'attribution du lot 2 aux trois soumissionnaires dont les offres ont été retenues.
- 14 Le 7 juillet 2015, l'Agence a répondu à cette demande en transmettant un extrait du rapport du comité d'évaluation contenant notamment les informations relatives aux offres ayant été retenues pour le lot 2. En particulier, l'offre d'Intrasoft avait été classée en première position avec 51 points sur 60 à l'issue de l'évaluation technique et 39,04 points sur 40 à l'issue de l'évaluation financière. L'offre d'Atos Belgium avait été classée en deuxième position avec 48,5 points sur 60 à l'issue de l'évaluation technique et 40 points sur 40 à l'issue de l'évaluation financière. L'offre du consortium Nextera2 avait été classée en troisième position avec 52,5 points sur 60 à l'issue de l'évaluation technique et 32,53 points sur 40 à l'issue de l'évaluation financière. Quant à l'offre des requérantes, elle a obtenu 52 points sur 60 à l'issue de l'évaluation technique et 26,23 points sur 40 à l'issue de l'évaluation financière.
- 15 Le 8 juillet 2015, les requérantes ont envoyé à l'Agence une lettre dans laquelle elles alléguaient que celle-ci avait commis plusieurs irrégularités affectant les décisions attaquées. Elles ont notamment considéré que les soumissionnaires dont les offres avaient été retenues pour les lots 1 et 2 avaient réduit de façon irrégulière leurs prix afin de gagner un avantage compétitif. Elles ont également indiqué qu'elles ne comprenaient pas comment l'Agence pouvait accepter de tels prix, qui étaient artificiellement bas, et qu'elles regrettaient que l'Agence ait décidé d'accepter ces prix sans enquête ou explication.

### **Procédure et conclusions des parties**

- 16 Par requête déposée au greffe du Tribunal le 17 juillet 2015, les requérantes ont introduit le présent recours contre les décisions attaquées.
- 17 Le 23 juillet 2015, les requérantes ont indiqué à l'Agence qu'elles n'avaient pas reçu de réponse à leur lettre du 8 juillet 2015, rappelé qu'elles estimaient que les offres retenues étaient anormalement basses et indiqué qu'elles avaient introduit un recours contre les décisions attaquées.
- 18 Le 24 juillet 2015, l'Agence a répondu à la lettre des requérantes du 8 juillet 2015 en contestant les griefs avancés par celles-ci.

- 19 Le 27 juillet 2015, les requérantes ont contesté les arguments de l'Agence avancés dans sa lettre du 24 juillet 2015.
- 20 Le 29 juillet 2015, la requête des requérantes a été notifiée à l'Agence par le greffe du Tribunal.
- 21 Par acte séparé déposé au greffe du Tribunal le 15 octobre 2015, l'Agence a soulevé une exception d'irrecevabilité au titre de l'article 130 du règlement de procédure du Tribunal, au motif que le recours des requérantes contre la seconde décision attaquée serait irrecevable.
- 22 Le même jour, l'Agence a déposé au greffe du Tribunal le mémoire en défense.
- 23 Par acte séparé déposé au greffe du Tribunal le 26 novembre 2015, l'Agence a avancé de nouveaux arguments et produit une nouvelle offre de preuve.
- 24 Le 22 février 2016, les requérantes ont déposé au greffe du Tribunal la réplique, dans laquelle elles ont formulé leurs observations sur le mémoire en défense, sur l'exception d'irrecevabilité ainsi que sur les nouveaux arguments et les nouvelles preuves avancés par l'Agence.
- 25 Le 21 avril 2016, l'Agence a déposé au greffe du Tribunal la duplique.
- 26 Les requérantes concluent à ce qu'il plaise au Tribunal :
- rejeter l'exception d'irrecevabilité ;
  - annuler les décisions attaquées ;
  - rejeter les moyens nouveaux et les éléments de preuve nouveaux déposés par l'Agence dans son mémoire du 26 novembre 2015 ;
  - condamner l'Agence à leurs dépens.
- 27 L'Agence conclut à ce qu'il plaise au Tribunal :
- déclarer le recours irrecevable en ce qu'il porte sur la seconde décision attaquée ;
  - si le recours devait être considéré comme recevable dans son intégralité, rejeter le recours comme non fondé dans son intégralité ;
  - retirer l'annexe C 4 du dossier devant le Tribunal et ne pas tenir compte des arguments des requérantes fondés sur cette annexe ;
  - condamner les requérantes aux dépens.
- 28 Par ordonnance du Tribunal (quatrième chambre) du 21 juillet 2016, l'exception d'irrecevabilité a été jointe au fond et les dépens ont été réservés.
- 29 La composition des chambres du Tribunal ayant été modifiée, en application de l'article 27, paragraphe 5, du règlement de procédure, le juge rapporteur a été affecté à la troisième chambre, à laquelle la présente affaire a, par conséquent, été attribuée.
- 30 Sur rapport du juge rapporteur, le Tribunal (troisième chambre) a décidé, en l'absence de demande de fixation d'une audience par les parties et en application de l'article 106, paragraphe 3, du règlement de procédure, de statuer sans phase orale de la procédure. Le Tribunal a en effet estimé qu'il était suffisamment éclairé par les pièces du dossier pour statuer sans poursuivre la procédure.

## En droit

### *Sur la recevabilité*

#### *Sur la recevabilité du recours contre la seconde décision attaquée*

- 31 L'Agence estime que le présent recours est irrecevable en qu'il est dirigé contre la seconde décision attaquée au motif que les requérantes n'auraient plus d'intérêt à demander l'annulation de cette décision en ce que celle-ci serait entachée d'un défaut de motivation. Elle soutient que, dans sa lettre du 24 juillet 2015, elle a fourni aux requérantes des clarifications quant aux motifs pour lesquels elle avait estimé que les offres retenues n'apparaissaient pas anormalement basses. Ces clarifications auraient été fournies après le 17 juillet 2015, date de l'introduction du recours des requérantes, mais avant le 11 septembre 2015, date où expirerait le délai de recours contre la seconde décision attaquée. Partant, d'après l'Agence, entre les 24 juillet et 11 septembre 2015, les requérantes auraient pu introduire un recours devant le Tribunal en connaissance de cette motivation et auraient pu exercer leurs droits de la défense. En choisissant de ne pas faire usage de cette possibilité, elle estime que les requérantes ont privé le recours de son effet utile et perdu leur intérêt à agir.
- 32 En outre, d'après l'Agence, les requérantes n'ont pas prouvé que, au moment de l'introduction du recours, l'annulation de la seconde décision attaquée aurait pu leur procurer un bénéfice par son objet et son résultat. À l'appui de cet argument, elle observe, d'une part, que les requérantes n'étaient pas contraintes d'introduire un recours contre la seconde décision attaquée le 17 juillet 2015, car le délai de recours contre cette décision n'expirait pas juste après cette date, et, d'autre part, qu'il n'y avait pas un défaut « total » de motivation de cette décision qui les empêchait d'exercer leurs droits.
- 33 Les requérantes contestent ne plus avoir d'intérêt à agir contre la seconde décision attaquée. Elles estiment que, à la date du dépôt de leur recours, les motifs des décisions attaquées n'abordaient pas la question du caractère anormalement bas des offres retenues et qu'elles étaient en droit d'exercer un recours contre lesdites décisions sans attendre le dernier moment précédant l'expiration du délai de recours. En tout état de cause, elles considèrent que la lettre de l'Agence du 24 juillet 2015 ne fournit aucune information sur la vérification des offres retenues afin d'établir qu'elles n'étaient pas anormalement basses.
- 34 Le Tribunal rappelle que l'intérêt à agir constitue la condition essentielle et première de tout recours en justice (arrêts du 17 septembre 2015, *Mory e.a./Commission*, C-33/14 P, EU:C:2015:609, point 58, et du 10 avril 2013, *GRP Security/Cour des comptes*, T-87/11, non publié, EU:T:2013:161, point 44). Il doit, au vu de l'objet du recours, exister au stade de l'introduction de celui-ci sous peine d'irrecevabilité (arrêt du 7 juin 2007, *Wunenburger/Commission*, C-362/05 P, EU:C:2007:322, point 42).
- 35 Un recours en annulation intenté par une personne physique ou morale n'est recevable que dans la mesure où cette personne a un intérêt à voir annuler l'acte attaqué. Un tel intérêt suppose que l'annulation de l'acte attaqué soit susceptible, par lui-même, d'avoir des conséquences juridiques et que le recours puisse ainsi, par son résultat, procurer un bénéfice à la partie qui l'a intenté (ordonnance du 5 mars 2009, *Commission/Provincia di Imperia*, C-183/08 P, non publiée, EU:C:2009:136, point 19 ; arrêt du 17 septembre 2015, *Mory e.a./Commission*, C-33/14 P, EU:C:2015:609, point 55 ; ordonnance du 30 avril 2007, *EnBW Energie Baden-Württemberg/Commission*, T-387/04, EU:T:2007:117, point 96, et arrêt du 22 mai 2012, *Evropaïki Dynamiki/Commission*, T-17/09, non publié, EU:T:2012:243, point 117).
- 36 Un tel intérêt doit perdurer jusqu'au prononcé de la décision juridictionnelle sous peine de non-lieu à statuer (voir arrêts du 7 juin 2007, *Wunenburger/Commission*, C-362/05 P, EU:C:2007:322, point 42 et jurisprudence citée, et du 17 septembre 2015, *Mory e.a./Commission*, C-33/14 P, EU:C:2015:609, point 57 et jurisprudence citée). Cette exigence garantit en effet, au niveau procédural, que, dans

