

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 252.514 du 21 décembre 2021

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 Claire DOYEN-BIVER, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur,

Partie intervenante :

**la société 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 SPRL Grandhenry Transport [...] ».

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

Par une requête introduite le 15 juin 2021, il sollicite une indemnité réparatrice de 42.070,00 euros.

II. Procédure

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

L'arrêt n° 248.973 du 19 novembre 2020 a accueilli la requête en intervention introduite par la SRL Transports Grandhenry, a ordonné, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, et a tenu à ce stade de la procédure, pour confidentielles 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 SRL La Fagne d'Hi) déposées au dossier administratif ainsi que les quatre offres reprises également dans ce dossier, et a réservé les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure.

La partie requérante a déposé un mémoire ampliatif.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a rédigé une note le 19 mai 2021 demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Par une lettre du 31 mai 2021, le greffe a notifié aux parties que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte dont la suspension a été ordonnée à moins que l'une d'elle ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

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. Mise en œuvre de la procédure abrégée prévue à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État

Selon l'article 17, § 6, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif peut annuler l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée si, dans les trente jours de la notification de

l'arrêt qui ordonne la suspension ou confirme la suspension provisoire, la partie adverse n'a pas introduit une demande de poursuite de la procédure.

Les parties adverses n'ont pas introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti et aucune des parties n'a demandé à être entendue.

L'auditeur rapporteur a en conséquence demandé la mise en œuvre de l'article 11/2 du règlement général de procédure.

À la suite de l'arrêt de l'assemblée générale n° 243.249 du 14 décembre 2018, qui s'inscrit dans le cadre du mécanisme visé aux articles 30, § 3, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 14^{quiquies} du règlement général de procédure, mais doit également être pris en considération dans le cadre du mécanisme visé aux articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, dans la mesure où ces dispositions prévoient également l'annulation de l'acte attaqué, il revient dès lors d'apprécier si le moyen unique, qui a été jugé sérieux par l'arrêt de suspension n° 248.973 du 19 novembre 2020 justifie l'annulation de l'acte attaqué. Dans l'affirmative, celui-ci pourra être annulé *via* la procédure abrégée visée à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

Il ressort certes de l'arrêt n° 249.815 du 10 février 2021, prononcé en la cause référencée 232.653/VI-21.957, que l'acte attaqué dans le cadre du présent recours a fait l'objet d'un retrait, sur le caractère définitif duquel le Conseil d'État ne s'est toutefois pas prononcé dans cet arrêt n° 249.815 du 10 février 2021. Dans le cadre de la mise en œuvre de la procédure abrégée prévue à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, et à défaut de disposer, en la présente cause, de la décision de retrait, d'une copie des différents courriers de notification de cette décision de retrait aux soumissionnaires concernés et de la preuve d'envoi de ces courriers, il n'est pas permis de déterminer si le retrait intervenu peut être tenu pour définitif, ce qui priverait de son objet de présent recours. Dans un souci de sécurité juridique, il convient donc de se prononcer sur l'annulation de la décision d'attribution attaquée.

IV. Examen du moyen unique

Dans un moyen unique pris de la violation « 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 », la partie requérante fait grief aux parties adverse, en une première branche, d'avoir « 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 dans une deuxième branche, d'avoir « 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 ».

L'arrêt n° 248.973 du 19 novembre 2020 a jugé ce moyen unique sérieux pour les motifs suivants :

« 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 ».

Il n'y a pas lieu de se départir de ce qui a été jugé par l'arrêt n° 248.973 précité. Le moyen unique est ainsi jugé fondé. En application des articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, l'acte attaqué est annulé.

V. Confidentialité

La requérante demande la confidentialité de son offre, qui constitue la pièce n° 4 de son dossier, contenant des informations relevant du secret des affaires. Les parties adverses ont également déposé, à titre confidentiel, dans le cadre de la procédure de suspension en extrême urgence, les demandes de justifications de prix adressées aux sociétés Transports Grandhenry SRL et La Fagne d'Hi SRL ainsi que leurs réponses (pièces n^{os} 1 et 1 *bis* du « dossier confidentiel ») de même que les quatre offres déposées (pièce 2 du dossier confidentiel).

Ces demandes n'ont pas été contestées de sorte qu'il y a lieu, dans le cadre de la demande d'indemnité réparatrice introduite par la requérante, de confirmer le maintien de la confidentialité des pièces concernées, décidé par l'arrêt n° 248.973 du 19 novembre 2020, dans le cadre de la demande d'indemnité réparatrice introduite par la requérante.

VI. Indemnité de procédure

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 840 euros.

Selon l'article 67, § 2, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948, aucune majoration n'est due s'il est fait application des articles 11/2 à 11/4 de l'arrêté.

Il y a donc lieu d'accorder à la partie requérante une indemnité de procédure au montant de base.

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

Article 1^{er}.

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 » est annulée.

Article 2.

Les parties adverses supportent les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros, les contributions de 40 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie requérante, à concurrence de la moitié chacune.

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

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 SRL La Fagne d'Hi) ainsi que la pièce 2 (les quatre offres) déposées au dossier administratif, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 21 décembre 2021 par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy