

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

n° 248.973 du 19 novembre 2020

A. 231.829/VI-21.863

En cause : **NISEN** Guillaume,
ayant élu domicile chez
M^e Christophe THIEBAUT, avocat,
chaussée de Marche 458
5100 Namur,

contre :

**1. la SOCIÉTÉ WALLONNE DE FINANCEMENT
COMPLÉMENTAIRE DES INFRASTRUCTURES,**
en abrégé **SOFICO**,

2. la Région wallonne, représentée
par son gouvernement.

ayant tous deux élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur,

Partie requérante en intervention :

**la société à responsabilité limitée
TRANSPORTS GRANDHENRY,**

ayant élu domicile chez
M^e Samuel VIESLET, avocat,
boulevard de l'Est 9
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 septembre 2020, Guillaume Nisen demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 3 septembre 2020, notifiée le 3 septembre 2020 par courrier, [l']informant que son offre ayant trait au marché public portant sur les “prestations de service hivernal sur les routes gérées par le district de Bastogne. Lot 2” n'a pas été retenue et que ledit marché a été attribué à la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT [...] ».

Par une requête introduite le 2 novembre 2020, le même requérant demande l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une requête introduite le 9 octobre 2020, la SRL Transports Grandhenry demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Par une ordonnance du 24 septembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 octobre 2020.

Par une lettre du 9 octobre 2020, l'affaire a été remise à l'audience du 26 octobre 2020.

Les parties adverses ont déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Christophe Thiebaut, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Ann Lawrence Durviaux, avocat, comparaissant pour les parties adverses, et M^e Samuel Vieslet, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits

Les parties adverses exposent comme suit les faits utiles à l'examen du recours :

- « 1. La SOFICO a lancé une procédure ouverte en vue d'attribuer un marché public de prestations de son service hivernal sur les routes gérées par le district de Bastogne (Pièce 1. Les avis de marché, pièce 2, le cahier spécial des charges). Le marché est divisé en 9 lots.
2. Le 11 mai 2020, quatre offres ont été remises lors de la séance d'ouverture par la partie requérante, la société Transelec, la SPRL Grandhenry Transport SPRL, et la SPRL Fagne d'Hi.

3. Le 30 juin 2020, la partie requérante a adressé un courriel à Monsieur Pierre-Yves Trillet, directeur de la Direction des routes du Luxembourg pour l'informer des liens existants entre la SPRL Grandhenry Transport SPRL et la SPRL Fagne d'Hi et le risque qui en découlait de fausser les conditions normales de concurrence.

4. Le 3 septembre 2020, la SOFICO a attribué le lot n°2 du marché à la SPRL Grandhenry transport et informé la partie requérante que son offre n'avait pas été choisie. »

IV. Intervention

La requête en intervention introduite par la société à responsabilité limitée Transports Grandhenry est accueillie.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un moyen unique « de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4, 5, § 1^{er}, alinéa 2, et § 2, et 69, alinéa 1^{er}, 4°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 4, alinéa 1^{er}, 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 54, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et des principes d'égalité, de transparence, de proportionnalité et de bonne administration, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation, du défaut de motivation et de l'absence de motifs,

en ce que, première branche, la SOFICO a décidé de sélectionner la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT et de la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI et de retenir leurs offres dans le cadre du marché public ayant pour objet des “prestations de service hivernal sur les routes gérées par le district de Bastogne. Lot 2”,

alors que la SOFICO aurait dû constater que les liens existants entre la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT et la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI ont eu une influence sur le contenu de leurs offres et l'indépendance de celles-ci de nature à fausser les conditions normales de la concurrence et, par conséquent, refuser de les sélectionner et écarter leurs offres;

et en ce que, deuxième branche, la SOFICO a considéré que les liens existants entre la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT et la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI n'auraient pas eu “une influence sur le contenu de leurs offres et l'indépendance de celles-ci, et partant [ne] pourraient fausser les conditions normales de la concurrence” sans démontrer qu'une analyse *in concreto* a été effectuée;

alors que l'adjudicateur est tenu d'effectuer une analyse concrète des circonstances permettant de vérifier que les sociétés liées ont remis des offres autonomes et indépendantes, et à tout le moins, d'exposer clairement les motifs l'ayant conduit à considérer que les offres ne devaient pas être écartées ».