l'intérêt d'une bonne administration de la justice, le Tribunal ne soit pas saisi de demandes d'avis ou de questions purement théoriques (voir, en ce sens, arrêt du 19 juin 2009, *Socratec/Commission*, T-269/03, non publié, EU:T:2009:211, point 36).

- 37 En l'espèce, la seconde décision attaquée faisait grief aux requérantes au moment de l'introduction du recours, car, dans ladite décision, l'Agence rejetait leur offre pour le lot 2 et l'attribuait à trois autres soumissionnaires. Une annulation de cette décision aurait pour résultat que l'Agence serait en principe conduite à apprécier à nouveau l'offre des requérantes, ce qui est susceptible de leur procurer un bénéfice, dès lors qu'il ne saurait, notamment, être exclu que, au terme d'une nouvelle appréciation, le lot 2 puisse être attribué aux requérantes. Par ailleurs, une annulation de cette décision pourrait amener l'Agence à apporter, à l'avenir, des modifications appropriées aux procédures d'appel d'offres (voir, en ce sens, arrêt du 23 mai 2014, *European Dynamics Luxembourg/BCE*, T-553/11, non publié, EU:T:2014:275, point 95 et jurisprudence citée). Partant, les requérantes avaient un intérêt à agir contre la seconde décision attaquée au moment de l'introduction du recours et ce dernier était dès lors recevable.
- 38 Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence citée au point 36 ci-dessus, l'intérêt à agir doit perdurer tout au long de l'instance et la perte de cet intérêt en cours d'instance n'entraîne non pas l'irrecevabilité du recours, mais un non-lieu à statuer. En vertu de l'article 130, paragraphe 2, du règlement de procédure, une partie peut demander que le Tribunal constate qu'il n'y a plus lieu de statuer. De plus, l'article 131, paragraphe 2, dudit règlement permet au Tribunal de constater d'office un non-lieu à statuer en cas d'absence de réponse d'un requérant aux sollicitations du Tribunal.
- 39 Pour autant que l'exception d'irrecevabilité soulevée par l'Agence puisse être regardée comme une demande de non-lieu à statuer, il convient de constater que c'est à tort que l'Agence allègue que les requérantes ont perdu leur intérêt à agir au motif que le 24 juillet 2015, soit après le 17 juillet 2015, date de l'introduction du recours qui portait exclusivement sur un défaut de motivation, mais avant le 11 septembre 2015, date de l'expiration du délai de recours, elles avaient reçu une motivation complète de la part de l'Agence quant au caractère non anormalement bas des offres retenues, mais qu'elles n'avaient pas contesté le bien-fondé de celles-ci avant l'expiration du délai de recours.
- 40 En effet, indépendamment de la question de savoir si l'Agence pouvait valablement fournir des motifs de la seconde décision attaquée après l'introduction du recours par les requérantes contre ladite décision, encore faut-il que la motivation fournie par l'Agence le 24 juillet 2015 soit effectivement conforme à l'article 296, deuxième alinéa, TFUE. Or, saisi d'un recours en annulation contre une décision de l'Agence, il appartient au Tribunal et non à l'Agence de décider du caractère suffisant de la motivation contenue dans ladite décision.
- 41 De plus, dans la mesure où l'Agence fait dépendre l'intérêt à agir des requérantes du bien-fondé de leurs griefs, il convient de rappeler que, pour qu'une partie ait un intérêt à agir, il est nécessaire, mais suffisant, que, par son résultat, le recours en annulation introduit devant le juge de l'Union européenne soit susceptible de procurer un bénéfice à la partie qui l'a intenté (arrêt du 17 septembre 2015, *Mory e.a./Commission*, C-33/14 P, EU:C:2015:609, point 76). L'intérêt à agir des requérantes ne dépend donc pas du bien-fondé de leur grief. En l'espèce, à supposer que la seconde décision soit entachée d'un défaut de motivation, ce défaut est susceptible d'entraîner l'annulation de ladite décision, ce qui, pour les raisons indiquées au point 37 ci-dessus, est susceptible de procurer un bénéfice aux requérantes.
- 42 Enfin, l'Agence allègue à tort que les requérantes n'ont pas contesté les motifs contenus dans sa lettre du 24 juillet 2015. En effet, dans la réplique, les requérantes contestent expressément le caractère adéquat de la motivation contenue dans ladite lettre. La circonstance que cette contestation n'a pas eu lieu dans le délai de recours est indifférente pour l'appréciation de l'intérêt à agir des requérantes, dès lors que cet intérêt ne s'apprécie ni par rapport à l'expiration dudit délai ni par rapport au bien-fondé des griefs avancés.

- 43 Pour l'ensemble des motifs qui précèdent, les arguments de l'Agence fondés sur la prétendue absence d'intérêt à agir des requérantes doivent être rejetés.

*Sur la recevabilité du mémoire complémentaire de l'Agence du 26 novembre 2015*

- 44 Le 26 novembre 2015, l'Agence a déposé un mémoire faisant état du fait que, le 30 octobre 2015, elle avait adopté la décision d'attribution du lot 3 du marché ESP EISD 5. Elle estime que ce fait nouveau démontre que les requérantes allèguent à tort que les entreprises participant à l'appel d'offres pour le marché ESP EISD 4 connaissaient avec précision leurs offres de prix dans ladite procédure. Selon l'Agence, ce mémoire est recevable, car il contient des « moyens nouveaux » et des preuves nouvelles. Les requérantes ne contestent pas la recevabilité de ce mémoire, mais le bien-fondé des arguments qui y sont avancés.
- 45 L'article 84, paragraphe 1, et l'article 85, paragraphes 2 et 3, du règlement de procédure permettent, d'une part, la production de moyens nouveaux en cours d'instance à condition qu'ils se fondent sur des éléments de droit ou de fait qui se sont révélés pendant la procédure et, d'autre part, la présentation de preuves tardives à condition qu'elles soient justifiées. En l'espèce, la décision d'attribution du lot 3 du marché ESP EISD 5 a été adoptée le 30 octobre 2015. Elle constitue un élément qui s'est révélé pendant la procédure. Le mémoire du 26 novembre 2015 et la production des preuves en cause doivent donc être déclarées recevables (voir, par analogie, arrêt du 29 octobre 2015, Vanbreda Risk & Benefits/Commission, T-199/14, EU:T:2015:820, points 58 à 62).

