

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n° 254.278 du 15 juillet 2022

A. 236.696/VI-22.373

En cause : **la société à responsabilité limitée**

THEIS MARCEL,

ayant élu domicile chez

M^e Aurélie KETTELS, avocat,

avenue Constantin de Gerlache, 41

4000 Liège,

contre :

la société wallonne de financement

complémentaire des infrastructures (SOFICO),

ayant élu domicile chez

M^e Emmanuelle BERTRAND, avocat,

avenue de l'Observatoire, 10

4000 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme EUROGREEN,

ayant élu domicile chez

M^{es} Jean-François DAVREUX

et Lionel-Albert BAUM, avocats,

rue du Lombard, 67

5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 27 juin 2022, la société à responsabilité limitée (SRL) Theis Marcel demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision adoptée par la Sofico début juin 2022, portant attribution de l'accord-cadre – lot n° 5 (district de Ciney) – pour un marché de services consistant en un bail de brossage et curage routiers, à la société Eurogreen SA, laquelle fut notifiée par un courrier portant la date du 7 juin 2022 [...] ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 juin 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 8 juillet 2022.

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 5 juillet 2022, la société anonyme (SA) Eurogreen demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits 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. Marc Joassart, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Aurélie Kettels, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Xavier Close, *loco* M^e Emmanuelle Bertrand, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Lionel-Albert Baum, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis contraire.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

Il y a lieu de se référer à l'exposé des faits de l'arrêt n° 251.696 du 30 septembre 2021 et de le compléter par les éléments suivants :

1. Le 29 octobre 2021, à la suite de la suspension ordonnée par l'arrêt n° 251.696 précité, la partie adverse retire sa décision du 10 août 2021 attribuant à la société anonyme Eurogreen le lot n° 5 (district de Ciney) de l'accord-cadre pour un marché de services décrit comme un « bail de brossage et curage routiers ».

2. Le 7 juin 2022, la partie adverse attribue à nouveau le lot n° 5 à la société anonyme Eurogreen, notamment pour les motifs suivants :

« [...]

2.6.2. Vérification du prix total

Considérant que le prix total de l'offre du soumissionnaire Eurogreen S.A. est présumé anormal car il s'écarte d'au moins 15% en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires sélectionnés calculée conformément à l'article 36, § 4, de l'AR du 18 avril 2017 ;

Qu'une demande de justification du prix total a été adressée au soumissionnaire en date du 25 mai 2021 ; Que celui-ci a répondu le 2 juin 2021 ;

Considérant qu'à l'occasion de cette demande de justification de prix, la société Eurogreen S.A. s'est prévalu de ce que ses ouvriers relèvent de la commission paritaire 145 et que leurs salaires sont donc inférieurs à ceux des ouvriers de la commission paritaire 124, ce qui lui permet d'avoir des prix de revient plus avantageux et de justifier le montant total de son offre ;

Considérant que le pouvoir adjudicateur estime cette justification admissible pour les raisons suivantes :

- le choix de la commission paritaire dont elle relève appartient à l'entreprise. Il ne revient pas à l'Adjudicateur de vérifier, en tant que telle, la pertinence de la commission paritaire dont elle dit relever. Ceci étant, il apparaît, en l'occurrence que la commission paritaire 145 Parc et Jardins renseignée par la S.A. Eurogreen est légalement justifiée, dès lors que son activité principale est l'aménagement et l'entretien des espaces verts. Selon l'article 1 de l'AR 17 mars 1972, la commission paritaire 145 est, en effet, "compétente pour les travailleurs dont l'occupation est de caractère principalement manuel et leurs employeurs, et ce pour :
[...]
6. l'implantation et/ou l'entretien de parcs, jardins, plaines de sports, domaines de récréation, zones vertes, cimetières, y compris les cimetières de militaires étrangers en Belgique ;