Après avoir exposé la portée des dispositions dont la violation est invoquée, la partie requérante fait valoir ce qui suit à propos de la première branche :

« 13. Le marché public visé par le présent recours a pour objet des “prestations de service hivernal sur les routes gérées par le district de Bastogne” et est constitué de neuf lots pour chacun desquels il est permis de remettre une offre. Dans le cadre de ce marché, la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT et la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI ont chacune déposé une offre pour plusieurs lots, dont le “Lot n°2”.

14. Au terme de l'acte attaqué, le “Lot n°2” est attribué à la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT, l'offre de la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI étant classée deuxième et celle de Monsieur Guillaume NISEN troisième.

Pourtant, les deux premières offres auraient dû être écartées. En effet, comme démontré ci-après, la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT et la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI sont des entreprises liées entre elles et ont adopté un comportement qui constitue une entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence. À tout le moins, les liens existants entre ces sociétés ont eu une influence sur le contenu de leurs offres et l'indépendance de celles-ci.

15. En premier lieu, la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT et la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI sont manifestement des entreprises liées entre elles dans la mesure où tel qu'il ressort de leurs statuts publiés à la BCE (pièces n° 6 et n° 7) :

- leur siège social est situé à la même adresse - à savoir, rue de la Fagne d'hi, 5, à 6600 Bastogne -;
- ces sociétés ont toutes les deux été constituées le 21 mai 2008 suite à la scission partielle de la S.P.R.L. “GRANDHENRY” - dénommée “HOURDIS & BETONS GRANDHENRY” depuis le 21 mai 2008 -;
- ces sociétés ont trois administrateurs sur quatre en commun, à savoir Messieurs Marcel DUMONT, Antoine DUMONT et Gerry HARTMAN;
- en date du 3 mars 2020, chacune des sociétés a tenu une assemblée générale extraordinaire, par laquelle elles ont toutes les deux décidé d'accepter la démission de la S.A. S.D.B., représentée par Monsieur DUMONT Marcel, de ses fonctions de gérant et la nomination de Monsieur HARTMAN Gerry en cette qualité (pièce n° 8).

Il est par conséquent évident que ces deux sociétés présentent des liens étroits dès lors qu'elles sont issues de la même société, qu'elles partagent la même adresse et les mêmes administrateurs, et que les dates et objets de leur dernière assemblée générale extraordinaire correspondent.

De plus, les offres de ces sociétés déposées dans le cadre du marché, objet de la présente demande de suspension, l'auraient toutes les deux été par l'intermédiaire de la même personne physique.

L'acte attaqué ne contredit d'ailleurs pas ce constat puisqu'il précise que “les soumissionnaires GRANDHENRY TRANSPORT SPRL et LA FAGNE D'HI SPRL sont visiblement des entreprises liées (même adresse, même adresse e-mail, gérant identique, etc...)”.

16. En deuxième lieu, il apparaît évident que la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT et la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI ont dû se concerter dans le cadre de ce marché public.

Il ressort, en effet, des statuts de ces sociétés que :

- la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT a pour objet social “toutes opérations généralement quelconques se rapportant directement ou indirectement :

- au transport de biens et/ou de choses pour compte d'autrui;
- les travaux de déneigement et de salage;
- l'organisation de manifestations culturelles et sportives, de croisières et incentive (*sic*)” (pièce n° 6);

- la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI a, quant à elle, pour objet social “toutes opérations généralement quelconques se rapportant à l'organisation événementielle et location de salle de fête” et “tout travail de bureau, administratif et de secrétariat” (pièce n° 7).

Il en ressort que l'objet social de la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI est étranger aux prestations à réaliser dans le cadre du marché, objet de l'acte attaqué, de sorte que ce sont manifestement les liens étroits qu'elle entretient avec la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT qui lui ont permis de déposer une offre.

Absolument rien ne permet en effet de justifier que la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI ait déposé une offre dans le cadre de ce marché public hormis les rapports entretenus avec la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT. Le dépôt de son offre ne peut être que le résultat d'une entente conclue dans l'unique but de fausser les conditions normales de la concurrence.

17. Les offres de ces sociétés présentent des similarités démontrant qu'à supposer qu'il ne soit pas considéré qu'il s'agit de deux offres déposées par une seule et même personne - en violation de l'article 54, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques -, elles se sont, en tout cas, entendues.

D'une part, les montants globaux des offres remises par chacune des sociétés sont très similaires entre eux - à l'instar de leurs offres déposées dans le cadre des autres lots -. Ils se différencient, par contre, des montants remis par les autres soumissionnaires.

