CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n^o^ 253.496 du 12 avril 2022

A. 235.885/VI-22.252

En cause : **la société anonyme A2**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Renaud SIMAR, avocat,
rue Jules Cockx 8-10
1160 Bruxelles,

contre :

la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures (SOFICO),
ayant élu domicile chez
M^es^ Marie VASTMANS, Alice TROISFONTAINE et Mickaël DHEUR, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

Partie requérante en intervention :

la société anonyme KRINKELS,
ayant élu domicile chez
M^e^ Olivier ESCHWEILER, avocat,
Rue de Méry 42
4130 Esneux.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 16 mars 2022, la SA A2 demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 25 février 2022 prise par la SOFICO, par laquelle le marché public de services régi par le Cahier spécial des charges (référence : SOFICO-21-1036) ayant pour objet le "bail de brossage, curage, propreté, d'entretien des espaces verts autoroutier – District autoroutier de Marcinelle" est attribué à SA KRINKELS » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 mars 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 31 mars 2022

Par une requête introduite le 30 mars 2022, la SA Krinkels demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M[es] Renaud Simar et Guillaume Poulain, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M[es] Alice Troisfontaines et Mickaël Dheur, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M[e] Gaël Tilman, *loco* M[e] Olivier Eschweiler, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian Amelynck, premier auditeur chef de section 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. Exposé des faits

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

« 1.
Le 5 mai 2021, la SOFICO publie un avis de marché au *Bulletin des adjudications* et au *Journal officiel de l'Union européenne* ayant pour objet un marché public de services relatif au "brossage, curage, propreté, d'entretien des espaces verts du district autoroutier de Marcinelle" (…).

2.
Ledit marché est régi par le cahier spécial des charges portant la référence CSCH n° 21-1036 et est passé par procédure ouverte, sur la base du seul critère du prix (…).

3.
Comme le prévoit le cahier spécial des charges au point deux, la SOFICO, en tant que pouvoir adjudicateur, s'est engagée à commander, chaque année, pendant toute la durée de validité du marché, des services dont le montant est compris entre 2.165.000 EUR minimum HTVA et 4.150.000 EUR maximum HTVA.

L'assistance technique est fournie à la SOFICO par la Région wallonne – Service Public de Wallonie.

La Direction des Routes de Charleroi assure la direction, le contrôle et la surveillance de l'exécution du marché.

4.
En son article 8.3, le cahier spécial des charges fixe deux critères de sélection qualitative.

Le premier porte sur la capacité économique et financière du soumissionnaire, tandis que le second porte sur la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire.

Les soumissionnaires ont dû joindre à leur offre les documents nécessaires prouvant qu'ils disposent du personnel qualifié pour répondre aux critères de sélection qualitative du présent marché.

5.
Un avis rectificatif a été publié au *Bulletin des adjudications* et au *Journal officiel de l'Union européenne* en date du 10 juin 2021 (…).

6.
La date limite de dépôt des offres a été fixée au 22 juin 2021.

Cinq offres ont été déposées, à savoir celles de :

- la S.A. A2, à 7080 Frameries, rue des Fours à Chaux 102;
- la S.A. ARTBEL, à 5580 Rochefort, rue du Hambeau 18;
- la S.M EUROGREEN/SOTRAPLANT S.A., à 5140 Sombreffe, Chaussée de Gembloux 66;
- la S.A. KRINKELS, à 5100 Naninne, rue des Scabieuses 10;
- la S.A. SOGEPLANT, à 4041 Milmort, Avenue du Parc Industriel 1.

7.
Le 6 septembre 2021, la SA A2 a été invitée par la SOFICO à justifier le montant de certains postes dont le prix et le montant de la composition de celui-ci semblaient anormaux (…).

La SA A2 y aurait répondu par courriers du 13 et 15 septembre 2021, en communiquant ses justifications de prix à la SOFICO (…).

8.
La SOFICO a également interrogé trois autres soumissionnaires en vue d'obtenir la justification des prix unitaires des postes suspectés d'anormalité.

9.
Le 25 février 2022, la SOFICO a décidé d'écarter les offres de la SA A2, la SA SOGEPLANT, la SM EUROGREEN - SOTRAPLANT et de la SA ARTBEL pour cause d'irrégularité substantielle; de déclarer l'offre de la société KRINKELS comme régulière et d'attribuer le marché à cette dernière pour un montant de 3.177.961,53 EUR HTVA.

Il s'agit de l'acte attaqué (…).

10.
L'acte attaqué a été communiqué aux soumissionnaires par un courrier daté du 1er mars 2022, communiqué par télécopie et par courrier recommandé à la même date (…).

11.
Le 16 mars 2022, la SA A2 a introduit un recours en suspension, selon la procédure d'extrême urgence, devant le Conseil d'État, à l'encontre de cette décision ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 30 mars 2022, la SA Krinkels demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué qui lui attribue le marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité de la demande

V.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande, en s'exprimant dans les termes suivants :

« 12.
L'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, auquel se réfère l'article 15 de cette même loi, précise ce qui suit :

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

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

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

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

Il résulte de cette disposition qu'il incombe à la partie qui sollicite la suspension de l'exécution d'une décision ou son annulation de démontrer concrètement la lésion que lui aurait causée ou aurait risqué de lui causer la violation alléguée.

13.
La jurisprudence considère classiquement que le requérant doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risqué de léser le requérant et

établir une forme de causalité entre l'illégalité alléguée et cette lésion (Voy. notamment : C.E., arrêt n° 240.225 du 18 décembre 2017, SA PANDROL CDM TRACK; C.E., arrêt n° 240.252 du 20 décembre 2017, SA SODRAEP; C.E., arrêt n° 240.354 du 5 janvier 2018, SA JETTE CLEAN; C.E., arrêt n° 242.085 du 9 juillet 2018, SA SUEZ; C.E., arrêt n° 237.297 du 7 février 2017, SPRL UYTTENDAELE, GERARD, KENNES ET ASSOCIÉS; C.E., arrêt n° 242.224 du 22 août 2018, SA TRACE).

14.
La doctrine précise, à ce propos, qu'un "soumissionnaire non sélectionné ou déclaré irrégulier n'a intérêt à poursuivre l'annulation de la décision d'attribution que dans la mesure où il prend un ou des moyens de l'irrégularité de sa non-sélection ou de celle du rejet pour irrégularité de son offre, ou encore de l'illégalité de la sélection ou de la reconnaissance de la régularité de l'offre de l'adjudicataire, voire des autres soumissionnaires" (E. Thibaut, "Actualités de la jurisprudence de la section du contentieux administrative du Conseil d'État relative aux marchés publics (année 2009)", A.P.T., 2012, p. 296).

E. Thibaut et P. Thiel ont eu l'occasion de rappeler que "les requérantes, dont l'offre a été jugée irrégulière, n'ont d'intérêt à demander la suspension de l'exécution de la décision attribuant le marché à un concurrent, que pour autant qu'il soit démontré que c'est à tort que leur offre a été jugée irrégulière. L'examen de l'intérêt est toutefois lié au fond" (E. Thibaut et P. Thiel, "Chronique de jurisprudence judiciaire et du Conseil d'État" (décisions juridictionnelles de 2011), MCP, 2012/4, p. 477).

15.
Cette position a également été confirmée par la jurisprudence de Votre Conseil.

Dans son arrêt n° 212.298 du 29 mars 2011, Votre Conseil a rappelé que "les requérantes, dont l'offre a été jugée irrégulière, n'ont intérêt à demander la suspension de l'exécution d'une décision attribuant le marché à un concurrent, que pour autant qu'il soit démontré que c'est à tort que leur offre a été jugée irrégulière; que l'examen de l'intérêt est toutefois lié au fond" (C.E., arrêt n° 212.298 du 29 mars 2011, SYNTIGO).

La jurisprudence de Votre Conseil s'appuie sur le même raisonnement (C.E., arrêt n° 227.379 du 14 mai 2014, CIT BLATON, MCP, 2014/3, p. 324; C.E., arrêt n° 225.211 du 23 octobre 2013, HULLBRIDGE ASSOCIATED, MCP, 2014/1, p. 78).

16.
En l'espèce, il résulte des considérations qui suivent que la SA A2 n'a pas intérêt au recours en ce qu'elle ne démontre pas la lésion que lui auraient causée ou auraient risqué de lui causer les violations alléguées, lésion à la vérification de laquelle est subordonnée la recevabilité de la demande de suspension de l'acte attaqué, en vertu des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013.

Son offre ayant été déclarée irrégulière, elle n'a intérêt au recours que pour autant qu'elle puisse démontrer que la partie adverse a erronément déclaré son offre irrégulière ou déclaré l'offre de l'attributaire pressenti du marché régulière. Or, force est de constater que le moyen unique, en aucune de ses branches, n'est sérieux.

Par voie de conséquence, l'offre de la SA A2 est effectivement irrégulière de sorte qu'elle n'a pas intérêt au recours.

17.
Le présent recours doit donc être déclaré irrecevable, conformément aux articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Les articles 14 et 15 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 sont libellés comme suit :

« Art. 14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
3° les documents du marché ou de la concession »;

« Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :
1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.
Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.
L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.
La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.
La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1er ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément ».

Il n'est pas contesté, et ne paraît pas davantage contestable, que la requérante a ou a eu intérêt à obtenir le marché litigieux.

Par ailleurs, le moyen unique critique, en chacune de ses quatre branches, la décision de l'acte attaqué par laquelle la partie adverse a rejeté les

justifications de prix apportées par la requérante et a écarté l'offre déposée par celle-ci, estimant qu'elle était entachée d'une irrégularité substantielle. À supposer établie l'illégalité de cette décision au regard du moyen de la requête, il doit être considéré qu'elle a lésé ou a risqué de léser la requérante.

Les conditions de recevabilité fixées par les dispositions précitées étant vérifiées, l'exception de recevabilité opposée à la demande ne peut être accueillie.

VI. Moyen unique – Troisième branche

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; des articles 4 et 5, 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; du principe de la concurrence et de son corollaire le principe de l'égalité entre soumissionnaires; du principe de bonne administration; du devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération; de l'erreur manifeste d'appréciation », en ce que « la SOFICO rejette les justifications de prix de la SA A2 relatives aux postes n°45, 46, 81, 82, 159 et 160 de l'inventaire, sans préciser davantage le caractère irréaliste, selon elle, des rendements annoncés par la SA A2 et la caractère négligeable ou non de ces postes », alors que « les éléments avancés par la SA A2 justifient la normalité des prix remis ».

Au titre de la troisième branche de ce moyen, elle expose plus particulièrement ce qui suit :

« IV.1.4.1. RAPPEL DES PRINCIPES

28. Comme évoqué ci-avant, l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que l'offre d'un soumissionnaire doit uniquement être rejetée dans deux hypothèses :

- en raison du caractère anormal du montant total de l'offre;
- et/ou en raison du caractère anormal d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s).

29. Quant au caractère négligeable d'un poste, Votre Conseil indique que :

“ Il n’apparaît ni de la loi du 17 juin 2016 ni de l’arrêté royal du 18 avril 2017, que le pouvoir adjudicateur soit tenu au respect de critères déterminés lorsqu’il s’agit de juger du caractère négligeable ou non des postes de l’offre, dont le prix est considéré comme anormalement bas. A cet égard, le rapport au Roi précédant l’arrêté royal susvisé précise qu’il n’a pas été donné suite à une observation de la section de législation du Conseil d’État, qui proposait d’illustrer la notion de □postes négligeables□ par des exemples car □le caractère négligeable ou non d’un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné□. Le pouvoir adjudicateur dispose donc d’un pouvoir d’appréciation. Il s’ensuit que, lorsqu’il est invité à contrôler l’appréciation portée par un pouvoir adjudicateur quant à ce, le Conseil d’État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l’exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l’autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée”.

30. Par ailleurs, le pourcentage du poste concerné par rapport au montant total de l’offre du soumissionnaire concerné constitue un élément objectif, clair et facilement vérifiable afin de déterminer le caractère négligeable ou non d’un poste.

IV.1.4.2. APPLICATION AU CAS D’ESPÈCE

31. Dans sa décision d’attribution motivée, la SOFICO indique que :

“ L’impact financier de ces postes (anormaux) sur l’ensemble du marché est non négligeable. Il représente près de 6 % du montant de l’entretien préventif du marché”.

32. Or, la SOFICO ne peut déterminer le caractère négligeable de certains postes sur une partie limitée du marché litigieux, sous peine d’artificiellement augmenter l’importance de ces postes.

En effet, contrairement à ce qu’elle prétend, l’entretien préventif ne représente qu’une partie limitée du marché litigieux.

La SOFICO devait prendre en compte l’importance de ce poste par rapport au coût total du marché litigieux, soit, à suivre l’offre de la SA A2, 2.496.954,82 € HTVA

Concrètement, les postes n° 45, 46, 81, 82, 159 et 160 auraient dû être considérés comme négligeables, dès lors que :

- Le poste n° 45 s’élève à 2.055,00 € (= 685,00 € * 3 opérations), soit 0,08 % du montant total de l’offre de la SA A2;
- Le poste n° 46 s’élève à 771,00 € (= 257,00 € * 3 opérations), soit 0,03 % du montant total de l’offre de la SA A2;
- Le poste n° 81 s’élève à 31.128,00 € (= 1297,00 € * 24 opérations), soit 1,24 % du montant total de l’offre de la SA A2;
- Le poste n° 82 s’élève à 36.624,00 € (= 1511,00 € * 24 opérations), soit 1,45 % du montant total de l’offre de la SA A2;
- Le poste n° 159 s’élève à 1.500,00 € (= 500 ,00 € * 3 opérations), soit 0,06 % du montant total de l’offre de la SA A2;
- Le poste n° 160 s’élève à 1.104,00 € (368,00 € * 3 opérations), soit 0,04 % du montant total de l’offre de la SA A2.

Il en résulte que l'importance des postes litigieux varient entre 0,03 % et 1,24 % - et non 6 % comme avancé par la SOFICO – ce qui permet de les qualifier de postes négligeables.

33. Au demeurant, dans sa décision motivée d'attribution, la SOFICO ne signale pas que le montant total de l'offre de la SA A2 présenterait un caractère anormal.

Or, par courrier du 3 septembre 2021, elle a interrogé la SA A2 sur ce point.

Il convient, dès lors, de considérer que la SOFICO a estimé, compte tenu des justifications avancées par la SA A2 dans ses courriers du 13 et 15 septembre 2021, que le montant total de l'offre de cette dernière n'est pas anormal.

34. Partant, les hypothèses prévues à l'article 36, §3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ne sont pas rencontrées en l'espèce, de sorte que la SOFICO ne pouvait écarter l'offre de la SA A2 ».

B. Note d'observations

La partie adverse répond à la troisième branche du moyen dans les termes suivants :

« 52.
Le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire afin d'apprécier le caractère négligeable ou non d'un poste.

Le Rapport au Roi concernant l'article 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 indique à cet égard ce qui suit :

"Il n'a pas été donné suite à la remarque du Conseil d'État d'insérer des exemples pratiques dans le rapport au Roi. Le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné." (Rapport au Roi précédant l'A.R. du 18 avril 2017, M.B., 9 mai 2017, spécialement sous l'article 36).

Le caractère discrétionnaire de cette compétence est également confirmé par la jurisprudence de Votre Conseil (C.E., arrêt n° 245.222 du 23 juillet 2019; C.E., arrêt n° 245.302 du 14 août 2019; C.E., arrêt n° 241.595 du 24 mai 2018, NV DESMET MACHINEBOUW ENGINEERING).

53.
Par ailleurs, Votre Conseil a déjà jugé que lorsque le pouvoir adjudicateur applique un critère mathématique pour identifier des postes négligeables, il appartient à la partie requérante de prouver que le pouvoir adjudicateur a dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation eu égard au marché concerné (C.E., arrêt n° 240.267 du 21 décembre 2017, VAN HULLE PAUL GRONDWERKEN).

54.
En outre, la Cour d'appel d'Anvers a estimé qu'un poste, même d'une valeur minime par rapport à l'ensemble d'une soumission, peut apparaître comme anormal et fonder le rejet d'une offre.

Indépendamment de la valeur relative minime du poste concerné, le juge a en effet constaté dans le cadre de cette affaire qu'il peut en résulter des inconvénients techniques sérieux pour la qualité de la construction (Anvers, 18 décembre 2007, NjW, 2008, p. 404).

Dans le même sens, le pouvoir adjudicateur est confronté à un prix anormal lorsque l'entrepreneur n'a pas pris en compte les difficultés propres au chantier en surestimant de façon anormalement élevée le rendement de certains postes (Liège 4 novembre 2002 RG : 2000/RG/1169, cité in P. HOREMANS, Droit des marchés publics, t. 1, Anthemis, 2017).