*Sur la recevabilité de l'annexe C 4*

- 46 L'Agence estime que l'annexe C 4 de la réplique, qui contient une copie du rapport du comité d'évaluation de l'Agence européenne des médicaments (EMA) afférent au marché public en cause dans l'arrêt du 15 octobre 2013, European Dynamics Belgium e.a./EMA (T-638/11, non publié, EU:T:2013:530), est irrecevable en application de l'ordonnance du 15 octobre 2009, Hangzhou Duralamp Electronics/Conseil (T-459/07, EU:T:2009:403), et du point 25 des dispositions pratiques d'exécution du règlement de procédure du Tribunal (JO 2015, L 152, p. 1). Selon l'Agence, les requérantes détiennent ce document parce qu'elles ont été parties à l'affaire ayant donné lieu audit arrêt. Elles n'auraient cependant pas apporté la preuve qu'elles avaient demandée et obtenu la permission de l'EMA pour produire cette pièce de procédure dans la présente affaire. L'Agence demande que, en application de l'article 130, paragraphe 1, du règlement de procédure, l'annexe C 4 soit retirée du dossier de la présente affaire et qu'il ne soit pas tenu compte des arguments avancés par les requérantes au point 36 de la réplique en rapport avec cette annexe.
- 47 Les requérantes n'ont pas pris position sur la recevabilité de l'annexe C 4, dès lors que l'Agence a soulevé son irrecevabilité dans la duplique.
- 48 À cet égard, il convient de rappeler que le point 25 des dispositions pratiques d'exécution du règlement de procédure prévoit qu'un acte de procédure et ses annexes produits dans une affaire, versés au dossier de cette dernière, ne peuvent pas être pris en compte pour les besoins de la mise en état d'une autre affaire. Cette disposition régit dès lors la mise en état d'une affaire devant et par le Tribunal dans l'exercice de son pouvoir d'organisation de la procédure. L'annexe C 4 a été soumise par les requérantes comme offre de preuve et non comme un document visant à mettre en état leur dossier à la suite d'une demande en ce sens de la part du Tribunal. Partant, l'invocation du point 25 des dispositions pratiques d'exécution du règlement de procédure est inopérante pour apprécier la recevabilité de l'annexe C 4.
- 49 Par ailleurs, en ce que l'Agence invoque l'ordonnance du 15 octobre 2009, Hangzhou Duralamp Electronics/Conseil (T-459/07, EU:T:2009:403), à l'appui de son argument selon lequel l'annexe C 4 serait irrecevable, il importe de rappeler que le principe qui prévaut en droit de l'Union en matière de

preuve est celui de la libre administration des preuves (arrêts du 25 janvier 2007, *Dalmine/Commission*, C-407/04 P, EU:C:2007:53, point 63, et du 12 juin 2015, *Health Food Manufacturers' Association e.a./Commission*, T-296/12, EU:T:2015:375, point 42).

- 50 Le principe de la libre administration des preuves implique pour le Tribunal que le seul critère pertinent pour apprécier les preuves produites réside dans leur crédibilité (arrêts du 25 janvier 2007, *Dalmine/Commission*, C-407/04 P, EU:C:2007:53, point 63, et du 19 décembre 2013, *Siemens e.a./Commission*, C-239/11 P, C-489/11 P et C-498/11 P, non publié, EU:C:2013:866, point 128).
- 51 Le principe de la libre administration des preuves a pour corollaire celui de la liberté de la preuve (voir, en ce sens, arrêt du 14 décembre 2005, *General Electric/Commission*, T-210/01, EU:T:2005:456, point 297), qui confère aux parties la possibilité de produire devant le juge de l'Union tout élément de preuve obtenu de façon régulière qu'elles estiment pertinent pour étayer leurs positions. Cette liberté de la preuve contribue à garantir aux parties un droit à un recours effectif, consacré à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.
- 52 Les principes de la libre administration de la preuve et de la liberté de la preuve doivent cependant se concilier avec les principes fondamentaux du droit de l'Union tels que ceux du droit à un procès équitable et d'égalité des armes.
- 53 Ainsi, la libre administration de la preuve doit se concilier avec le droit pour chaque partie de défendre ses intérêts indépendamment de toute influence extérieure, notamment de la part du public, et d'être protégée contre l'usage inapproprié de ses pièces de procédure (voir, en ce sens, arrêt du 17 juin 1998, *Svenska Journalistförbundet/Conseil*, T-174/95, EU:T:1998:127, points 135 et 136).
- 54 Il appartient donc au Tribunal d'apprécier le caractère approprié de l'usage qui est fait par une partie d'une pièce de procédure provenant d'une autre affaire.
- 55 Il découle du principe de la liberté de la preuve qu'une partie devant le Tribunal est, en principe, en droit d'invoquer comme preuve des pièces produites au cours d'une autre procédure judiciaire à laquelle elle était elle-même partie. Si ladite partie a eu accès à ces pièces de façon régulière et qu'elles ne sont pas confidentielles, la bonne administration de la justice ne s'oppose, en principe, pas à leur production devant le Tribunal. Ainsi, la Cour a jugé qu'une partie à une procédure devant elle ne pouvait demander le retrait d'une pièce de procédure si cette pièce de procédure avait déjà été produite par ladite partie dans une autre procédure opposant les mêmes parties (voir, en ce sens, ordonnance du 15 mai 1991, *Weddel/Commission*, C-54/90, non publiée, points 1 à 5).
- 56 En outre, l'accord de la partie dont émane la pièce de procédure ne peut pas constituer la condition préalable à la recevabilité d'une pièce provenant d'une autre affaire devant le Tribunal. En effet, si l'accord de la partie dont émane la pièce peut être un élément pertinent pour apprécier le caractère approprié de son usage, imposer que cet accord soit obtenu préalablement à sa production devant le Tribunal sous peine d'irrecevabilité confère à la partie dont elle émane le pouvoir de l'exclure en privant le Tribunal de la possibilité de se prononcer sur le caractère approprié de son usage et, partant, de satisfaire à son obligation d'offrir à chaque partie une possibilité raisonnable de présenter sa cause, y compris ses preuves, dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire, qui est à la base du principe d'égalité des armes (voir, en ce sens, arrêt du 6 novembre 2012, *Otis e.a.*, C-199/11, EU:C:2012:684, point 71). Il appartient donc au Tribunal, dans chaque cas, de mettre en balance, d'une part, la liberté de la preuve et, d'autre part, la protection contre l'usage inappropriée des pièces de procédure de parties à des procédures judiciaires.
- 57 En l'espèce, l'annexe C 4 produite par les requérantes contient une copie du rapport du comité d'évaluation de l'EMA, adopté dans le contexte de la procédure de passation de marché ayant la référence EMA-2011-05-DV, laquelle est expurgée des noms de certains sous-contractants et des noms des membres du comité d'évaluation.