Soumissionnaire	Montant de l'offre TVAC	Montant de l'offre corrigée TVAC
1. GRANDHENRY TRANSPORT SPRL	119.777,90€	S/O
2. LA FAGNE D'HI SPRL	121.169,40€	S/O
3. NISEN Guillaume	127.261,75€	S/O
4. TRANSELEC	127.957,50€	S/O

D'autre part, il apparaît dans le cadre du contrôle des prix unitaires, que les deux sociétés ont été interrogées sur les mêmes postes (les postes 6.3, 7.1, 7.2, 8.1, 8.2 et 8.3), mais aussi que les justifications ont été apportées par les deux sociétés à la même date (le 29 juin 2020).

Il est donc impossible, que les offres aient été déposées de manière indépendante, les deux sociétés soumissionnaires ayant nécessairement échangé des informations et conclu une entente dans le cadre du marché visé par la présente demande. Pour s'en convaincre, il suffit de constater que les deux offres ont été, d'après les informations du requérant, signées par la même personne physique, ce qui suffit à constater que l'une avait nécessairement connaissance des prix de l'autre et inversement.

18. En troisième lieu, l'entente conclue entre la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT et la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI a bien été de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Les éléments objectifs exposés ci-avant attestent, au moins de façon plausible, que les sociétés se sont entendues pour s'assurer que le marché soit attribué à la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT.

En déposant deux offres dont les montants sont fortement similaires, les deux sociétés se sont entendues pour :

- maximiser leurs chances d'obtenir le marché; en agissant comme elles l'ont fait, les sociétés s'assuraient, si l'une des deux offres venait à être écartée, de garder encore une chance d'obtenir le marché grâce à l'autre offre;
- influencer le contrôle des prix; les deux offres ont notamment permis de donner une apparence de normalité de leur montant total; en effet, si la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI n'avait pas déposé d'offre, le montant total de l'offre de la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT présentait une telle différence avec les autres offres déposées que la SOFICO aurait dû procéder à une vérification de ce montant avec le risque que l'offre ne soit écartée dans ce cadre;
- donner une apparence de concurrence; en procédant au dépôt concomitant de deux offres, les deux sociétés limitaient le risque, dans le cas où aucune autre offre n'aurait été déposée, de voir la SOFICO renoncer au marché compte tenu de l'absence de concurrence effective.

Cette manière de procéder est contraire au principe d'égalité et est de nature à fausser la concurrence, l'entente entre les sociétés ayant nécessairement été conclue de manière notamment à augmenter les chances de la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT d'obtenir le marché public sans que ses prix ne soient remis en cause à l'issue de la comparaison des offres.

19. Monsieur Guillaume NISEN a, par un courriel du 30 juin 2020, dénoncé les risques de fausser les conditions normales de la concurrence suite au dépôt concerté des offres de ces sociétés (pièce n° 5).

La SOFICO ne pouvait donc pas ignorer la situation et se devait d'être particulièrement attentive à cette problématique.

20. Eu égard à tout ce qui précède, il existe suffisamment d'éléments objectifs démontrant que la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT et la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI se sont rendues coupables d'une entente en vue de fausser la concurrence dans le cadre du marché et, à tout le moins, que les liens les unissant ont manifestement influencé le contenu de leurs offres et l'indépendance de celles-ci.

Or, conformément aux principes et dispositions visées en tête du moyen ainsi qu'à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de Votre Conseil, il convient de rappeler qu'«il suffit qu'il soit établi que les liens entre les sociétés ont eu une influence sur le contenu de leurs offres pour que leurs candidatures doivent être écartées».

En retenant les offres de ces sociétés, la SOFICO a non seulement méconnu les dispositions et principes précités, mais elle a également commis une erreur manifeste d'appréciation

[...]. »

Sur la seconde branche, la requérante fait valoir ce qui suit :

« [...]

A propos de l'obligation de motivation, Votre Conseil a eu l'occasion de délimiter ses contours à plusieurs reprises et a notamment déjà précisé que «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. Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. 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».

22. En l'espèce, l'acte attaqué est notamment motivé comme suit :

“ considérant que les soumissionnaires GRANDHENRY TRANSPORT SPRL et LA FAGNE D'HI SPRL sont visiblement des entreprises liées (même adresse, même adresse *e-mail*, gérant identique, *etc.*...); que l'analyse réalisée par l'adjudicateur ne montre pas que les liens existants entre ces entreprises auraient eu une influence sur le contenu de leurs offres et l'indépendance de celles-ci, et partant pourraient fausser les conditions normales de la concurrence”.