55.
Dans le cas d'espèce, la décision motivée d'attribution de la SOFICO du 25 février 2022 (…) indique en page 8/18 ce qui suit concernant les postes n° 45, 46, 81, 82, 159 et 160 :

> L'impact financier de ces postes (anormaux) sur l'ensemble du marché est non négligeable. Il représente près de 6 % du montant de l'entretien préventif de ce marché. De plus, les prix s'écartent de 25% par rapport à notre propre estimation et des prix usuellement pratiqués pour ces opérations.

Il résulte de cet extrait de la décision motivée d'attribution que la SOFICO a précisé que lesdits postes représentent un pourcentage mathématique de 6 % du montant de l'entretien préventif de ce marché de sorte que l'impact financier de ces postes sur l'ensemble du marché est non-négligeable.

La SA A2 tire ensuite de cet extrait que la SOFICO ne pourrait pas déterminer le caractère non-négligeable des postes susvisées sur une partie limitée du marché (entretien préventif) et prétend erronément que lesdits postes constituent des postes négligeables puisqu'ils se situeraient entre 0,03 % et 1,24 % du montant de son offre.

56.
Or, il échet de constater que la SA A2 fait fi du pouvoir discrétionnaire de la SOFICO qui peut effectivement déceler des postes non-négligeables sur une partie du montant du marché, soit sur la partie relative à l'entretien préventif (…).

Elle ne rapporte d'ailleurs pas la preuve que la SOFICO aurait dépassé les limites de son pouvoir d'appréciation en indiquant notamment que lesdits postes sont non-négligeables et représentent près de 6 % du montant de l'entretien préventif du marché (Voy., en ce sens C.E., arrêt n° 240.267 du 21 décembre 2017, VAN HULLE PAUL GRONDWERKEN).

Au contraire, la SA A2 se contente d'indiquer que lesdits postes seraient négligeables, *quod non*, en faisant uniquement usage d'une jurisprudence de Votre Conseil qui indique que le pourcentage du poste concerné par rapport au montant total de l'offre du soumissionnaire concerné constitue un élément objectif, clair et facilement vérifiable afin de déterminer le caractère négligeable ou non d'un poste (C.E., arrêt n° 245.302 du 14 août 2019, SA HEMMIS)

Elle n'est toutefois pas sans ignorer que la valeur d'un poste par rapport à l'ensemble de la soumission n'est pas le seul critère déterminant afin de détecter le caractère négligeable ou non de ce poste.

Comme cela ressort de la jurisprudence susvisée, le pouvoir adjudicateur peut être confronté à un seul prix anormal, même d'une valeur minime pour rejeter l'offre du soumissionnaire lorsqu'il en résulte des inconvénients techniques sérieux dans le cadre de l'exécution du marché (Anvers, 18 décembre 2007, NjW, 2008, p. 404; Liège 4 novembre 2002 RG : 2000/RG/1169, cité in P. HOREMANS, *Droit des marchés publics*, t. 1, Anthemis, 2017.

C’est précisément ce que la SOFICO a démontré dans le cadre de sa décision motivée d’attribution du 25 février 2022 (pages 6 à 8/18) concernant les postes litigieux.

Concernant les travaux de fauchage (postes n° 45 et 46), la SOFICO a en effet estimé ce qui suit :

Pour le poste 45, le CSC mentionne que l’opération comprend le fauchage de sécurité des terre-pleins latéraux de l’ensemble des échangeurs (Gouy-lez-piéton, Thiméon, Heppignies, Marcinelle et Fontaine l’Evêque) et y compris les opérations manuelles de finitions.

Le nombre d’hommes prévus en vue de la réalisation de ces opérations (y compris les finitions) est insuffisant au vu du travail que cela représente (quantité) et du temps de transfert entre les différents échangeurs et les différentes bretelles qui composent ceux-ci. Le rendement annoncé est irréaliste et le prix remis pour ce poste ne permet pas d’exécuter les prestations conformément aux prescriptions du cahier de charges.

(poste 45)

Le montant du forfait signalisation pour la mise en place de ces déviations successives est très largement sous-évalué au vu du nombre d’opérations nécessaires à la mise en place de ces fermetures/déviations, indispensables à la bonne exécution des opérations, ainsi qu’au regard du temps nécessaire pour la récupération de la signalisation et le transfert entre ces différentes mises en place (5 échangeurs – 40 bretelles). Le prix remis pour ce poste ne permet donc pas d’exécuter les prestations conformément aux prescriptions du cahier de charges.

(poste 46)

Concernant les travaux de ramassage des déchets (postes n° 81 et 82), elle a indiqué également ce qui suit :

Le nombre d’hommes prévus en vue de la réalisation de ces prestations est insuffisant au vu de la quantité de travail que cela représente, de la nature de celui-ci (tri sélectif) et du temps de transfert entre les différents échangeurs et les différentes bretelles qui composent ceux-ci. Le rendement annoncé est irréaliste et le prix remis pour ce poste ne permet pas d’exécuter les prestations conformément aux prescriptions du cahier de charges.

(poste 81)

Le montant du forfait signalisation pour la mise en place de ces déviations successives est très largement sous-évalué au vu du nombre d’opérations nécessaires à la mise en place de ces fermetures/déviations, indispensables à la bonne exécution des opérations, ainsi qu’au regard du temps nécessaire pour la récupération de la signalisation et le transfert entre ces différentes mises en place (5 échangeurs – 40 bretelles).

(poste 82)

Concernant les postes n° 159 et 160 (travaux de curage d’avaloirs), elle a encore constaté ce qui suit :

Il est physiquement impossible, au vu de l’emploi d’une cureuse suceuse, d’exécuter le curage du nombre d’avaloirs présents sur les différents viaducs dans le délai annoncé. Le rendement annoncé dépasse l’unité à la minute.

(poste 159)

Le montant et le temps nécessaire à la mise en place de la signalisation est très largement sous-évalué au vu du nombre d'avaloirs (voir poste 159) et au temps nécessaire de transfert entre les différents viaducs.

(poste 160)

Il résulte de ce qui précède que la SOFICO a mis en évidence de nombreuses difficultés liées au rendement de la SA A2 concernant l'entretien préventif du marché de sorte que les postes susvisées sont des postes non-négligeables qui doivent être correctement calculés afin de rendre effectivement réaliste l'exécution du marché.

57.
Par ailleurs, la SOFICO peut rejoindre la SA A2 sur le fait que ce n'est pas le montant total de son offre qui a été considéré comme anormal.

La SOFICO tient à rappeler à ce sujet que l'anormalité d'un prix ne se limite en effet pas à une différence importante de prix. Votre Conseil a décidé en effet qu'une différence de prix de 18 % pour un même lot n'est pas en elle-même révélatrice d'un prix anormal (C.E., arrêt n° 209.137 du 24 novembre 2010).

Cela n'empêche toutefois pas que c'est au stade de l'examen des justifications de la SA A2 transmises les 13 et 15 septembre 2021 que la SOFICO a détecté effectivement des prix anormaux concernant les postes non-négligeables n° 45, 46, 81, 82, 159 et 160 de sorte que l'article 36, § 3, 1°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 s'applique bien au cas d'espèce.

58.
Compte tenu de ce qui précède, la SOFICO a considéré à bon droit que les postes litigieux sont non-négligeables. Elle a effectivement démontré que leurs prix sont anormaux compte tenu des nombreuses difficultés d'exécution qu'elle aurait pu rencontrer dans le cadre du marché litigieux et, partant, a écarté valablement l'offre de la SA A2.

Le fait d'avoir mentionné dans sa décision motivée d'attribution que l'impact financier de ces postes sur l'ensemble du marché est non-négligeable et représente près de 6 % du montant de l'entretien préventif de ce marché n'est donc pas disproportionné compte tenu des importantes difficultés d'exécution détaillées par la SOFICO en lien avec les chiffres précisés dans l'offre de la SA A2.

59.
La troisième branche du premier moyen n'est dès lors manifestement pas sérieuse ».

C. Requête en intervention

L'intervenante formule les observations suivantes :

« Dans le développement de cette branche, la partie requérante estime que les postes litigieux sont négligeables, arguant que ceux-ci s'élèvent à :

- 0,08 % du montant total pour le poste 45
- 0,03 % du montant total pour le poste 46
- 1,24 % du montant total pour le poste 81

- 1,45 % du montant total pour le poste 82
- 0,06 % du montant total pour le poste 159
- 0,04 % du montant total pour le poste 160

Votre Conseil a décidé que

“ Quant à l’importance des huit postes litigieux, il n’apparaît ni de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ni de l’arrêté royal du 18 avril 2017 précité, que le pouvoir adjudicateur soit tenu au respect de critères déterminés lorsqu’il s’agit de juger du caractère négligeable ou non des postes de l’offre, dont le prix est considéré comme anormalement bas.