7. l'implantation et/ou l'entretien en régie de parcs, jardins, plaines de sports, domaines de récréation ou zones vertes, lorsque les ouvriers de l'entreprise sont occupés principalement à ces activités" ;
- il est admis sur la base de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires qu'une entreprise relève d'une seule commission paritaire. Cela ne l'empêche pas d'exercer, à titre accessoire, une activité autre que celle ressortissant de cette commission et ce sur base du principe "l'accessoire suit le principal". La S.A. Eurogreen est donc légalement autorisée à effectuer les activités de brossage et curage, objet du marché, tout en relevant de la CP 145 et non de la CP 124, puisque ces activités sont accessoires à celle principale, d'entretien de parcs et jardins ;
- dans le cadre du contrôle qu'il fait des prix, il revient à l'Adjudicateur de vérifier le paiement par le soumissionnaire de la rémunération minimale selon la commission paritaire dont il dit relever. La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit l'exclusion d'une offre qui viole le droit social. Cette exclusion est obligatoire lorsque le non-respect de l'obligation concernée est sanctionné pénalement. L'article 162 du Code pénal social sanctionne le paiement d'une rémunération inférieure au montant minimal applicable dans le

secteur concerné. À ce stade de la vérification, l'Adjudicateur doit donc être informé de la commission paritaire dont relève l'opérateur économique.

La S.A. Eurogreen relève de la CP 145. Elle produit, dans le cadre de ses justifications de prix, une fiche de paie établie par SDWORX, secrétariat extérieur. L'Adjudicateur constate que le salaire qui y est calculé est conforme au barème de la commission paritaire 145 et que la société Eurogreen S.A. respecte donc ses obligations en la matière.

Il est encore relevé que la S.A. Eurogreen est également affiliée au Fonds Social des Parcs et Jardins dont la mission est de prévoir un système complémentaire de sécurité sociale / sécurité d'existence en plus du système légal de sécurité sociale. Ce système est adapté aux besoins du secteur. Le Fonds Social assure également le financement, l'attribution et le versement des avantages sociaux ;

- pour autant que de besoin, il est encore relevé que le fait pour la S.A. Eurogreen d'avoir signé l'annexe intitulée "Déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social applicable aux entrepreneurs ressortissants à la Commission paritaire 124 (Construction)" n'emporte pas engagement contractuel dans son chef d'appliquer les avantages sociaux relatifs à cette commission paritaire, et ce quand bien même elle n'en relève pas.

Telle n'est pas la portée de cette annexe. Les clauses administratives du CSCh prévoient, en leur article 11.3 l'obligation pour les soumissionnaires de joindre à leur offre "la déclaration pour une concurrence loyale et contre le dumping social dûment signée". Le formulaire d'offre invite également sous son point D les soumissionnaires à joindre cette déclaration. C'est dans ce contexte général qu'a été requise la signature de ce document, et que la S.A. Eurogreen l'a produit en annexe à son offre.

Conformément à son libellé même, l'annexe 2 s'inscrit dans le cadre de la garantie de l'objectif de concurrence loyale et de lutte contre le dumping social. Sous peine de ne pas atteindre ces objectifs, voire même de les contrarier, la signature de cette annexe n'emporte pas, et ne pourrait d'ailleurs le faire, obligation *sui generis* dans le chef de tout soumissionnaire d'appliquer les conditions salariales de la CP 124.

En effet le fait pour un opérateur de pratiquer une rémunération horaire inférieure à un concurrent mais respectant les barèmes légaux de sa CP ne consiste pas en un acte de concurrence déloyale ou de dumping social. Un tel engagement de paiement n'a donc pas à être exigé de sa part.

Outre non légalement requise, une telle imposition fausserait la concurrence, dès lors que les opérateurs pratiquant légalement des barèmes inférieurs seraient limités dans leurs offres et ne répondraient pas au marché. Le résultat serait donc à l'opposé du but poursuivi par cette annexe, qui est, précisément, de garantir une concurrence loyale. Le fait pour un opérateur de pratiquer une rémunération horaire inférieure à un concurrent, tout en respectant les barèmes légaux de sa propre commission paritaire, ne constitue pas une concurrence déloyale ou du dumping social. Il ne peut donc être requis par un Pouvoir adjudicateur, et ne l'a d'ailleurs pas été, qu'un soumissionnaire respecte un barème supérieur à celui de la commission paritaire dont il dépend, sous peine de fausser la concurrence.

Par la signature de cette annexe, la société Eurogreen S.A. a confirmé pratiquer les barèmes propres à sa commission paritaire et s'est ainsi engagée pour une concurrence loyale et contre le dumping social. Elle ne s'est d'ailleurs

pas méprise quant à la portée de ce document dès lors qu'elle a pratiqué les barèmes de la commission paritaire 145 dans le cadre de son calcul des prix et justifié ceux pour lesquels elle était interrogée sur base de cette commission paritaire. Ses justificatifs sont admis, dès lors qu'ils sont conformes tant à la réglementation, qu'aux exigences du marché.