23. Tel qu'exposé dans la première branche de ce moyen, la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT et la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI sont des entreprises liées - ayant toutes les deux été constituées suite à une scission partielle d'une société et ayant certains administrateurs en commun, le même siège social et une adresse *e-mail* identique - qui ont déposé, par l'intermédiaire de la même personne physique, des offres présentant des similarités et dont les prix globaux se différencient substantiellement des autres offres déposées dans le cadre de ce marché.

Dans ce contexte, la SOFICO aurait dû procéder à un examen *in concreto* de la situation afin de déterminer si le rapport entre ces soumissionnaires liés était ou non de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

Or, la formule stéréotypée de la motivation de l'acte attaqué ne permet pas de démontrer qu'un examen et une appréciation des circonstances entourant le dépôt de ces offres aient été effectivement réalisés.

Si la SOFICO fait état d'une “analyse”, elle n'expose nullement les raisons permettant de conclure à l'absence d'entente entre les soumissionnaires, et ce alors même qu'elle développe les motifs pour lesquels il s'agit d’“entreprises liées”.

À cet égard, la SOFICO était d'autant plus tenue de motiver adéquatement son acte suite au courriel du 30 juin 2020 de Monsieur Guillaume NISEN dénonçant les risques de fausser les conditions normales de la concurrence suite au dépôt concerté des offres de ces sociétés (pièce n° 5).

24. Par conséquent, la motivation de l'acte attaqué est manifestement insuffisante et inadéquate en ce qu'elle ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la SOFICO a considéré que les liens existants entre la S.P.R.L. GRANDHENRY TRANSPORT et la S.P.R.L. LA FAGNE D'HI et l'entente qu'elles ont manifestement conclue n'ont pas eu pour effet de fausser les conditions normales de la concurrence.

[...] ».

V.2. Thèse des parties adverses

Les parties adverses estiment que les deux branches du moyen ne sont ni sérieuses, ni fondées, car elles manquent en droit à défaut d'éléments factuels pertinents pour justifier de l'application des normes invoquées.

Après avoir rappelé les dispositions dont la violation est invoquée, elles font valoir ce qui suit :

« 15. L'article 4, alinéa 1^{er}, 8° de la loi du 17 juin 2013 n'a pas été violé, puisque l'autorité adjudicatrice a bien rédigé une décision motivée d'attribution.

16. Les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs n'ont pas été violés dans le cas d'espèce l'acte attaqué indiquant une motivation adéquate de par les éléments qui suivent :

“ Considérant que les soumissionnaires GRANDHENRY TRASNPORNT SPRL et LA FAGNE D'HI sont visiblement des entreprises liées (même adresse, même adresse *e-mail* gérant identique, *etc.*...); que l'analyse réalisée par

l'adjudicateur ne démontre pas que les liens existants entre ces entreprises auraient eu une influence sur le contenu de leurs offres et l'indépendance de celles-ci, et partant pourraient fausser les conditions normales de la concurrence (...)

Les soumissionnaires NISEN Guillaume et TRANSELEC ont commis aux postes 6.3. et 7.2 une erreur de plume n'affectant pas le montant de leur offre (...)

Considérant qu'il a ensuite été procédé à la vérification des prix conformément à l'article 6 de l'arrêt royal du 18 avril 2017 (...)

Considérant qu'en raison de l'apparente anormalité des prix remis par la SPRL GRANDHENRY TRANSPORT pour les postes 6.3., 7.1., 7.2., 8.1. et 8.3., il a été demandé à ce soumissionnaire de fournir les justifications nécessaires par lettre du 16 juin 2020;

Considérant que la SPRL GRANDHENRY TRANSPORT a répondu le 29 juin 2020;

Considérant que les justifications fournies sont concrètes, chiffrées et détaillées; que la ventilation des différentes composantes du prix est exacte et les explications pertinentes (en note subpaginale : temps d'attente : tarif horaire chiffré. Explications cohérentes. Utilisation EDC : tarif chiffré. Explications cohérentes. PU Non détaillé mais prix bas assumé par le soumissionnaire justifiant son expérience en service hivernal. Sursalaires : barèmes et pièces justificatives fournies. Explication cohérente)

Considérant qu'en raison de l'apparente anormalité des prix remis par la SPRL LA FAGNE D'HI pour les postes 6.3., 7.1., 7.2., 8.1. et 8.3., il a été demandé à ce soumissionnaire de fournir les justifications nécessaires par lettre du 16 juin 2020;

Considérant que la SPRL LA FAGNE D'HI a répondu le 29 juin 2020 (...).