- 58 Les requérantes ont eu accès au rapport du comité d'évaluation en cause, parce qu'elles ont soumis une offre pour l'obtention du marché public ayant la référence EMA-2011-05-DV. À la suite de la décision de l'EMA d'attribuer ce marché à un autre soumissionnaire et de rejeter leur offre, les requérantes ont introduit un recours devant le Tribunal qui a donné lieu à l'arrêt du 15 octobre 2013, *European Dynamics Belgium e.a./EMA* (T-638/11, non publié, EU:T:2013:530).
- 59 Il ressort de l'arrêt du 15 octobre 2013, *European Dynamics Belgium e.a./EMA* (T-638/11, non publié, EU:T:2013:530), que le rapport du comité d'évaluation en cause a constitué une pièce de procédure versée au dossier de cette affaire. Le Tribunal y fait référence notamment aux points 31, 34 et 37 dudit arrêt.
- 60 Par ailleurs, dans l'arrêt du 15 octobre 2013, *European Dynamics Belgium e.a./EMA* (T-638/11, non publié, EU:T:2013:530), le Tribunal indique que le rapport du comité d'évaluation en cause a été communiqué aux requérantes par l'EMA avant qu'elles aient intenté un recours contre les décisions de l'EMA d'attribuer ce marché à un autre soumissionnaire et de rejeter leur offre. En effet, ainsi qu'il ressort du point 11 dudit arrêt, par courrier du 20 octobre 2011, l'EMA a transmis aux requérantes une copie dudit rapport, expurgée des noms des membres du comité d'évaluation, et les noms des trois soumissionnaires dont les offres avaient été retenues. Ce rapport faisait partie de la motivation de la décision adoptée par l'EMA d'attribuer le marché à un autre soumissionnaire que les requérantes. Sur la base du même rapport, les requérantes ont pu apprécier s'il convenait d'attaquer en justice la décision d'attribution prise par l'EMA, ce qu'elles ont fait le 12 décembre 2011 en introduisant un recours devant le Tribunal.
- 61 Ainsi, les requérantes détiennent le rapport du comité d'évaluation en cause en raison du fait qu'elles ont soumis une offre à la suite d'un appel d'offres concernant un marché public organisé par l'EMA et que, en tant que soumissionnaire évincé, elles ont demandé les motifs du rejet de leur offre. Partant, les requérantes ont obtenu ce rapport de façon régulière.
- 62 Le fait que le rapport du comité d'évaluation en cause a ensuite constitué une pièce de procédure dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt du 15 octobre 2013, *European Dynamics Belgium e.a./EMA* (T-638/11, non publié, EU:T:2013:530), et que les requérantes n'ont pas obtenu l'accord de la part de l'EMA pour l'utiliser dans la présente affaire ne permet pas de qualifier son usage d'inapproprié. En effet, outre le fait que les requérantes ont obtenu ce rapport de manière régulière, il convient de constater que les données et les appréciations de l'EMA contenues dans ledit rapport ne peuvent être considérées comme confidentielles à l'égard de l'Agence. Par ailleurs, au vu du contenu de ce document et de la liberté de la preuve des requérantes, l'EMA ne pouvait valablement refuser qu'il soit divulgué à l'Agence dans le cadre de la présente procédure. Il s'ensuit que l'accord de l'EMA pour l'utilisation de ce document dans la présente affaire n'était pas requis. Par conséquent, rejeter comme irrecevable la production de l'annexe C 4 serait contraire à la bonne administration de la justice en ce qu'un tel rejet limiterait, sans juste motif, la liberté de la preuve des requérantes.
- 63 Pour les motifs qui précèdent, l'annexe C 4 doit être déclarée recevable.

*Sur la recevabilité des arguments des requérantes contenus dans leurs réponses quant à la tenue d'une audience*

- 64 Par courrier du 7 juin 2016, les requérantes ont indiqué qu'elles ne sollicitaient pas la tenue d'une audience, mais qu'elles se déclaraient disponibles pour y participer si le Tribunal décidait d'organiser une audience. Elles ont justifié leur choix de ne pas demander une audience en attirant l'attention du Tribunal sur certains points de la duplique.

- 65 Par courrier du 7 juin 2016, l'Agence a indiqué qu'elle s'en remettait à la décision du Tribunal quant à la tenue d'une éventuelle audience. Par ailleurs, par courrier du 28 juin 2016, elle a estimé que les requérantes avaient présenté des moyens nouveaux dans leurs observations sur la tenue d'une audience du 7 juin 2016. À titre principal, elle a demandé que ladite lettre soit renvoyée aux requérantes en précisant qu'elle était inacceptable et que le Tribunal ne tienne pas compte des moyens qui y sont contenus. À titre subsidiaire, elle a demandé de pouvoir répondre à ces moyens soit par écrit soit lors de l'audience si le Tribunal décidait d'en tenir une.
- 66 Le Tribunal observe que les arguments avancés par les requérantes dans leur lettre du 7 juin 2016 constituent les motifs de leur absence de demande de tenir une audience. Ces motifs ne contiennent pas d'arguments nouveaux par rapport à ceux qui ont déjà été avancés par les requérantes dans la requête et la réplique. L'Agence n'expose pas à suffisance sur quelle base elle affirme que les requérantes ont présenté des moyens autonomes en réaction à ses arguments repris dans la duplique.
- 67 Par conséquent, il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de l'Agence de considérer la lettre des requérantes du 7 juin 2016 comme irrecevable ni à celle de lui donner la possibilité d'y répondre. En outre, dès lors que les arguments avancés par les requérantes dans leur lettre du 7 juin 2016 constituent uniquement des motifs justifiant leur absence de demande de tenir une audience, le Tribunal ne tiendra pas compte de ces motifs lors de son appréciation du moyen unique avancé par les requérantes, tiré de la violation, par l'Agence, de son obligation de motivation.

### *Sur le fond*

#### *Introduction*

- 68 À l'appui du recours, les requérantes invoquent un moyen unique, tiré de la violation par l'Agence de son obligation de motivation. Elles estiment, en substance, que les décisions attaquées complétées par le compte rendu du comité d'évaluation sont entachées d'un défaut de motivation en ce qui concerne la question de savoir si les offres retenues pour chacun des lots en cause présentaient un « caractère excessivement bas ».
- 69 À l'appui du moyen unique, les requérantes allèguent que les marchés ESP EISD 4 et ESP EISD 5 avaient le même objet et une description similaire des différents lots et que les soumissionnaires dans le cadre de l'appel d'offres concernant le marché ESP EISD 5 connaissaient précisément les prix qu'elles avaient proposés dans le cadre de l'appel d'offres concernant le marché ESP EISD 4. L'application inversée de la formule mathématique d'évaluation financière des offres prévue dans l'appel d'offres concernant le marché ESP EISD 4 combinée à une série d'hypothèses raisonnables observées sur le marché permettrait aux soumissionnaires de comprendre les prix utilisés par leurs concurrents. Les soumissionnaires dont les offres ont été retenues pour les lots 1 et 2 du marché ESP EISD 5 auraient anormalement réduit leurs prix par rapport à ceux qu'ils avaient proposés dans les profils correspondant de l'appel d'offres concernant le marché ESP EISD 4. Lesdits soumissionnaires auraient procédé de la sorte afin de contrebalancer le manque de qualité de leurs offres techniques et de voir leurs offres être classées en meilleure position pour lesdits lots. Les requérantes invoquent à cet égard certaines offres des soumissionnaires en cause. D'après les requérantes, l'Agence devait donc motiver pour quelle raison les offres retenues n'étaient pas anormalement basses et une telle motivation impliquait qu'elle expose le raisonnement au terme duquel, d'une part, elle a conclu que, par leurs caractéristiques principalement financières, de telles offres respectaient notamment la législation du pays dans lequel les services devraient être exécutés, en matière de rémunération du personnel, de contribution au régime de sécurité sociale et de respect des normes de sécurité et de santé au travail, et, d'autre part, elle a vérifié que les prix proposés intégraient tous les coûts induits par les aspects techniques des offres retenues. Or, aucun document fourni par l'Agence n'aurait fait référence à la question des offres anormalement basses. Partant, l'Agence aurait violé son obligation de motivation et les décisions attaquées devraient être annulées.

- 70 L'Agence conteste avoir violé son obligation de motivation. Elle estime que les informations communiquées aux requérantes respectaient les critères établis par la jurisprudence en matière d'obligation de motivation. Les requérantes n'auraient démontré ni pour quelle raison, en l'espèce, l'examen des offres anormalement basses constituait un élément obligatoire de la motivation des décisions attaquées ni pour quelle raison les offres financières des soumissionnaires retenus apparaissaient anormalement basses.
- 71 Au vu de ces arguments, il importe, dans un premier temps, de rappeler la portée de l'obligation de motivation à laquelle l'Agence est tenue en tant que pouvoir adjudicateur, dans un deuxième temps, de préciser la portée des règles régissant les offres anormalement basses et, dans un troisième temps, de vérifier si, en l'espèce, l'Agence a respecté son obligation de motivation.

*Sur la portée de l'obligation de motivation de l'Agence en tant que pouvoir adjudicateur*

- 72 Selon l'article 41, paragraphe 2, point c), de la charte des droits fondamentaux, l'administration a l'obligation de motiver ses décisions. Cette obligation de motivation implique, selon une jurisprudence bien établie, que, conformément à l'article 296, deuxième alinéa, TFUE, l'auteur d'un acte doit faire apparaître d'une façon claire et non équivoque le raisonnement sous-tendant ledit acte, de façon, d'une part, à permettre aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de faire valoir leurs droits et, d'autre part, à permettre au juge d'exercer son contrôle (arrêts du 25 février 2003, Strabag Benelux/Conseil, T-183/00, EU:T:2003:36, point 55 ; du 24 avril 2013, Evropaïki Dynamiki/Commission, T-32/08, non publié, EU:T:2013:213, point 37, et du 28 juin 2016, AF Steelcase/EUIPO, T-652/14, non publié, EU:T:2016:370, point 43).
- 73 L'obligation de motivation se définit ainsi par sa fonction, à savoir permettre aux intéressés de faire valoir leurs droits et au juge d'exercer son contrôle. Elle participe à garantir une protection juridictionnelle effective (voir arrêt du 20 septembre 2011, Evropaïki Dynamiki/BEI, T-461/08, EU:T:2011:494, point 122 et jurisprudence citée).
- 74 Il s'ensuit que la question de savoir si l'obligation de motivation a été respectée doit, en principe, être appréciée en fonction des éléments d'information dont les requérantes disposaient, au plus tard, au moment de l'introduction du recours (voir, en ce sens, arrêts du 25 février 2003, Renco/Conseil, T-4/01, EU:T:2003:37, point 96 ; du 19 avril 2012, Evropaïki Dynamiki/Commission, T-49/09, non publié, EU:T:2012:186, point 36 ; du 21 février 2013, Evropaïki Dynamiki/Commission, T-9/10, non publié, EU:T:2013:88, points 27 et 28, et du 23 mai 2014, European Dynamics Luxembourg/BCE, T-553/11, non publié, EU:T:2014:275, point 167 et jurisprudence citée). La motivation ne peut être explicitée pour la première fois et a posteriori devant le juge. Seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier la prise en compte par le juge d'éléments fournis en cours d'instance (voir, en ce sens, arrêt du 20 mai 2009, VIP Car Solutions/Parlement, T-89/07, EU:T:2009:163, point 76 et jurisprudence citée).
- 75 Par ailleurs, il importe de rappeler que l'exigence de motivation doit être appréciée en fonction des circonstances de l'espèce, notamment du contenu de l'acte, de la nature des motifs invoqués et de l'intérêt que les destinataires ou d'autres personnes concernées directement et individuellement par l'acte peuvent avoir à recevoir des explications. Il n'est pas exigé que la motivation spécifie tous les éléments de fait et de droit pertinents, dans la mesure où la question de savoir si la motivation d'un acte satisfait aux exigences de l'article 296, deuxième alinéa, TFUE doit être appréciée au regard non seulement de son libellé, mais aussi de son contexte ainsi que de l'ensemble des règles juridiques régissant la matière concernée (voir arrêt du 23 mai 2014, European Dynamics Luxembourg/BCE, T-553/11, non publié, EU:T:2014:275, point 153 et jurisprudence citée).

- 76 Les règles régissant les marchés publics de l'Union européenne contenues notamment dans le règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil, du 25 octobre 2012, relatif aux règles financières applicables au budget général de l'Union (JO 2012, L 298, p. 1), dans sa version applicable au cas d'espèce (ci-après le « règlement financier »), et le règlement délégué (UE) n° 1268/2012 de la Commission, du 29 octobre 2012, relatif aux règles d'application du règlement financier (JO 2012, L 362, p. 1), dans sa version applicable au cas d'espèce (ci-après le « règlement d'application »), et qui s'appliquent à l'Agence [voir articles 22 et 40 du règlement (CE) n° 881/2004 du Parlement européen et du Conseil, du 29 avril 2004, instituant une Agence ferroviaire européenne (JO 2004, L 164, p. 1), lus ensemble avec l'article 85 du règlement délégué (UE) n° 1271/2013 de la Commission, du 30 septembre 2013, portant règlement financier-cadre des organismes visés à l'article 208 du règlement (UE, Euratom) n° 966/2012 du Parlement européen et du Conseil (JO 2013, L 328, p. 42), applicables en l'espèce], précisent l'obligation de motivation du pouvoir adjudicateur.
- 77 Ainsi, l'article 113, paragraphe 2, du règlement financier prévoit que le pouvoir adjudicateur communique, d'une part, à tout soumissionnaire écarté les motifs de rejet de son offre et, d'autre part, à tout soumissionnaire qui satisfait aux critères d'exclusion et de sélection et qui en fait la demande par écrit, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire. Par ailleurs, en vertu de l'article 161, paragraphe 2, du règlement d'application, le pouvoir adjudicateur communique ces dernières informations dans un délai de quinze jours à compter de la réception d'une demande écrite. L'article 161, paragraphe 3, de ce dernier règlement réitère notamment que les soumissionnaires évincés peuvent obtenir, sur demande écrite, des informations complémentaires sur les motifs de rejet et sur les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire.
- 78 L'article 113, paragraphe 2, du règlement financier et l'article 161, paragraphe 2, du règlement d'application prévoient donc à l'égard des soumissionnaires évincés une motivation en deux temps. Le pouvoir adjudicateur communique, d'abord, à tous les soumissionnaires évincés que leur offre a été rejetée et les motifs de ce rejet. Ces motifs peuvent être sommaires compte tenu de la possibilité prévue par cette même disposition pour le soumissionnaire évincé de demander une motivation plus précise. Ensuite, en vertu de ces mêmes dispositions, si un soumissionnaire évincé qui satisfait aux critères d'exclusion et de sélection en fait la demande par écrit, le pouvoir adjudicateur communique, le plus tôt possible et dans tous les cas dans un délai de quinze jours à compter de la réception de cette demande, les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ainsi que le nom de l'attributaire.
- 79 Le Tribunal a estimé que cette divulgation des motifs en deux temps n'était pas contraire à la finalité de l'obligation de motivation consistant à permettre, d'une part, aux intéressés de connaître les justifications de la mesure prise afin de faire valoir leurs droits et, d'autre part, au juge d'exercer son contrôle (voir, en ce sens, arrêts du 25 février 2003, *Renco/Conseil*, T-4/01, EU:T:2003:37, point 93 ; du 15 octobre 2013, *European Dynamics Belgium e.a./EMA*, T-638/11, non publié, EU:T:2013:530, point 24, et du 17 septembre 2015, *Ricoh Belgium/Conseil*, T-691/13, non publié, EU:T:2015:641, point 38).
- 80 Enfin, il convient de rappeler que l'obligation de motivation prévue à l'article 296 TFUE constitue une formalité substantielle qui doit être distinguée de la question du bien-fondé de la motivation, qui relève de la légalité au fond de l'acte litigieux (arrêts du 23 mai 2014, *European Dynamics Luxembourg/BCE*, T-553/11, non publié, EU:T:2014:275, point 154, et du 28 juin 2016, *AF Steelcase/EUIPO*, T-652/14, non publié, EU:T:2016:370, point 47).
- 81 Étant donné que l'obligation de motivation d'un acte dépend du contexte factuel et juridique dans lequel il a été adopté, il convient de tenir compte des éléments suivants du cadre réglementaire applicable en l'espèce régissant les offres anormalement basses.