À cet égard, le rapport au Roi précédant l’arrêté royal susvisé précise qu’il n’a pas été donné suite à une observation de la section de législation du Conseil d’État, qui proposait d’illustrer la notion de □postes négligeables□ par des exemples car □le caractère négligeable ou non d’un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné□.

Le pouvoir adjudicateur dispose donc d’un pouvoir d’appréciation. Il s’ensuit que, lorsqu’il est invité à contrôler l’appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur ce point, le Conseil d’État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur, sauf à sanctionner une erreur manifeste d’appréciation”

La partie requérante ne démontre nullement, dans sa requête, ni n’identifie précisément que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d’appréciation en estimant que ces postes présentaient un impact non négligeable.

Au contraire, en indiquant que les postes visés représentent 2,9 % du montant total de son offre, alors même que ces postes ont été considérés comme anormalement bas, et que certains postes représentent plus de 1 % du montant total de l’offre de la requérante, celle-ci souligne le caractère non négligeable de ceux-ci, sauf à vider de sa substance cette notion.

La troisième branche du moyen n’est pas sérieuse ».

VI.2. Appréciation du Conseil d’État

En sa troisième branche, le moyen unique conteste la légalité de l’acte attaqué, en ce que la partie adverse y a décidé que les six postes pour lesquels elle a estimé anormaux les prix unitaires proposés par la requérante étaient non négligeables. À cette fin, celle-ci invoque spécialement une violation de l’article 36 de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. En cette branche du moyen, la requérante critique en particulier l’appréciation du caractère non négligeable des postes concernés fondée sur la valeur relative des prix proposés pour ces postes au regard non du montant total de l’offre, mais du montant de la seule partie de celle-ci relative aux prestations d’entretien préventif. Elle fait également valoir que, estimées au regard du montant total de son offre, les valeurs relatives à chacun des postes concernés varient entre 0,03 % et 1,24 %, ce qui contredit le caractère non négligeable reconnu par la partie adverse à ces postes.

L'article 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité fixe le sort qui, selon les cas, peut être réservé à une offre pour laquelle – dans le cadre de l'examen des prix effectué conformément au paragraphe premier de cet article – des justifications ont été demandées au soumissionnaire concerné. Cette disposition se lit comme suit :

« § 3. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :
1° soit constaté que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
2° soit constaté que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
3° soit motivé dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.
Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1er, de la loi et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Lorsque l'offre contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 2.
Dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire. Ces données sont soumises au soumissionnaire afin de lui permettre d'y réagir.
Si le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre paraît anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'État par le soumissionnaire, il ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui écarte une offre dans ces conditions le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 3. Le présent alinéa n'est applicable que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne ».

Prima facie, il ne paraît pas ressortir de cette disposition que le pouvoir adjudicateur serait tenu au respect de critères déterminés lorsqu'il s'agit de juger du caractère négligeable ou non des postes de l'offre, dont le prix est considéré comme anormalement bas. À cet égard, le rapport au Roi précédant l'arrêté royal susvisé précise qu'il n'a pas été donné suite à une observation de la section de législation du Conseil d'État, qui proposait d'illustrer la notion de « postes négligeables » par des exemples (avis n° 60.903/1), car « le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné ». Le pouvoir adjudicateur dispose donc d'un pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur quant à ce, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée.

Pour ce qui concerne la reconnaissance du caractère non négligeable des six postes pour lesquels la partie adverse a jugé anormaux les prix unitaires proposés par la requérante, l'acte attaqué contient la mention suivante :

> « L'impact financier de ces postes (anormaux) sur l'ensemble du marché est non négligeable. Il représente près de 6 % du montant de l'entretien préventif de ce marché. De plus, les prix s'écartent de 25 % par rapport à notre propre estimation et des prix usuellement pratiqués pour ces opérations ».