17. La décision indique donc clairement l'existence des liens d'une part, et d'autre part, que l'analyse "réalisée par l'adjudicateur ne démontre pas que les liens existants entre ces entreprises auraient eu une influence sur le contenu de leurs offres et l'indépendance de celles-ci, et partant pourraient fausser les conditions normales de la concurrence" et enfin, qu'un contrôle concret a bien été réalisé, il s'agit d'un contrôle approfondi de la normalité des prix, les justifications apportées ayant été considérées comme acceptables pour des raisons de fait précis.

La jurisprudence constante du Conseil d'État a indiqué que les autorités administratives ne devaient pas donner les motifs des motifs, *a fortiori* lorsqu'il s'agit ici de rapporter une preuve négative (que l'on sait impossible) : ici démontrer que les liens n'ont pas eu d'incidences sur les conditions normales de concurrence révélées par les prix remis.

18. L'article 54, § 2 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques n'a pas été violé puisqu'un soumissionnaire n'a pas remis plusieurs offres. Il n'est pas raisonnablement contestable que la SPRL Grandhenry Transport SPRL et la SPRL Fagne d'Hi sont deux sociétés distinctes jouissant chacune d'une personnalité juridique distincte.

19. Reste à rencontrer la critique de la violation de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics [qui] dispose que : "Les opérateurs économiques ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence".

20. L'arrêt C-531/16 du 17 mai 2018 de la C.J.U.E. de l'Union européenne est relatif à l'interprétation du droit européen des marchés publics, non applicable dans le cas d'espèce vu le montant du marché qui se situe nettement, très nettement en dessous des seuils européens. Elle ne peut dès lors servir à interpréter l'article 5.

21. Il ne peut donc s'agir pour le pouvoir adjudicateur de vérifier dans les faits, que les opérateurs économiques n'ont posé aucun actede nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

22. Les liens entre les deux sociétés ne sont ni contestés, ni contestables : ils ont été dénoncés au pouvoir adjudicateur par la partie requérante avant la décision d'attribution, ils sont repris en toute transparence dans la décision motivée d'attribution.

23. Il serait contraire à l'économie générale du droit des marchés publics applicable sous les seuils européens et aux principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et au principe de proportionnalité, de considérer que le moindre lien existant entre deux soumissionnaires obligerait le pouvoir adjudicateur à les écarter.

24. Il en irait de même de se contenter des éléments invoqués dans la requête.

25. La partie requérante (n°16 de la requête) estime que l'objet social de la SPRL LA FAGNE D'HI est étranger aux prestations à réaliser dans le cadre du marché. Compte tenu de la possibilité de faire appel aux capacités d'entreprises tierces cette critique n'est pas pertinente en tant que telle.

26. La partie requérante estime (n°17 de la requête), que les offres présentées par les deux sociétés sont similaires en raison de leur montant et de la circonstance que le pouvoir adjudicateur a demandé des justifications aux deux sociétés. Ces deux considérations ne sont manifestement pas pertinentes.

En effet, il faut observer que le montant de l'offre de la partie requérante (127.261,75 €) est beaucoup plus proche de celui de la société TRANSELECT (127.957,50 €), soit une différence de 695,75 €, alors que la différence de prix entre le premier et le second est de 1391, 50 €.

Il faut encore relever que la partie requérante et la société TRANSELECT ont toutes deux commis la même erreur – pour les postes 6.3. et 7.2., une erreur de plume “n’affectant pas le montant de leur offre (somme non complétée)”. Fallait-il considérer qu’il s’agissait d’un indice que les offres avaient été remplies en même [sic]? Une réponse négative s’impose.

S’il suffisait d’invoquer la similarité des situations, alors le pouvoir adjudicateur aurait autant d’éléments pour écarter les deux premiers classés, que les troisième et quatrième.

27. La partie requérante n’apporte aucun élément concret permettant de comprendre en quoi les conditions normales de concurrence ont été faussées. Elle se borne en définitive à répété la similarité des prix qui entretiendraient leur « fausse » normalité. C’est faire fi du contrôle de la normalité des prix qui a été organisé *in casu* par le pouvoir adjudicateur.