*Sur la portée des règles régissant les offres anormalement basses*

82 L'article 151, paragraphe 1, du règlement d'application dispose :

« 1. Si, pour un marché donné, des offres apparaissent anormalement basses, le pouvoir adjudicateur, avant de rejeter ces offres pour ce seul motif, demande, par écrit, les précisions qu'il juge opportunes sur la composition de l'offre et vérifie de manière contradictoire cette composition en tenant compte des justifications fournies. Ces précisions peuvent concerner notamment le respect des dispositions concernant la protection et les conditions de travail en vigueur au lieu où la prestation est à réaliser.

Le pouvoir adjudicateur peut notamment prendre en considération des justifications tenant :

- a) à l'économie du procédé de fabrication, de la prestation de services ou du procédé de construction ;
- b) aux solutions techniques adoptées ou aux conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire ;
- c) à l'originalité de l'offre du soumissionnaire.

2. Si le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre anormalement basse résulte de l'obtention d'une aide d'État, il ne peut rejeter cette offre, pour ce seul motif, que si le soumissionnaire ne peut faire la preuve, dans un délai raisonnable fixé par le pouvoir adjudicateur, que cette aide a été octroyée de manière définitive et suivant les procédures et les décisions précisées dans la réglementation de l'Union en matière d'aides d'État. »

83 La notion d'« offre anormalement basse » n'est définie ni dans les dispositions du règlement financier ni dans celles du règlement d'application. Il a cependant été jugé que le caractère anormalement bas d'une offre doit être apprécié par rapport à la composition de l'offre et par rapport à la prestation en cause (arrêt du 28 janvier 2016, Agriconsulting Europe/Commission, T-570/13, EU:T:2016:40, point 55).

84 En vertu de l'article 158, paragraphe 4, du règlement d'application, dans le cas d'offres anormalement basses, le comité d'évaluation demande des précisions opportunes sur la composition de l'offre.

85 S'agissant de cette dernière disposition, le Tribunal a jugé que l'obligation, pour un pouvoir adjudicateur, de vérifier le sérieux d'une offre résultait de l'existence préalable de doutes quant à sa fiabilité, cette disposition ayant pour objet principal de permettre à un soumissionnaire de ne pas être écarté de la procédure sans qu'il ait eu la possibilité de justifier la teneur de son offre qui apparaîtrait comme anormalement basse. Ce n'est donc que lorsque de tels doutes existent que le comité d'évaluation est tenu de demander des précisions opportunes sur la composition de l'offre, avant, le cas échéant, de la rejeter. En revanche, dans l'hypothèse où une offre n'apparaît pas comme anormalement basse aux termes l'article 158, paragraphe 4, du règlement d'application, ledit article ne s'applique pas [voir, en ce sens, arrêts du 6 juillet 2005, TQ3 Travel Solutions Belgium/Commission, T-148/04, EU:T:2005:274, points 49 et 50 ; du 11 mai 2010, PC-Ware Information Technologies/Commission, T-121/08, EU:T:2010:183, point 72 ; du 5 novembre 2014, Computer Resources International (Luxembourg)/Commission, T-422/11, EU:T:2014:927, point 57, et du 15 septembre 2016, European Dynamics Luxembourg et Evropaïki Dynamiki/Commission, T-698/14, non publié, EU:T:2016:476, point 59].

86 De tels doutes peuvent, notamment, exister s'il apparaît incertain, d'une part, qu'une offre respecte la législation du pays dans lequel les services devraient être exécutés, en matière de rémunération du personnel, de contribution au régime de sécurité sociale, de respect des normes de sécurité et de

santé au travail, de vente à perte, et, d'autre part, que le prix proposé intègre tous les coûts induits par les aspects techniques de l'offre (arrêt du 8 octobre 2015, *Secolux/Commission*, T-90/14, non publié, EU:T:2015:772, point 62).

- 87 Il ressort de ce qui précède que l'appréciation, par le pouvoir adjudicateur, de l'existence d'offres anormalement basses s'opère en deux temps.
- 88 Dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur doit apprécier si les offres soumises « apparaissent » anormalement basses (voir article 151, paragraphe 1, du règlement d'application). L'usage du verbe « apparaître » dans le règlement d'application implique que le pouvoir adjudicateur procède à une appréciation *prima facie* du caractère anormalement bas d'une offre. Le règlement d'application n'impose dès lors pas au pouvoir adjudicateur de procéder d'office à une analyse détaillée de la composition de chaque offre afin d'établir qu'elle ne constitue pas une offre anormalement basse. Ainsi, dans un premier temps, le pouvoir adjudicateur doit uniquement déterminer si les offres soumises contiennent un indice de nature à éveiller le soupçon qu'elles pourraient être anormalement basses. Tel est notamment le cas lorsque le prix proposé dans un offre soumise est considérablement inférieur à celui des autres offres soumises ou au prix habituel du marché. Si les offres soumises ne contiennent pas un tel indice et n'apparaissent donc pas anormalement basses, le pouvoir adjudicateur peut continuer l'évaluation de cette offre et la procédure d'attribution du marché.
- 89 En revanche, s'il existe des indices de nature à éveiller le soupçon qu'une offre pourrait être anormalement basse, le pouvoir adjudicateur doit procéder, dans un second temps, à la vérification de la composition de l'offre afin de s'assurer que celle-ci n'est pas anormalement basse. Lorsqu'il procède à cette vérification, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de donner au soumissionnaire de ladite offre la possibilité d'exposer pour quelles raisons il estime que son offre n'est pas anormalement basse. Le pouvoir adjudicateur doit ensuite apprécier les explications fournies et déterminer si l'offre en question présente un caractère anormalement bas, auquel cas il est dans l'obligation de la rejeter.
- 90 Dès lors que l'exigence de motivation doit notamment être appréciée au regard des règles juridiques applicables (voir point 75 ci-dessus), l'existence de cet examen en deux temps influe sur la portée de l'obligation de motivation du pouvoir adjudicateur.