Cet extrait pourrait, à sa lecture, se comprendre en ce sens que la reconnaissance du caractère non négligeable des six postes repose sur deux indices, à savoir, d'une part, l'impact financier de ces postes sur l'ensemble du marché et, d'autre part, l'écart des prix concernés par rapport à l'estimation de la partie adverse et aux prix usuellement pratiqués. Outre que ce deuxième indice – qui pourrait entrer en considération, le cas échéant avec d'autres, dans l'appréciation du caractère anormal des prix unitaires – ne rend nullement compte, en soi, du caractère négligeable, ou non, des postes concernés, le Conseil d'État observe que, dans le cadre de la présente procédure, la partie adverse ne l'a pas invoqué pour justifier sa décision de considérer ces postes comme non négligeables, ce qu'elle n'aurait pas manqué de faire si – à ses yeux – cet indice avait vocation à servir cette justification. Il doit donc être considéré que – à s'en tenir à l'acte attaqué – le seul indice retenu par la partie adverse pour décider du caractère non négligeable des postes concernés est celui de l'impact financier des « postes (anormaux) sur l'ensemble du marché ».

Pour retenir l'impact financier des six postes concernés sur l'ensemble du marché, la partie adverse s'est fondée sur la valeur relative des prix proposés par la requérante pour ces postes, au regard, non du montant total de l'offre (ce qu'impliquait, *prima facie*, la référence expresse de l'acte attaqué à « l'ensemble du marché »), mais du montant de la seule part de cette offre relative à l'entretien préventif, ce qui a nécessairement eu pour effet d'influencer à la hausse cette valeur relative. Ce faisant, elle n'a pu – dans l'exercice de son pouvoir d'appréciation – retenir, sur la base d'une telle évaluation, le caractère non négligeable des postes concernés, sans commettre une erreur manifeste.

Dans le cadre de la présente procédure, la partie adverse a laissé entendre que, pour l'appréciation du caractère non négligeable des postes concernés, devait être relativisée l'importance de l'impact financier de ceux-ci, cet indice devant être combiné avec d'autres; elle a plus particulièrement visé l'incidence des rendements trop élevés dont aurait rendu compte la requérante sur la bonne exécution du marché. Sans qu'il soit nécessaire, à ce stade, d'apprécier la pertinence d'un tel indice dans l'appréciation du caractère négligeable, ou non, de postes pour lesquels des prix unitaires ont été jugés anormaux, il suffit de constater que rien,

dans la motivation de l'acte attaqué ou dans les pièces de la procédure, ne permet de constater que la partie adverse aurait tenu compte, pour fonder sa décision de considérer les postes litigieux comme non négligeables, de l'incidence de rendements trop élevés (à son estime) sur l'exécution du marché. En faisant grand cas des motifs de l'acte attaqué qui attesteraient des risques quant à cette exécution du marché, la partie adverse paraît, *prima facie*, confondre, quant à leurs motifs respectifs, la décision de déclarer anormaux les prix unitaires litigieux, avec celle par laquelle elle considère comme non négligeables les postes pour lesquels ces prix unitaires sont ainsi jugés anormaux. La combinaison d'indices dont la partie adverse tente ainsi de se prévaloir ne peut sérieusement être invoquée pour justifier l'acte attaqué, sur l'aspect précis que met en évidence cette troisième branche du moyen unique.

Pour ces motifs, le moyen unique doit être déclaré sérieux en sa troisième branche.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue confidentielle « son offre qui fera, selon toute vraisemblance, partie du dossier administratif ». Elle fait de même pour les « courriers portant sur les justifications des prix remis », lesquels sont identifiés comme étant la pièce 5 annexée à la requête.

La partie adverse dépose un dossier administratif confidentiel, constitué – selon ce que révèle la consultation de la plateforme électronique du Conseil d'État – de quatre pièces identifiées A, B, C et D.

L'intervenante soutient que « l'offre de la requérante doit garder le caractère confidentiel ». Si cette affirmation doit être comprise en ce sens que c'est l'offre de l'intervenante qui doit être maintenue confidentielle, force est de constater qu'elle n'a été déposée par aucune des parties.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité de la pièce 5 du dossier de la requérante et des pièces A, B, C et D du dossier administratif.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la SA Krinkels est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de « la décision du 25 février 2022 prise par la SOFICO, par laquelle le marché public de services régi par le Cahier spécial des charges (référence : SOFICO-21-1036) ayant pour objet le "bail de brossage, curage, propreté, d'entretien des espaces verts autoroutier – District autoroutier de Marcinelle" est attribué à SA Krinkels » est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A, B, C et D du dossier administratif ainsi que la pièce 5 annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le 12 avril 2022, par :

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

Le Greffier, Le Président,

Nathalie Roba David De Roy