28. En réalité, le pouvoir adjudicateur, compte tenu du montant du marché, a pris une décision raisonnable fondée sur une analyse rigoureuse des prix et une comparaison de ceux-ci aux prix usuels remis dans le cadre de ce type de marché (répétitifs) sur base de son expérience (voir les notes 2, 3, 4, 5 et 6 de la page 4 du rapport de comparaison des offres, pour conclure que les prix remis dans le cadre de ce marché étaient normaux.

[...] ».

V.3. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante fait valoir ce qui suit :

« a. En ce qui concerne les dispositions (des lois du 17 juin 2013 et du 29 juillet 1991) invoquées par la requérante relatives à la motivation des décisions et actes administratifs, il est renvoyé à la note d'observations de la SOFICO.

b. En ce qui concerne l'article 54 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans le secteur classique :

Il ne s'agit pas dans le cas d'espèce d'un soumissionnaire ayant remis plusieurs offres.

La SRL TRANSPORTS GRANDHENRY est une entreprise dotée d'une personnalité juridique propre comme la SRL LA FAGNE D'HI, Guillaume NISEN et TRANSELEC.

Par ailleurs, "cette interdiction formulée dans la réglementation belge doit aujourd'hui être nuancée au vu de la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle le droit communautaire s'oppose à une disposition nationale qui instaure une interdiction absolue, pour des entreprises entre lesquelles il existe un rapport de contrôle ou qui sont liées entre elles, de participer de manière simultanée et concurrente à un même appel d'offres, sans leur laisser la possibilité de démontrer que ledit rapport n'a pas influé sur leur comportement respectif dans le cadre de cet appel d'offres. Le raisonnement est comparable lorsque le marché n'atteint pas le seuil de publicité européenne".

c. Article 5 §1^{er}, al. 2 et article 69, al. 1^{er}, 4^o de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

L'article 69, al. 1^{er}, 4^o étant une concrétisation de l'article 5 §1^{er}, al. 2, ces dispositions seront abordées en même temps.

L'article 5 §1^{er}, al. 2 pose le principe : "les opérateurs économiques ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence".

Seule une entente en vue de fausser la concurrence peut être exclue par le pouvoir adjudicateur. En d'autres termes, toutes les ententes ne sont pas de nature à exclure leurs protagonistes de la passation des marchés publics.

Votre Conseil a pu considérer que "de l'article 9 de la loi du 15 juin 2006, précitée, ne découle aucune interdiction absolue pour des entreprises liées de prendre part à une même procédure sans que le pouvoir adjudicateur ne doive vérifier qu'une telle relation de dépendance a concrètement influencé leur comportement respectif dans cette procédure et donc pu fausser les conditions de la concurrence".

La décision de la SOFICO attaquée par la requérante concerne un marché public dont le montant se situe très nettement en dessous des seuils européens.

Dans un guide pour les acheteurs chargés des marchés publics, l'Autorité belge de la Concurrence a pu rappeler les formes courantes de ces ententes ou collusions interdites dans les marchés publics.

Tout d'abord, ces collusions ou ententes interdites (*bid rigging*) sont des mécanismes par lesquels "les soumissionnaires déterminent entre eux qui 'gagne', en concertant leurs soumissions ou offres de telle manière à s'assurer que le soumissionnaire désigné soit sélectionné par le processus apparemment concurrentiel".

Ensuite, en ce qui concerne les formes courantes, il est cité :

- Les offres de couverture (dite de complaisance, fictive ou symbolique), soit des offres qui ne sont pas destinées à être acceptées par l'acheteur mais seulement à créer une fausse impression d'une concurrence loyale;
- Les suppressions d'offres, soit un accord entre concurrents consistant à ne pas soumissionner ou à retirer son offre;
- Les rotations d'offres, soit un accord entre soumissionnaires qui permet à ceux-ci de remporter le marché à tour de rôle.
- La répartition de marchés, c'est-à-dire que les concurrents se répartissent le marché en décidant [lire : décidant] de ne pas se concurrencer sur tel client ou telle zone géographique.

Dans le cas d'espèce, on peut immédiatement écarter les trois dernières formes d'ententes.

Reste donc à analyser si la SRL TRANSPORTS GRANDHENRY et la SRL FAGNE D'HI auraient formé une entente consistant à ce que l'une d'elle fasse une offre de couverture.