- Que la société Eurogreen S.A. a produit une fiche de salaire, dans le cadre de la justification de ses prix, établie par un secrétariat social ;

Considérant de plus, et pour autant que de besoin, que la S.A. Eurogreen dispose d'une grande expérience dans l'entretien des bords de routes et autoroutes et a déjà réalisé de nombreux marchés dans ce domaine au profit de la Région wallonne et de la SOFICO ; Qu'elle a dès lors une bonne connaissance des tâches attendues dans le cadre de ce type de marché ; Que cette expérience a également permis à la S.A. Eurogreen d'établir des prix de revient sur base d'une comptabilité analytique ; Que ces prix comportent notamment le respect des barèmes salariaux, la conformité du matériel en matière de sécurité et de respect des diverses législations en vigueur ;

Considérant que le soumissionnaire dispose également d'un personnel qualifié, de son propre matériel, ainsi que de sa propre signalisation ; Que le soumissionnaire dispose par exemple d'une balayeuse dont le prix d'achat est déjà amorti ; Que cela entraîne des gains de flexibilité et financiers ;

Considérant que la réparation du matériel du soumissionnaire s'effectue au sein même de la société qui dispose de son propre atelier avec deux mécaniciens ;

Considérant qu'enfin, la localisation de la société, près de Gembloux et à proximité des autoroutes E411 et E42, permet au soumissionnaire de limiter les frais de déplacement ;

Considérant que ces différents éléments (expérience, organisation pérenne, possession du matériel et conditions d'achat favorables) ont permis au soumissionnaire de remettre des prix compétitifs et rentables dans le respect des prescriptions techniques du cahier spécial des charges ;

Qu'après examen des informations reçues, il appert que le prix total de l'offre du soumissionnaire Eurogreen S.A. est normal ;

2.6.3. Conclusion

Considérant que les offres des sociétés Eurogreen S.A. et Theis Marcel SRL sont régulières ;

3. Résultat de l'analyse des offres régulières sur base du ou des critère(s) d'attribution

Considérant que le soumissionnaire ayant déposé l'offre régulière économiquement la plus avantageuse est la société Eurogreen S.A. ;

4. Vérification de l'absence de motif d'exclusion et du respect des critères de sélection qualitative dans le chef de l'adjudicataire pressenti

Considérant que le soumissionnaire Eurogreen S.A. a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse ;

Considérant que le pouvoir adjudicateur a vérifié que l'adjudicataire pressenti n'est pas en état de faillite ;

Considérant qu'il a été invité à produire un extrait de casier judiciaire ou un document équivalent afin de permettre de vérifier qu'il ne se trouve pas dans une situation valant motif d'exclusion et qu'il satisfait aux critères de sélection qualitative ;

Considérant qu'il ne se trouve pas dans une situation valant motif d'exclusion ;

Considérant que le soumissionnaire a démontré sa capacité à exercer le présent marché sur base des critères de sélection repris dans le cahier spécial des charges, à savoir :

- Chiffre d'affaires annuel général :

Le cahier spécial des charges régissant le présent marché prévoit à cet égard que la capacité économique et financière du soumissionnaire est attestée par une déclaration datée et signée concernant le chiffre d'affaires global du soumissionnaire portant sur les trois derniers exercices disponibles.

Ce chiffre d'affaires minimal est obtenu en additionnant le montant maximum SPW et le montant maximum SOFICO, à savoir 1.411.336,86 €.

Remarque : Conformément au cahier spécial des charges, en cas de soumission pour plusieurs lots, le chiffre d'affaires annuel minimal requis correspond au cumul des lots concernés.

En l'espèce, la société Eurogreen S.A. est l'adjudicataire pressenti des lots n°2 (1.365.408,47 €) et 5 (1.411.336,86 €) pour un chiffre d'affaires annuel minimal total de 2.776.745/33 €.

Le soumissionnaire déclare un chiffre d'affaires supérieur à ce montant.

Ce critère est donc rencontré par le soumissionnaire.

- Personnel minimum :
 - o 6 ouvriers

Remarque : En cas de soumission sur plusieurs lots, pour la capacité technique en personnel, un ajout de 3 ouvriers est demandé par lots supplémentaires.

En l'espèce, la société Eurogreen S.A. est l'adjudicataire pressenti des lots n° 2 et 5.

Le soumissionnaire doit dès lors disposer de 9 ouvriers.

Le soumissionnaire joint une liste de travailleurs reprenant un nombre d'ouvriers suffisant.

Ce critère est donc rencontré par le soumissionnaire.

- Matériel minimum :
 - o 1 camion brosse, 1 cureuse-suceuse, 1 pelle sur pneu, 1 camion, 2 FLR

Remarque : En cas de soumission sur plusieurs lots, la capacité technique en matériel peut être mutualisée sur un maximum de 5 lots.

La société Eurogreen S.A. est l'adjudicataire pressenti des lots n°2 et 5.

Ce critère est rencontré par le soumissionnaire.

5. Décision

Décide d'attribuer l'accord-cadre (lot n° 5) à la société Eurogreen S.A. qui a déposé l'offre régulière économiquement la plus avantageuse ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête introduite, par la voie électronique, le 5 juillet 2022, la société anonyme Eurogreen demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du lot du 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. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

La partie requérante prend un deuxième moyen « de la violation de l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 [relative aux marchés publics] et de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 [relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques], de l'erreur manifeste d'appréciation, du défaut de motivation formelle et du défaut de motifs adéquats, pertinents, suffisants et légalement admissibles, ainsi que de la violation du cahier spécial des charges et l'interdiction d'interpréter un texte clair (doctrine et jurisprudence du sens clair), et le principe d'égalité des soumissionnaires, consacré notamment à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 et rappelé spécifiquement à l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ».

À titre principal, elle soutient que l'offre de la SA Eurogreen est entachée d'une irrégularité substantielle qui devait conduire à sa déclaration de nullité et partant, à son écartement. Elle rappelle les règles relatives à la vérification de la régularité des offres imposées par l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 et par l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précités. Elle souligne que l'offre de cette société contient à la fois l'engagement de respecter les barèmes salariaux de la commission paritaire 124, et un prix qui inclut une rémunération du personnel à des barèmes salariaux inférieurs à ceux-ci. Elle estime que cette société a bénéficié d'un avantage discriminatoire puisqu'elle ne s'est engagée que pour la forme au respect

de ces barèmes, lui permettant ainsi de soumissionner dans le cadre d'un marché auquel elle ne devait pas pouvoir accéder du fait qu'elle ne paye pas son personnel dans le respect des barèmes salariaux de la commission paritaire 124, pourtant indiquée expressément dans l'annexe 2. Elle considère que cette situation crée une distorsion de concurrence en permettant à un candidat de soumissionner dans un marché public qui relève d'un secteur autre que celui couvert par cette commission paritaire. Elle fait valoir que l'évaluation de cette offre et la comparaison avec les autres est rendue impossible, puisque toutes les autres offres ont été cohérentes, portant à la fois engagement de respecter les barèmes de la commission paritaire 124 et proposant des prix incluant la rémunération de leur personnel dans le respect des barèmes de cette même commission paritaire. Elle ajoute que l'engagement de la SA Eurogreen est inexistant ou à tout le moins incertain compte tenu de la contradiction existant entre l'engagement de respecter les barèmes de la commission paritaire 124, compétente pour le secteur de la construction, et les explications données lors du contrôle des prix indiquant que ces barèmes ne seront pas respectés parce que cette société relève en réalité d'une autre commission paritaire. Elle relève également qu'il existe des exceptions à la règle selon laquelle une entreprise ne relève que d'une seule commission paritaire et qu'au vu de l'ampleur du marché contesté, l'activité de construction deviendrait la principale pour cette société. Elle fait également valoir que l'engagement de respecter les barèmes salariaux du secteur de la construction constitue une exigence minimale du marché pour toutes les entreprises, quelle que soit leur commission paritaire et qu'à ce titre, sa méconnaissance entraîne une irrégularité substantielle de l'offre finalement retenue.

À titre subsidiaire, elle estime que la partie adverse devait au minimum indiquer dans l'acte attaqué les motifs pour lesquels l'offre de la SA Eurogreen est jugé régulière malgré le fait que l'annexe de son offre est relative à la commission paritaire 124, dont ne relève pourtant pas cette société. Selon elle, s'il fallait néanmoins considérer que la motivation consacrée à la vérification des prix porte également sur la régularité de l'offre, elle est entachée d'un vice lié à la méconnaissance des termes clairs à la fois du cahier spécial des charges et de l'annexe signée par cette société qui lui imposent l'engagement exprès de respecter les salaires minimaux relevant de cette commission paritaire. Elle se réfère à cet égard à la théorie de l'acte clair qui n'est pas susceptible d'être interprété.

Dans sa note d'observations, la partie adverse souligne que l'annexe 2 de l'offre prévoit une « déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social applicable aux entrepreneurs ressortissant à la commission paritaire 124 (construction) » et que l'annexe 6 du cahier spécial des charges lui impose uniquement de « vérifier que les soumissionnaires ressortissant de la CP 124

(commission paritaire construction) ont joint à leur offre la “déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social” complétée et signée ». Elle estime que la signature de cette déclaration n'emporte pas un engagement contractuel dans le chef de tous les soumissionnaires de respecter les conditions salariales de la commission paritaire 124, et ce quand bien même ils n'en relèveraient pas. Elle indique que les clauses administratives du cahier spécial des charges prévoient, en leur article 11.3, l'obligation pour les soumissionnaires de joindre à leur offre « la déclaration pour une concurrence loyale et contre le dumping social dûment signée » et que le formulaire d'offre invite également sous son point D les soumissionnaires à joindre cette déclaration, ce qui explique que la société Eurogreen l'a signée et jointe à son offre. Elle considère que le fait pour un opérateur de pratiquer une rémunération horaire inférieure à un concurrent, mais respectant les barèmes légaux de sa commission paritaire ne consiste pas en un acte de concurrence déloyale ou de dumping social et qu'au contraire lui imposer un salaire horaire supérieur reviendrait à fausser la concurrence et pourrait s'avérer illégal. Elle en déduit que cette déclaration doit s'interpréter comme emportant l'engagement par chacun des opérateurs économiques de respecter les conditions salariales de la commission paritaire dont il ressortit. Elle fait valoir que c'est à juste titre que cette société relève de la commission paritaire 145 en raison de son activité principale dans le domaine de l'entretien des parcs et jardins. Elle soutient que cette classification ne constitue pas un obstacle légal l'empêchant de concourir pour le marché litigieux. Elle estime également que l'offre de cette société répond aux exigences minimales du marché même si les salaires minimaux sont ceux prévus par la commission paritaire 145 dont elle relève et qu'en signant cette déclaration, elle s'est engagée à cet égard. Elle considère que cette interprétation ne contrevient pas à la théorie de l'acte clair qu'elle critique par ailleurs comme étant inapplicable. Elle en conclut que l'acte attaqué est motivé à suffisance et qu'il n'est pas entaché d'une erreur manifeste d'appréciation quant au contrôle de la régularité des offres.

Dans sa requête en intervention, la partie intervenante indique qu'elle a signé et déposé son offre, en ce compris l'annexe 2, en s'engageant pour une concurrence loyale et contre le dumping social, c'est-à-dire en respectant la législation sociale et les barèmes qui lui sont applicables selon la commission paritaire 145 dont elle relève. Elle estime que cette annexe 2 ne pourrait avoir pour effet de lui imposer de respecter les barèmes de la commission paritaire 124 ni être interprétée comme réservant aux seuls entrepreneurs relevant de cette commission paritaire la possibilité de soumissionner, sous peine de restreindre artificiellement la concurrence, d'être illégale et de ne pas atteindre le but poursuivi. Elle soutient que l'entretien des parcs et jardins est bien son activité principale et que, compte tenu du chiffre d'affaires généré par cette activité, l'attribution de deux lots du marché

litigieux ne modifierait pas cette situation. Elle souligne que la partie requérante ne dépose pas ses statuts indiquant son objet social précis mais qu'elle sait d'expérience que cette dernière effectue également des travaux d'aménagement et d'entretien de parcs et jardins. Selon elle, la requérante pourrait donc, également, se trouver dans une situation d'exception lui permettant d'appliquer pour certains travaux les barèmes de la commission paritaire 145. Elle soutient que le contrôle de la régularité des offres et des prix n'implique pas que le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des informations soumises au sujet de la commission paritaire concernée mais uniquement de s'assurer que les prix pratiqués et renseignés dans l'offre correspondent au salaire minimum applicable dans le secteur dont dépend le soumissionnaire. Elle conteste également l'application que la partie requérante entend faire de la théorie de l'acte clair. Selon elle, prise au pied de la lettre, l'annexe 2 ne lui était pas applicable et elle n'était dès lors pas tenue de la signer puisqu'elle ne concerne, selon son intitulé que les « entrepreneurs ressortissants à la commission paritaire 124 (construction) ». Elle conclut que tel n'est néanmoins pas le but de cette déclaration et elle doit être lue comme devant être annexée par tous les soumissionnaires pour démontrer leur engagement à favoriser une concurrence loyale et contre le dumping social, en respectant la législation sociale et en pratiquant les barèmes qui leur sont applicables en fonction de la commission paritaire dont ils ressortent.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose ce qui suit :

« Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres. Le Roi peut fixer les modalités additionnelles à cette fin ».

L'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.

L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle.

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

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

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

§ 4. Sans préjudice de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.

Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.

Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.

§ 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3 ».

En l'espèce, le cahier spécial des charges prévoit un modèle d'offre dont l'annexe 2 est intitulée « Déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social applicable aux entrepreneurs ressortissants à la Commission paritaire 124 (Construction) » et qui comporte notamment l'engagement suivant :

« Octroyer au moins le salaire minimum fixé par la Convention collective de travail du secteur de la Construction, conformément à la qualification du travailleur ».

L'arrêt n° 251.696 du 30 septembre 2021 a déjà relevé l'existence de cet engagement mais, dans le cadre de la réfection de l'acte attaqué, le cahier spécial des charges initial n'a pas été modifié pour supprimer toute référence à la « commission paritaire 124 » ou au « salaire minimum fixé par la Convention collective de travail du secteur de la Construction ».

Or, cette référence est susceptible d'avoir eu une influence sur la concurrence puisque des entrepreneurs ne relevant pas de cette commission paritaire et dont les salaires ne sont pas au niveau minimum fixé par cette convention collective ont pu être dissuadés de soumissionner alors que, selon la position de la partie adverse, ils auraient été admissibles à le faire. De même, l'offre d'entrepreneurs relevant de plusieurs commissions paritaires, comme la partie requérante, aurait pu être différente s'ils avaient su que le prix proposé pouvait se fonder sur le salaire d'ouvriers qui ne bénéficient pas du salaire minimum fixé par la convention collective de travail du secteur de la construction.

La partie intervenante a signé cette déclaration sans aucune réserve, notamment quant au fait qu'elle ne relève pas de la commission paritaire mentionnée, et que le salaire minimum serait en réalité celui prévu par la convention collective d'une autre commission paritaire, à savoir la commission paritaire 145. Contrairement à ce qu'indique la motivation formelle de l'acte attaqué, son offre ne comporte aucun engagement en ce qui concerne le respect des barèmes salariaux prévus par cette commission paritaire et ce n'est que dans le cadre du contrôle des prix qu'elle a déclaré les respecter.

Prima facie, l'offre de la partie intervenante est entachée d'une irrégularité substantielle liée à la contradiction entre la déclaration annexée à son offre d'« octroyer au moins le salaire minimum fixé par la convention collective de travail du secteur de la construction, conformément à la qualification du travailleur » et le prix proposé qui ne tient pas compte de ce salaire minimum mais bien de celui prévu par une convention collective d'une autre commission paritaire que celle mentionnée dans cette déclaration et pour laquelle aucun engagement n'est prévu pour garantir une concurrence loyale et éviter le dumping social.

Le deuxième moyen est sérieux.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

VII. Confidentialité

La partie adverse dépose au dossier administratif les offres des différents soumissionnaires (pièces 1 à 7 du dossier administratif confidentiel) et deux courriers des parties adverse et intervenante (pièces 8 et 9 du dossier administratif confidentiel) en sollicitant que celles-ci demeurent confidentielles.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme Eurogreen est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision adoptée par la Société wallonne de financement complémentaire des infrastructures (Sofico) le 7 juin 2022, portant attribution à la société anonyme Eurogreen du lot n° 5 (district de Ciney) de l'accord-cadre pour un marché de services, consistant en un bail de brossage et curage routiers, est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 1 à 9 du dossier administratif confidentiel de la partie adverse sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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 à la partie n'ayant pas choisi la procédure électronique.

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 15 juillet 2022, par :

Marc Joassart,
Caroline Hugé,

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

Le Greffier,

Le Président,

Caroline Hugé

Marc Joassart