#### *Analyse du respect de l'obligation de motivation par l'Agence en l'espèce*

- 91 Le Tribunal a déjà eu l'occasion de se prononcer sur l'obligation de motivation qui incombe au pouvoir adjudicateur lorsque, lors de la phase d'évaluation des offres, celui-ci a eu un doute quant au caractère anormalement bas d'une offre soumise et qu'il a considéré, après avoir entendu le soumissionnaire en cause et procédé à une analyse plus approfondie, que cette offre n'était pas anormalement basse (arrêt du 15 octobre 2013, *European Dynamics Belgium e.a./EMA*, T-638/11, non publié, EU:T:2013:530, points 64 et 65) ou qu'elle l'était [arrêt du 5 novembre 2014, *Computer Resources International (Luxembourg)/Commission*, T-422/11, EU:T:2014:927, points 39 et 40]. En particulier, il a été jugé que, pour fournir une motivation suffisante du fait que l'offre retenue n'était pas anormalement basse, le pouvoir adjudicateur devait exposer le raisonnement au terme duquel, d'une part, il avait conclu que, par ses caractéristiques principalement financières, une telle offre respectait notamment la législation du pays dans lequel les services devraient être exécutés, en matière de rémunération du personnel, de contribution au régime de sécurité sociale et de respect des normes de sécurité et de santé au travail, et, d'autre part, il avait vérifié que le prix proposé intégrait tous les coûts induits par les aspects techniques de l'offre retenue (arrêt du 15 octobre 2013, *European Dynamics Belgium e.a./EMA*, T-638/11, non publié, EU:T:2013:530, point 68).
- 92 Quant à la portée de l'obligation de motivation qui incombe au pouvoir adjudicateur lorsqu'il considère que l'offre retenue n'apparaît pas anormalement basse, il ressort des règles régissant les offres anormalement basses reprises au point 82 ci-dessus, et, en particulier, de la circonstance que le

pouvoir adjudicateur doit, dans un premier temps, procéder uniquement à une appréciation prima facie du caractère anormalement bas d'une offre, que son obligation de motivation a une portée restreinte. En effet, contraindre le pouvoir adjudicateur à exposer de manière détaillée pour quelle raison une offre ne lui semble pas anormalement basse ne tiendrait pas compte de la distinction entre les deux phases de l'analyse prévue par l'article 151 du règlement d'application.

- 93 En particulier, lorsqu'un pouvoir adjudicateur retient une offre, il n'est pas tenu d'indiquer explicitement, en réponse à toute demande de motivation qui lui est présentée en application de l'article 113, paragraphe 2, du règlement financier, les raisons pour lesquelles l'offre qu'il a retenue ne lui est pas apparue comme anormalement basse. En effet, si ladite offre est retenue par le pouvoir adjudicateur, il s'ensuit implicitement mais nécessairement qu'il a considéré qu'il n'existait pas d'indices que ladite offre était anormalement basse. De tels motifs, en revanche, doivent être portés à la connaissance du soumissionnaire évincé qui en fait la demande expresse.
- 94 En l'espèce, il convient d'observer que, dans leurs demandes du 11 mai 2015 concernant l'attribution du lot 1 et du 2 juillet 2015 concernant l'attribution du lot 2 en application de l'article 113, paragraphe 2, du règlement financier, les requérantes n'ont pas expressément demandé au pouvoir adjudicateur de fournir les raisons pour lesquelles l'offre classée en première position pour le lot 1 et les offres retenues pour le lot 2 n'apparaissaient pas anormalement basses.
- 95 Toutefois, s'agissant de la première décision attaquée, il ressort du complément de motivation du 20 mai 2015 que le nombre de points accordé à l'offre classée en première position pour le lot 1 (38,78 points) et à l'offre des requérantes pour le même lot (35,46 points) lors de l'évaluation financière des offres leur a été communiqué par l'Agence. Il leur a également été communiqué que le prix proposé dans l'offre classée en première position pour le lot 1 s'élevait à 867 000 euros alors que celui proposé par les requérantes dans leur offre pour le même lot s'élevait à 948 100 euros.
- 96 S'agissant de la seconde décision attaquée, il apparaît du complément de motivation du 7 juillet 2015 que, en ce qui concerne l'évaluation financière des offres, les requérantes ont eu connaissance des points attribués à leur offre pour le lot 2 ainsi que des points attribués aux offres retenues, à savoir, pour l'offre classée en première position, 39,04 points, pour l'offre classée en deuxième position, 40 points et, pour l'offre classée en troisième position, 32,53 points. De plus, le cahier des charges précisait que, pour ledit lot, les points dans le cadre de l'évaluation financière des offres se calculaient en application de la formule suivante « le prix le plus bas/le prix proposé dans l'offre du soumissionnaire \* 40 ». Sur la base de ces informations, les requérantes pouvaient calculer le prix proposé dans l'offre classée en première position et ensuite les prix proposés dans les autres offres retenues.
- 97 Ainsi, avant l'introduction du recours, les requérantes savaient que l'Agence avait considéré que les offres retenues n'apparaissaient pas anormalement basses, puisque lesdites offres avaient été retenues. En outre, sur la base des informations fournies dans les compléments de motivation du 20 mai et du 7 juillet 2015, les requérantes disposaient d'une connaissance du contexte dans lequel les décisions attaquées avaient été adoptées, ce qui leur a permis d'en contester le bien-fondé à cet égard.
- 98 Cette dernière appréciation est confirmée par le contenu de la lettre des requérantes du 8 juillet 2015. En effet, elles y ont indiqué ce qui suit :

« Les soumissionnaires des offres retenues pour les lots 1 et 2 ont simplement baissé de façon irrégulière leurs prix afin de gagner un avantage compétitif. Nous ne savons toujours pas comment l'[Agence] pouvait accepter de tels bas prix qui sont artificiellement bas et nous regrettons que l'[Agence] a décidé de faire cela sans enquête ou explication. Les prix d'Intrasoft International pour le lot 1 du marché ESP EISD 4 étaient 15,78 % plus élevés que nos prix. En revanche, les prix d'Intrasoft International pour le lot 2 du marché ESP EISD 5 sont maintenant 32,81 % plus bas que les nôtres et ceux pour le lot 1 du marché ESP EISD 5 5,88 % plus bas que les nôtres [...]. De plus, les prix d'Ingegneria Informatica SPA pour le lot 1 du marché ESP EISD 4 étaient 23,73 % plus élevés que les

nôtres. En revanche, les prix du consortium Nextera1 pour le lot 1 du marché ESP EISD 5 sont maintenant 8,56 % plus bas que nos prix, de plus, les prix du consortium Nextera2 mené par Ingegneria Informatica SPA [...] pour le lot 2 du marché ESP EISD5 sont 19,37 % plus bas que les nôtres. »

99 Cela est également confirmé par les points 20 à 22 de la requête. Dans ces points, les requérantes ont indiqué ce qui suit :

« Concernant le marché ESP EISD 5, quand les requérantes ont reçu les décisions attaquées et les documents complémentaires, elles ont fait les observations suivantes :

- a) concernant le lot 1, elles ont observé que le consortium [Nextera1], auquel participe la société Engineering Ingegneria Informatica SPA, a obtenu 38,78 points [lors de] l'évaluation de son offre financière tandis que [l'offre des requérantes avait] obtenu 35,46 points [...]. Par conséquent, l'offre du consortium [Nextera1] était 8,56 % plus économique que celle des requérantes (alors que l'offre du consortium Encrypta auquel participait également la société Engineering Ingegneria Informatica SPA dans le lot 1 du marché ESP EISD 4 était 23,73 % plus chère). Par conséquent, l'offre du consortium auquel ladite société participe était anormalement basse dans le cadre du marché ESP EISD 5 ;
- b) concernant le lot 2, elles ont observé que la société Intrasoft International SA avait obtenu 39,04 points [lors de] l'évaluation de son offre financière, tandis que les requérantes [avaient] obtenu 26,23 points [...]. Par conséquent, l'offre financière d'Intrasoft International SA était, cette fois-ci, 32,81 % plus basse que celle des requérantes (alors que l'offre soumise par la même société pour le lot 2 du marché ESP EISD 4 était à peine 3,45 % plus basse). Là aussi, l'offre d'Intrasoft International dans le cadre du marché ESP EISD 5 était anormalement basse.