Les offres ont été les suivantes :

Soumissionnaire	Montant de l'offre TVAC	Montant de l'offre corrigée TVAC
1. GRANDHENRY TRANSPORT SPRL	119.777,90€	S/O
2. LA FAGNE D'HI SPRL	121.169,40€	S/O
3. NISEN Guillaume	127.261,75€	S/O
4. TRANSELEC	127.957,50€	S/O

Il apparaît une différence de prix de 1150,00 HTVA entre les offres de la SRL TRANSPORTS GRANDHENRY et la SRL LA FAGNE D'HI.

Ces deux entreprises n'ont pas remis le même prix.

In concreto, l'offre de la SRL FAGNE D'HI pourrait-elle être considérée comme une offre de couverture qui n'était pas destinée à être acceptée par la SOFICO ? En d'autres termes, peut-on dans le cas d'espèce penser qu'il s'agissait d'une offre fictive ou de complaisance ?

Aucunement.

Il n'y a aucun élément qui permette de considérer que l'offre de la SRL LA FAGNE D'HI ne soit pas réelle pas plus que celle de la SRL TRANSPORTS GRANDHENRY dont le prix est fondé sur des éléments tangibles et l'expérience de la prestation de ce type de services.

Pas plus qu'il n'y a d'élément permettant d'imaginer que l'objectif poursuivi était de permettre à la SPRL TRANSPORTS GRANDHENRY d'augmenter ses prix.

Entre les offres de la partie requérante et de TRANSELEC, la différence est encore bien plus ténue, soit 575 EUR HTVA.

À suivre la thèse de la partie requérante quant au montant des offres, la similitude de son offre et de celle de TRANSELEC est bien plus suspicieuse.

Dans le même ordre d'idée, à suivre la partie requérante, on pourrait considérer comme particulièrement troublant que l'offre de la partie requérante et celle de TRANSELEC contiennent exactement les mêmes erreurs... Ces deux entreprises n'ont pas renseigné de somme pour les postes 6.3. et 7.2. de l'offre qui sont relatifs à l'"Utilisation d'un engin de déblocage".

La partie requérante estime (point 18) que l'entente dont elle fait grief à la SRL TRANSPORTS GRANDHENRY et la SRL LA FAGNE D'HI avait encore pour but d'influencer le contrôle des prix, car en donnant une apparence de normalité de prix, ces dernières évitaient une vérification des prix.

Cela est contraire au dossier. Par courrier du 16 juin 2020, la SOFICO a demandé à la SRL TRANSPORTS GRANDHENRY et à la SRL LA FAGNE D'HI des justifications écrites relatives à la composition de prix contenus dans leur offre. Vérifications faites, elle a estimé que ces prix étaient normaux.

Enfin, la partie requérante estime que par le dépôt de deux offres, les sociétés limitaient le risque de voir la SOFICO renoncer au marché compte tenu de l'absence de concurrence effective.

Ce raisonnement n'a pas beaucoup de sens. On ne perçoit ni pourquoi, ni comment, les sociétés TRANSPORTS GRANDHENRY et LA FAGNE D'HI auraient anticipé un problème de ce point de vue, ni la raison pour laquelle elles auraient œuvré pour régler ce problème. Après tout, la SOFICO devait nécessairement confier les prestations de service hivernal pour le lot 2 à quelqu'un...

L'argument du requérant apparaît purement théorique.

Le moyen de la partie requérante n'est pas sérieux ».

V.4 Appréciation du Conseil d'État sur les deux branches réunies

Aux termes de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

« Les opérateurs économiques ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence ».

À propos d'entreprises liées entre elles, la Cour de justice de l'Union européenne a rappelé, dans un arrêt du 17 mai 2018, (C-531/16) que « le droit de l'Union, en particulier la directive 2014/18, ne prévoit pas d'interdiction générale, pour des entreprises liées entre elles, de présenter des offres dans une procédure de passation de marchés publics ». Le même arrêt précise aussi que, « en toute hypothèse, le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 2 de la directive 2004/18 serait violé s'il était admis que les soumissionnaires liés puissent présenter des offres coordonnées ou concertées, à savoir non autonomes ni indépendantes, qui seraient susceptibles de leur procurer ainsi des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires ». S'agissant des preuves susceptibles de démontrer que les offres des soumissionnaires liés sont ou non autonomes, la Cour précise que « la constatation que les liens entre les soumissionnaires ont eu une influence sur le contenu de leurs offres présentées dans le cadre d'une même procédure suffit, en principe, pour que ces offres ne puissent pas être prises en compte par le pouvoir adjudicateur, celles-ci devant être présentées en toute autonomie et indépendance lorsqu'elles émanent de soumissionnaires liés ». Il semble donc ressortir de la

jurisprudence de la Cour de justice que, pour que le principe d'égalité soit violé, il suffit qu'il soit établi que les liens entre les sociétés ont eu une influence sur le contenu de leurs offres sans qu'il soit requis que ces offres concertées aient été de nature à fausser la concurrence.