[...] Ayant conscience que leur offre financière était déjà basse (mais à un niveau normal), les requérantes ne s'expliquent cette grande différence dans la notation des offres financières, qui est apparue pour la première fois dans le marché ESP EISD 5, que si les consortiums retenus ont offert des prix anormalement bas. Cette conclusion est renforcée aussi par le fait que, dans le cadre du marché ESP EISD 4 qui avait pour objet les mêmes services et une description similaire des différents lots, l'offre financière des requérantes (qui étaient classées à la première place [pour] chacun des trois lots) était soit plus économique que toutes les autres (lot 1), soit légèrement plus chère (lots 2 et 3). Par conséquent, le montant de ces offres peut constituer un critère sûr et clair des prix observés sur le marché et du niveau normal des prix qui devraient être proposés dans le cadre du [marché] ESP EISD 5. En revanche, dans le cadre marché litigieux, quatre consortiums (Nextera1, On Track, Intrasoft/Charles Oakes, Atos Integration) ont proposé des prix plus bas pour le lot 1 (Atos Integration a même proposé des prix plus bas de 11,35 %) [...], tandis que, pour le lot 2, les [offres retenues] étaient encore plus anormalement basses que celles des requérantes (Atos Belgium SA à hauteur de 34,42 %, Intrasoft International SA à hauteur de 32,81 % et Nextera2 à hauteur de 19,36 %) [...].

Les éléments ci-dessus montrent que les offres financières des consortiums retenus dans les deux lots du marché litigieux présentaient les caractéristiques d'une offre [...] anormalement basse par rapport aux prix existant sur le marché. »

100 Ces éléments démontrent que les requérantes ont pu, sur la base des informations dont elles disposaient au moment de l'introduction du recours, contester le bien-fondé de l'appréciation de l'Agence selon laquelle les offres retenues ne contenaient aucun indice quant à leur caractère anormalement basses et donc n'apparaissaient pas anormalement basses.

101 En outre, il convient d'observer que des circonstances exceptionnelles, au sens de la jurisprudence citée au point 74 ci-dessus, permettent en l'espèce au Tribunal de tenir compte de la motivation spécifique fournie par l'Agence en cours d'instance.

102 En effet, il importe d'observer que ce n'est que le 8 juillet 2015 que les requérantes ont adressé, pour les deux lots, une demande spécifique de motivation à l'Agence quant au caractère anormal des prix des offres retenues (voir point 15 ci-dessus). Or, c'est sans attendre la réponse de l'Agence, et sans laisser à celle-ci un délai suffisant à cet effet alors même que les délais de recours ne faisaient pas obstacle à une telle possibilité, que, le 17 juillet 2015, les requérantes ont introduit le présent recours en invoquant exclusivement un défaut de motivation des décisions attaquées du fait, notamment, de l'absence de réponse à leur demande du 8 juillet 2015 (voir point 16 ci-dessus). L'Agence, quant à elle, a fourni des explications sur les raisons pour lesquelles les offres retenues ne lui étaient pas apparues anormalement basses par lettre du 24 juillet 2015, au terme d'un délai qui, compte tenu des circonstances de l'espèce, doit être considéré comme raisonnable. Il convient, dès lors, de considérer que l'ensemble de ces circonstances caractérise une situation exceptionnelle, au sens de la jurisprudence mentionnée au point 74 ci-dessus, justifiant la prise en considération par le Tribunal de la lettre du 24 juillet 2015 pour apprécier le respect par l'Agence de son obligation de motivation en ce qui concerne les raisons pour lesquelles elle n'a pas estimé que les offres retenues étaient anormalement basses.

103 Dans sa lettre du 24 juillet 2015, l'Agence a, notamment, indiqué ce qui suit :

« En ce qui concerne l'affirmation selon laquelle 'les soumissionnaires des offres retenues pour les lots 1 et 2 ont simplement baissé de façon irrégulière leurs prix afin de gagner un avantage compétitif', nous vous informons que :

- pour le lot 1, les prix des soumissionnaires retenus se situent dans une même gamme de prix. Lorsque le prix journalier le plus bas est comparé avec le prix le plus élevé soumis dans les offres financières des soumissionnaires retenus, European Dynamics a le profil onéreux le plus bas et Nexteral a le profil bon marché le plus élevé ;
- pour le lot 2, six des douze soumissionnaires admis dans la phase d'attribution ont soumis une offre financière plus basse que celle d'European Dynamics. Trois des six entreprises avec l'offre financière la plus basse se sont vu attribuer le contrat et les offres financières des deux premiers soumissionnaires retenus étaient très proches.

Sur la base de ces éléments, nous avons des preuves concluantes du fait que les offres financières n'étaient pas anormalement basses. »

104 De telles indications, à savoir la relative proximité, pour chacun des lots, des prix offerts par plusieurs soumissionnaires différents, permettent ainsi de comprendre les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur n'a pas estimé, en l'espèce, que les offres retenues présentaient à première vue un caractère anormalement bas. Force est de constater, en outre, que les requérantes ont été à même de contester le caractère suffisant de cette motivation dans la réplique et qu'elles ont d'ailleurs usé de cette possibilité.

105 L'ensemble des indications ainsi portées à la connaissance des requérantes satisfait donc aux exigences qui incombaient à l'Agence en la matière, telles qu'elles ont été précisées aux points 100 et 101 ci-dessus. Partant, c'est à tort que les requérantes allèguent, en l'espèce, une violation de l'obligation de motivation.

106 Le fait que dans le présent recours les requérantes ont omis d'avancer un moyen contestant le bien-fondé de l'appréciation de l'Agence n'indique pas qu'elles n'étaient pas en mesure de comprendre les motifs sous-tendant cette appréciation. En outre, il importe de rappeler que, dans le contexte d'un

moyen tiré d'un défaut de motivation, d'éventuelles contestations quant au bien-fondé de cette motivation ne peuvent être appréciées par le Tribunal dès lors que, en vertu de la jurisprudence citée au point 80 ci-dessus, la question du respect de l'obligation de motivation prévue à l'article 296 TFUE doit être distinguée de celle du bien-fondé de la motivation.

107 Pour l'ensemble des motifs qui précèdent, le moyen unique tiré de la violation de l'obligation de motivation de l'Agence doit être rejeté et, partant, le recours dans son intégralité.

### **Sur les dépens**

108 Aux termes de l'article 134, paragraphe 1, du règlement de procédure, toute partie qui succombe est condamnée aux dépens, s'il est conclu en ce sens.

109 Les requérantes ayant succombé, il y a lieu de les condamner aux dépens, conformément aux conclusions de l'Agence.

110 Cette appréciation n'est pas remise en cause par la demande des requérantes de condamner l'Agence à l'intégralité des dépens même dans le cas où le recours serait rejeté. En effet, les requérantes invoquent à l'appui de cette demande le prétendu défaut de motivation affectant les décisions attaquées ainsi que l'attitude de l'Agence sans autre précision. Ces motifs ne permettent pas de condamner l'Agence à supporter des dépens en l'espèce.

Par ces motifs,

LE TRIBUNAL (troisième chambre)

déclare et arrête :

1) **Le recours est rejeté.**

2) **European Dynamics Luxembourg SA, Evropaïki Dynamiki – Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE et European Dynamics Belgium SA sont condamnées aux dépens.**

Frimodt Nielsen

Kreuschitz

Póltorak

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 4 juillet 2017.

Signatures