Il ne semble pas, *prima facie*, que la circonstance que le marché se situe en-dessous des seuils européens imposerait de s'écarter de cette interprétation, qui n'est nullement exclue par le législateur. Il convient d'ailleurs de relever que la question se rattache au principe d'égalité et qu'on n'aperçoit pas les motifs pour lesquels ce principe devrait être appliqué différemment selon l'importance du marché.

La décision attaquée constate elle-même « que les soumissionnaires Grandhenry Transport SPRL et LA FAGNE D'HI sont visiblement des entreprises liées (même adresse, même adresse *e-mail* gérant identique, *etc...*) ». Elle indique toutefois que « l'analyse réalisée par l'adjudicateur ne démontre pas que les liens existants entre ces entreprises auraient eu une influence sur le contenu de leurs offres et l'indépendance de celles-ci, et partant pourraient fausser les conditions normales de la concurrence ».

Pour que le moyen soit déclaré sérieux, il n'est pas requis, contrairement à ce que soutiennent les parties adverses dans la note d'observations, qu'il soit établi que les conditions normales de concurrence ont été faussées. Il convient en revanche de vérifier si le pouvoir adjudicateur a pu raisonnablement considérer que les liens entre les deux soumissionnaires concernés ont été sans influence sur le contenu de leurs offres.

Force est à cet égard de constater que les deux offres ont été signées par la même personne.

Si, ainsi que le relève les parties adverses dans leur note d'observations, la différence entre le montant de l'offre de Transports Grandhenry et celui de l'offre de La Fagne d'Hi, soit 1391,50 euros est plus importante que la différence de 695,75 euros séparant le montant de l'offre de la requérante et de celle de l'offre de Transelec, il convient toutefois de prendre en considération d'autres indices issus des offres respectives des soumissionnaires en cause. Ainsi, il doit être constaté que les offres de Transports Grandhenry et de La Fagne d'Hi ne diffèrent que pour deux postes seulement sur seize, à savoir la mise à disposition d'une unité mécanique d'épandage (poste 1.1) et celle d'unité mécanique d'épandage – déneigement (poste 1.2). Les prix pour les autres postes sont rigoureusement identiques. Par ailleurs, les

réponses données par les deux soumissionnaires aux questions qui leur ont été posées dans le cadre de la vérification des prix sont également identiques.

Dans ces circonstances, il semble, au terme d'un examen *prima facie* en extrême urgence, que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas raisonnablement considérer que les liens entre les deux soumissionnaires ont été sans influence sur le contenu de leurs offres.

Le moyen est sérieux en ses deux branches.

VI. Balance des intérêts

Les parties adverses ne désignent pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VII. Confidentialité

La partie requérante demande que son offre, qui constitue la pièce n° 4 de son dossier, demeure confidentielle.

Les parties adverses déposent également à titre confidentiel les demandes de justifications de prix adressées aux sociétés Transports Grandhenry SRL et La Fagne d'Hi SPRL ainsi que leurs réponses (pièces n^{os} 1 et 1 *bis* du « dossier confidentiel ») de même que les quatre offres déposées (pièce 2 même du dossier).

Ces demandes n'ont pas été contestées de sorte qu'il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SRL Transports Grandhenry est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision de la Société wallonne de Financement complémentaire des Infrastructures du 3 septembre 2020 attribuant à la SRL Transports Grandhenry le marché de services relatif aux « prestations de service hivernal sur les routes gérées par le district de Bastogne. Lot 2 ».

Article 3.

La pièce 4 annexée à la requête, les pièces 1 et 1bis (demandes de justification de prix et réponses de la SRL Transports Grandhenry et de la SPRL La Fagne d'Hi) déposées au dossier administratif ainsi que les quatre offres reprises également dans ce dossier dont tenues, à ce stade de la procédure, pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 6.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 19 novembre 2020, par :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky