

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

n° 254.428 du 9 septembre 2022

A.237.050/VI-22.406

En cause : **la société à responsabilité limitée OUPEYE
VOIRIE SERVICES**, en abrégé « **OVS** »,
ayant élu domicile chez
M^e Gaël TILMAN, avocat,
boulevard Frère Orban 43
4000 Liège,

contre :

**la société wallonne de financement complémentaire
des infrastructures**, en abrégé « **SOFICO** »,
ayant élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER, François
VISEUR et Manon DE THIER, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

Requérante en intervention :

la société anonyme SOTRALIEGE,
ayant élu domicile chez
M^e Laurent-Oliver HENROTTE, avocat,
avenue du Luxembourg 152
5100 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 août 2022, la société à responsabilité limitée Oupeye voirie services (OVS) demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise le 24 juin 2022, communiquée le 2 août 2022, relative au bail d'entretien des aires de repos autoroutières : mise en place et gestion sélective des déchets, entretien de la végétation, dératisation et nettoyage – CSC n°SOF-08.10.02.21-1609 :

- d'écarter l'offre de la société Oupeye voirie services pour cause d'irrégularité substantielle;
 - d'attribuer le marché à la société Sotraliège [...] qui a déposé l'offre régulière économiquement la plus avantageuse »
- et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 18 août 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 2 septembre 2022.

Par une requête introduite le 30 août 2022, la société anonyme Sotraliège 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^{me} Florence Piret, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Gaël Tilman, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} François Viseur et Manon De Thier, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Nicolas Duchatelet *loco* M^e Laurent-Oliver Henrotte, comparaissant pour la requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

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

« La partie adverse a lancé un marché de services, intitulé “Bail d'entretien des aires de repos autoroutières□: Mise en place et gestion sélective des déchets, entretien de la végétation, dératisation et nettoyage□”.

Ce marché concerne le district autoroutier de Battice.

Le mode de passation choisi est la procédure ouverte sur base du prix.

L'objet du marché est la prestation de services relatifs à l'entretien des aires de repos□: la mise en place est la gestion sélective des déchets, l'entretien de la végétation, la dératisation et le nettoyage.

Le marché est décrit dans le cahier spécial des charges comme un marché de services, sujet à commandes, qui a pour objet□:

Partie 1□: Investissement initial en début de marché pour la mise en place du tri sélectif

- Le démontage de mini-conteneurs, de leur support et de leur dalle;
- La fourniture et le placement de nouveau mini-conteneurs noirs et bleus équipés d'une puce électronique et de leurs supports métalliques et leur dalle;
- La fourniture et la pose de signalisation concernant le tri sélectif

Partie 2□: Entretien préventif

- La gestion sélective des déchets (gestion et vidange des mini-conteneurs, le ramassage des déchets, ...);
- Le nettoyage des aires de repos;
- L'entretien de la végétation et du mobilier urbain ainsi que la dératisation sur les aires de repos, à l'exception des zones concédées.

Partie 3□: Entretien conditionnel

- Les vidanges exceptionnelles des mini-conteneurs

Partie 4□: Entretien curatif

- Le remplacement de mini-conteneurs et supports
- La prestation en régie et des services divers

Partie 5□: Evacuation des déchets

- La mise en CTA des déchets ramassés ou vidangés sélectivement, la mise en CET de déchets

L'article 13 du cahier spécial des charges (p.18/67) renseigne que le marché est conclu pour quatre périodes de 1 an se succédant sans interruption, nonobstant le droit pour le pouvoir adjudicateur de mettre fin au marché à l'échéance de chaque période annuelle moyennant la notification d'un préavis par lettre recommandée ou par envoi électronique assurant de manière équivalente la date exacte de l'envoi, 3 mois avant cette échéance.

Le marché concerne 16 aires de repos□:

- o Aire de Melen
- o Aire de Hautregard
- o Aire de haut-Vent
- o Aire de haut-Vent
- o Rastplatz Walhorner Heide
- o Rastplatz Walhorner Heide
- o Aire frontalière de Lichtenbusch
- o Aire frontalière de Litchenbusch
- o Aire de Polleur
- o Aire de Polleur
- o Aire de Cronchamps
- o Aire de Cronchamps
- o Rastplatz Emmelser Wald
- o Rastplatz Emmelser Wald
- o Rastplatz drei hutten
- o Rastplatz drei hutten

L'importance du marché est, quant à elle, décrite comme suit□:

“ Les prestations requises font l’objet de commandes passées par le pouvoir adjudicateur du présent marché en fonction de ses besoins et suivant les modalités du présent cahier spécial des charges.

- Pour la partie 1 relative à l’Investissement, il s’agit d’un marché classique à bordereau de prix.

Le montant relatif à l’investissement est valable la 1^{ère} année du marché, ce montant n’est pas reconduit les années suivantes. Il n’y a pas de montant annuel minimal de commande et de ce fait, le pouvoir adjudicateur n’est pas redevable à l’adjudicataire d’une indemnité forfaitaire égale à 10 % de la différence entre le montant des prestations effectivement commandées lors de cette année et le montant du marché.

- Pour les autres parties 2 à 5 relatives à l’Entretien□:

Le pouvoir adjudicateur s’engage à commander chaque année, pendant le délai de validité du marché, pour un montant compris dans les fourchettes suivantes□:

	District de Battice
Montant minimum HTVA	486.735,57 €
Montant maximum HTVA	985.517,85 €

Les montants relatifs à l’entretien sont reconduits chaque année.”□

La requérante remettra offre pour ce marché.

Par courrier du 9 février 2022, la partie adverse interrogera la requérante suite à une apparence d’anormalité de certains prix unitaires.

Ainsi, la requérante sera priée de fournir la composition détaillée des prix des postes 8 – 12 – 13 – 14 – 15 – 18 – 25 – 28 – 31 – 36 – 40 et 63.

De même, l’offre de la requérante s’écartera de plus de 15 % de la moyenne des offres déposées, la partie adverse lui demandera également de justifier son prix global.

Le 21 février 2022, la requérante adressera à la partie adverse les justifications demandées.

Le 27 avril 2022, la SOFICO souhaitera que des justifications écrites lui parviennent relatives au montant et à la composition des postes 12 et 13.

Cette justification sera transmise par courrier du 6 mai 2022, ainsi que par ses annexes.

Le 2 août 2022, la décision motivée d’attribution est adressée.

Il ressort de cette décision motivée que 5 offres ont été reçues pour ce marché□:

- Oupeye Voirie Services – rue Métrin Vinave, 49 – 4682 Oupeye
Pour un montant de 611.359,75 €
- Sotraliège S.A. – Z.I. Hauts Sarts – Av du Parc industriel, 11 – 4041 Milmort
Pour un montant de 833.129,18 €
- Krinkels S.A. – rue des Scabieuses, 10 – 5100 Naninne

Pour un montant de 875.289,28 €

- A2 S.A. – rue des Fours à Chaux, 102 – 7080 Frameries
Pour un montant de 885.349,10 €

- Artbel S.A. – rue du Hameau, 18 – 5580 Rochefort
Pour un montant de 887.349,10 €

L'offre de Artbel sera déclarée irrégulière en raison du fait que l'inventaire récapitulatif déposée par ce soumissionnaire ne tenait pas compte de l'avis rectificatif publié antérieurement.

L'offre de A2 sera déclarée non-conforme à l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires ou mobiles.

Après correction des erreurs et rectification, les offres étaient classées comme suit□:

- Oupeye Voirie Services – rue Métrin Vinave, 49 – 4682 Oupeye
Pour un montant de 611.362,00 €

- Sotraliège S.A. – Z.I. Hauts Sarts – Av du Parc industriel, 11 – 4041 Milmort
Pour un montant de 833.192,47 €

- Krinkels S.A. – rue des Scabieuses, 10 – 5100 Naninne
Pour un montant de 874.167,28 €

En ce qui concerne la vérification des prix, la décision motivée renseigne□:

“ Considérant que dans un premier temps/et en application de l'article 35 de F.A.R. du 18/04/17, une demande d'information a été adressée aux deux soumissionnaires les moins-disants, à savoir Oupeye Voirie Services et Sotraliège.

Que cette demande a été adressée par lettre recommandée en date du 09-02-22 au soumissionnaire Oupeye Voirie Services, relativement aux prix des postes n° 8-12-13-14-15-18-25-28-31-36-40. Celui-d a répondu le 21-02-2022.

Considérant que l'analyse des informations reçues n'a révélé aucune anomalie apparente des prix unitaires des postes n°8;14;15;18;25;28;31;36;40.

Que la demande d'information a été adressée par lettre recommandée en date du 09-02-22 au soumissionnaire Sotraliège, relativement aux prix des postes n°8-12-13-24-62-63. Celui-ci a répondu le 17-02-22.

Considérant que l'analyse des informations reçues n'a révélé aucune anomalie apparente des prix unitaires des postes n°8-12-13-24-62-63.

Considérant que l'examen des prix unitaires de l'offre Oupeye Voirie Services, la moins-disante a été poursuivi et qu'une demande de justification de prix du poste 63, considéré comme apparemment anormal, lui a été adressée le 09-02-22 par lettre recommandée conformément à l'article 36 §2 de l'ARP du 18/04/2017. Celui-ci a répondu le 21-02-2022.

Après analyse des éléments de justification reçus, le prix est considéré comme normal car il comprend toutes les opérations nécessaires au tri et à la mise en CTA ainsi qu'une déduction du rachat des PMC qui explique le faible prix unitaire remis pour ce poste.

Considérant qu'une demande de justification de prix des postes 12 et 13, considérés comme apparemment anormaux, lui a également été adressée le 27-04-22 par lettre recommandée, conformément à l'article 36 § 2 de l'ARP du 18/04/2017. Celui-ci a répondu le 10-05-2022.

Après analyse des éléments de justification reçus, il apparaît que le prix du poste 13 ne couvre que la fourniture et la pose du panneau alors que ce poste doit comprendre la fourniture et la pose de la fondation et du fût en plus de celle du panneau;

Considérant que le prix remis par Oupeye Voirie Services pour le poste 13 ne permet pas d'exécuter l'installation des signaux complets, dans les conditions prévues par le cahier de charges;

Que ce poste 13 ne peut être considéré comme négligeable puisqu'il représente, sur base de l'estimation :

- 30 % de la valeur de l'Investissement à réaliser durant la première année de bail (Division I), lequel investissement constitue le préalable indispensable à la réalisation des prestations faisant l'objet du marché;
- 10 % de la valeur des offres□;
- 4 % du montant des prestations minimales prévues par le Cahier de charges pour la durée totale du marché et investissement préalable compris.

Considérant que l'offre de Oupeye Voirie Services doit en conséquence être écartée pour cause d'irrégularité substantielle conformément à l'article 36, § 3, 1° de l'arrêté royal du 18 avril 2017."

En conclusion, il sera décidé d'écarter l'offre de OVS pour cause d'irrégularité substantielle et d'attribuer le marché à SOTRALIEGE.

Il s'agit de l'acte attaqué ».

IV. Intervention

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

En tant que bénéficiaire du marché, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment ses articles 4, 53 et 83, de

l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment ses articles 35, 36 et 76, 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, notamment ses articles 4, 5 et 8, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment ses articles 2 et 3, du cahier spécial des charges, notamment la 3^{ème} partie (clauses techniques), des principes généraux du droit, notamment le principe de transparence, le principe d'égalité de traitement et le principe *patere legem quam ipse fecisti*, du devoir de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle conteste la décision de la partie adverse d'écarter son offre pour irrégularité substantielle, en ce que cette décision énonce qu'« après analyse des éléments de justification reçus, il apparaît que le prix du poste 13 ne couvre que la fourniture et la pose du panneau alors que ce poste doit comprendre la fourniture et la pose de la fondation et du fût en plus de celle du panneau » et que « le prix remis par Oupeye Voirie Services pour le poste 13 ne permet pas d'exécuter l'installation des signaux complets, dans les conditions prévues par le cahier des charges », alors que, selon la requérante, le poste 13 ne comprend pas la fourniture et la pose de la fondation et du fût, mais de uniquement celles du panneau.

Elle développe son argumentation comme il suit :

« Le poste 13 est libellé comme suit dans l'inventaire :

L1521 L.3

Signaux complets, à un ou plusieurs panneaux, Superficie totale : $S > 5 \text{ m}^2$, avec film de type 2, supports à sécurité passive de type NE3 dimension 3.000/2.000 mm avec impression digitale de la face.

Il n'est donc fait mention, dans cet énoncé, ni de la fourniture et pose de la fondation, ni de la fourniture et pose du fût.

Le poste 10 du même inventaire est libellé :

L2212 L.2

Signalisation verticale, fût, diamètre $D = 76 \text{ mm}$

De manière claire, le pouvoir adjudicateur a indiqué qu'il souhaitait, en plus de la fourniture et de la pose de la signalisation verticale, que ce poste comprenne également la fourniture et la pose d'un fût.

Le poste 11 du même inventaire est libellé :

L2121 L.2.

Signalisation verticale, socle en béton coulé en place, béton classe C30/37

Fondation estimée à $0.6 \times 0.7 \times 0.6$ mais note de calcul à fournir

À nouveau, de manière claire, le pouvoir adjudicateur a indiqué pour ce poste qu'il souhaitait, en plus de la fourniture et de la pose de la signalisation verticale, la fourniture et la pose d'une fondation consistant en un socle en béton.

Il ressort par conséquent de la lecture seule du libellé du poste 13 que la demande, telle que formulée, n'impliquait pas la fourniture et la pose de fondations et de fûts.

La lecture combinée de ce poste 13 avec les postes 10 et 11 confirme cette interprétation.

C'est donc à tort que la partie adverse prétend que le poste 13 devait comprendre la fourniture et la pose de la fondation et de fûts en plus de celles du panneau.
C'est donc également à tort que la partie adverse a estimé que l'offre de OVS était irrégulière au motif qu'elle ne permettait pas l'installation de panneaux complets dans les conditions prévues dans le cahier des charges.
En tout état de cause, l'article 76 énonce les cas où une irrégularité peut être considérée comme substantielle.
La motivation renseignée par la décision querellée ne rencontre aucune des occurrences spécifiées à cet article, à l'exception de celle d'un prix anormal pour un poste non négligeable, examinée dans le cadre de l'examen du second moyen.
Le premier moyen est sérieux. »

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Comme l'indique la partie adverse dans sa note d'observations, le cahier spécial des charges rend applicable au marché litigieux le CCT Qualiroutes ainsi que le Catalogue des postes normalisés (CPN). Celui-ci désigne, par des codes spécifiques, différents postes standardisés des métrés et inventaires des marchés auxquels ils s'appliquent. Les éléments constitutifs de ces postes sont prédéterminés et, en principe, bien connus des soumissionnaires. Ainsi, les postes 10 et 11 de l'inventaire, dont fait état la requête, sont des postes normalisés, désignés par les codes L2212 et L2121 du CPN. Contrairement à ce qu'affirme la requérante, ces postes ne comprennent pas « en plus de la fourniture et de la pose de la signalisation verticale » également la fourniture et la pose d'un fût (pour le poste 10) et la fourniture et la pose d'une fondation consistant en un socle en béton (pour le poste 11). Le poste 10 (L2212) vise exclusivement un fût d'un diamètre de 76mm (QP = 101 mètres) et, le poste 11 (L2121), des socles en béton coulés en place de classe C30/37 (QP = 21 m³). La partie adverse expose encore que des panneaux d'une superficie $0,5 < S \leq 1 \text{ m}^2$, visés au poste 12 et désignés par le code L2323 (poste normalisé du CPN), sont fixés aux fûts et aux socles des postes 10 et 11 de l'inventaire.

À côté de ces postes normalisés, le cahier spécial des charges décrit également un certain nombre de postes non normalisés. Ceux-ci ne sont pas décrits dans le CTT Qualiroutes. Le cahier précise qu'« ils sont dotés d'un numéro de code ne figurant pas dans le [CPN] et sont marqués d'un astérisque ». Ces postes sont décrits dans la quatrième partie du cahier des charges. Ainsi, le poste 13 de l'inventaire est un poste non normalisé, marqué par un astérisque.

Le poste 13 est libellé comme suit dans l'inventaire :

« L1521* L.3.
Signaux complets, à un ou plusieurs panneaux, superficie totale : $S > 5 \text{ m}^2$, avec film de type 2
Dimension de 3000/2000mm avec impression digitale, 2 supports à sécurité passive de type NE3 a=250cm »

Il est fait état de « signaux complets » comprenant « un ou plusieurs panneaux » ainsi que de « 2 supports à sécurité passive de type NE3 » d'une hauteur de 250 cm, soit des fûts (ou poteaux) sur lesquels les panneaux doivent se fixer.

De plus, la quatrième partie du cahier spécial des charges décrit le poste 13, désigné par le code L1521* (poste non normalisé) comme « le poste destiné à la fourniture et la pose de panneau "Soyons propres" conforme au CCT Qualiroutes ainsi qu'aux clauses techniques du présent csc [...] ». En particulier, les clauses techniques du cahier indiquent, quant aux « signaux complets » du poste 13, ce qui suit :

«

L. 2. TRAVAUX DE SIGNALISATION VERTICALE

L2.3 CLAUSE TECHNIQUES

PANNEAUX DE PREAVIS A PLANCHETTES « SOYONS PROPRE »

Le Panneaux « Soyons propres » est décrit en annexe. Un panneau est placé à l'entrée de l'aire de repos.

Il est de la dimension de 3000/2000 mm (à lattes). Le panneau doit être du type planchette. La face avant du panneau doit être réalisée à l'aide d'un film de type 2 et en impression digitale.

Le panneau est supporté par 2 supports à sécurité passive (a=250 cm).

Les performances du support à sécurité passive sont **100 NE 3** minimum suivant la norme NBN EN 12767. La fixation du panneau en déporté n'est autorisée qu'après fourniture d'une note de calcul prenant en compte ces efforts dans le support et après approbation du fonctionnaire dirigeant

Le système de fixation de la colonne au socle est du modèle B, il est fait usage d'écrous de réglage sous la plaque d'assise et d'écrous autobloquants au-dessus. Le boulonnage est alors réalisé à l'aide de matériel garantissant un couple de serrage constant.

Si les tiges d'ancrage sont recoupées sur place, leur extrémité est protégée par une peinture riche en zinc et de bouchon couvrant la pointe de la tige et l'écrou autobloquant. Un bouchon en caoutchouc noir doit recouvrir la tige d'ancrage ainsi que l'écrou autobloquant.

Pour ce qui concerne les socles moulés sur place, une partie pouvant aller jusque 5 cm doit dépasser du niveau du sol lorsqu'on est en terrain non revêtu et à ras du sol dans le cas contraire. La partie dépassant le niveau naturel du terrain, doit être parfaitement lissée et doit toujours être conforme au niveau de la forme à la partie correspondante des socles préfabriqués ; la partie située sous le niveau naturel du terrain, doit être au moins circonscrite au volume qu'occuperait la partie correspondante des socles préfabriqués.

Afin d'assurer une assise parfaite aux socles préfabriqués, une couche de 10 cm de sable stabilisé (150 kg/m³), est nivelée au fond de la fouille. L'espace restant entre les socles préfabriqués et le terrain, doit être convenablement remblayé au moyen de sable stabilisé et compacté.

L'entrepreneur est tenu de vérifier et de fournir l'ensemble des vérifications démontrant que le matériel mis en place est conforme aux prescriptions de la NBN12899-1(2008) en concordance avec le PTV662 pour le dimensionnement du socle de fondation et pour la(les) colonne(s) de ces ensembles. Il peut néanmoins fournir le marquage CE pour les éléments fabriqués en atelier.

Les choix des dimensions des différents éléments se feront en fonction de ces vérifications après accord du fonctionnaire dirigeant.

L'ensemble devra en plus répondre aux prescriptions du CCT Qualiroutes.

».

Il ressort clairement de ces clauses techniques que le poste 13 devait comprendre la fourniture et la pose des panneaux, fûts et fondations, puisqu'il est notamment question de la performance des supports (fûts) à atteindre en termes de sécurité passive, d'exigences précises à satisfaire pour la fixation des fûts aux socles (fondation) ainsi que des règles à respecter pour la réalisation de ces derniers. La description du poste 13 dans les clauses techniques du cahier contredit l'affirmation de la requérante, faite à l'audience, selon laquelle le poste 13 viserait uniquement l'hypothèse de panneaux en remplacement d'autres panneaux, devant être fixés sur des fûts et socles déjà existants sur place.

La circonstance – évoquée par la requérante à l'audience – que le paiement se fait « au m2 » – et non « par pièce » ou « au m3 » – ne permet pas d'accréditer la thèse selon laquelle le poste 13 ne comprendrait que la fourniture et la pose des panneaux, à l'exclusion des fûts et fondations. En effet, d'une part, comme il vient d'être exposé, le descriptif de ce poste non normalisé qui est repris dans le cahier des charges est suffisamment clair : il est requis du soumissionnaire qu'il prenne en compte l'ensemble des éléments utiles à la pose de « signaux complets », ce qui inclut les panneaux, fûts et fondations, dans le respect des normes et exigences que le cahier énonce pour ces différents éléments. D'autre part, la requérante n'explique pas en quoi le paiement au m2 (quantité présumée) rendrait impossible la remise d'un prix pour l'ensemble des composantes de ce poste. Au contraire, en pièce A5 annexée à la requête, la requérante produit elle-même une reconstitution de son prix pour le poste 13 de l'inventaire, censé inclure, en plus des panneaux, les fûts et fondations pour les seize « signaux complets » des « 16 aires de repos » visées par le marché litigieux.

Enfin, la décision d'écarter l'offre de la requérante pour irrégularité substantielle n'est pas fondée sur l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, mais, comme l'indique l'acte attaqué, sur l'article 36, § 3, alinéa 1^{er}, 1^o, du même arrêté royal, soit le constat que « le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal ».

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de la Constitution, notamment ses articles 10 et 11, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment ses articles 4, 83 et 84, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment ses articles 35 et 36, 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, notamment ses articles 4, 5 et 8, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment ses articles 2 et 3, des principes généraux du droit, notamment le principe de transparence et le principe d'égalité de traitement, du devoir de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une première branche, elle conteste la décision de la partie adverse d'écarter son offre pour irrégularité substantielle, en ce qu'elle considère que le poste 13 ne peut être considéré comme négligeable alors que, selon la requérante, les motifs avancés pour justifier le caractère non négligeable de ce poste sont inexacts, celui-ci « devant être considéré comme un poste négligeable ». Elle rappelle que, suivant l'article 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, l'offre d'un soumissionnaire ne peut être rejetée qu'en raison du caractère anormal du montant total de l'offre ou du caractère anormal d'un ou plusieurs poste(s) non négligeable(s), qu'en l'occurrence, seul le prix remis pour le poste 13 a été considéré comme anormal, que l'arrêté royal ne définit pas lui-même la notion de poste négligeable et que, selon le rapport au Roi, ce caractère doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné. Elle relève que le cahier spécial des charges du marché litigieux définit « l'importance du marché » et qu'il suit de cette description que la partie 1 relative à l'investissement – qui inclut le poste 13 – n'est pas récurrent, que, dans son offre, cette partie 1 est valorisée à 159.286,65 euros HTVA, qu'« il en découle que le marché porte a minima sur le montant de 2.106.228,93 € H.T.V.A. (soit 4 années x 486.735,57 € + 159.286,65 €) et au maximum sur le montant de 4.101.358,05 € », que « le poste 13, comme développé dans la pièce A.5, porte, à suivre la thèse du pouvoir adjudicateur que ce poste impliquait également la fourniture et la pose de la fondation et des fûts en sus de celles des panneaux, sur un montant de 11.923,46 € » et que « [p]ar conséquent, ce poste représente 0,56 % au maximum et 0,29 % au minimum du montant du marché ». Elle conteste « la pertinence de la mention que le

poste 13 représente 30 % de la valeur de l'investissement à réaliser durant la première année » alors que, selon la requérante, le pouvoir adjudicateur a l'obligation « de prendre comme référence l'ensemble du marché afin d'évaluer le caractère négligeable d'un poste ». Elle estime que « la référence à la valeur des offres n'est, en l'espèce, pas non plus pertinente », dès lors que la partie 1 (qui comprend le poste 13) ne trouve à s'appliquer que la première année tandis que les parties 2 à 5 sont récurrentes sur les quatre années de la durée du marché et que, dans les offres, la partie 1 a donc « une valeur relative plus importante que sa valeur relative par rapport à l'ensemble du marché ».

Elle ajoute qu'en tout état de cause, les trois motifs sont inexacts et explique, à ce sujet, ce qui suit :

- « Il est en effet erroné de prétendre que la valeur du poste 13 représente :
- 30 % de la valeur d'investissement;
 - 10 % de la valeur des offres;
 - 4 % du montant des prestations minimales du marché
- Comme démontré supra, la valeur du poste 13 représente en réalité :
- 7,48 % de la valeur d'investissement;
 - 1,95 % de la valeur de l'offre de OVS;
 - 1,54 % de la valeur de la moyenne des trois offres restant en lice;
 - 0,56 % du montant des prestations minimales du marché;
 - 0,29 % du montant des prestations maximales du marché. »

Elle en déduit que « l'appréciation du caractère non négligeable du poste 13 procède [...] d'une erreur manifeste d'appréciation et d'une violation des dispositions vantées en exergue du moyen ».

Dans une deuxième branche, la requérante rappelle la portée du devoir de motivation formelle qui incombe à la partie adverse, en précisant notamment que « [l]es motifs doivent être exacts ». Elle soutient que, pour les raisons indiquées dans la première branche du moyen, les motifs qui ont conduit la partie adverse à affirmer que le poste 13 n'était pas un poste négligeable « sont manifestement erronés ». Elle en déduit que la partie adverse a manqué à son devoir de motivation.

Dans une troisième branche, la requérante rappelle le contenu de l'article 36, § 3, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ainsi que les termes du rapport au Roi relativement à cette disposition. Elle fait grief à la partie adverse de ne pas lui avoir communiqué l'estimation sur la base de laquelle elle s'est fondée pour affirmer que le poste 13 représentait « 30 % de la valeur d'investissement à réaliser durant la première année de bail [...], 10 % de la valeur des offres [et] 4 % du montant des prestations minimales prévues par le cahier spécial des charges pour la durée totale du marché et investissement préalable compris », alors qu'elle avait, selon la

requérante, l'obligation de lui soumettre ces données pour lui permettre d'y réagir. Elle en déduit que la partie adverse a méconnu les dispositions visées au moyen et violé ses droits de la défense.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Sur la première branche

Il n'apparaît ni de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ni de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques que le pouvoir adjudicateur soit tenu au respect de critères déterminés lorsqu'il s'agit de juger du caractère négligeable ou non d'un ou des postes de l'offre, dont le ou les prix est ou sont considéré(s) 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 poste(s) négligeable(s) 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. 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 du poste 13 pour lequel la partie adverse a jugé anormal le prix unitaire proposé par la requérante, l'acte attaqué contient la mention suivante :

« Que ce poste 13 ne peut être considéré comme négligeable puisqu'il représente, sur base de l'estimation :

- 30 % de la valeur de l'investissement à réaliser durant la première année de bail (Division 1), lequel investissement constitue le préalable indispensable à la réalisation des prestations faisant l'objet du marché;
- 10 % de la valeur des offres
- 4 % du montant des prestations minimales prévues par le Cahier de charges, pour la durée totale du marché et investissement préalable compris

Considérant que l'offre de Oupeye Voirie Services doit en conséquence être écartée pour cause d'irrégularité substantielle conformément à l'article 36 § 3, 1^o de l'arrêté royal du 18 avril 2017 [...] »

Les pourcentages précités se vérifient à la lecture des pièces du dossier administratif. Il n'y a *prima facie* pas d'erreur de calcul. Pour apprécier l'importance

du poste 13, la partie adverse prend, comme base de calcul, l'estimation qu'elle a établie pour ce poste et la partie 1 du marché.

La requérante conteste que les deux premiers pourcentages cités soient pertinents pour apprécier le caractère négligeable, ou non, du poste 13 de l'inventaire. L'acte attaqué indique que ce poste représente 30 % de « la valeur d'investissement à réaliser durant la première année de bail ». Il souligne que cet « investissement constitue le préalable indispensable à la réalisation des prestations faisant l'objet du marché », ce qui, en tant que tel, n'est pas contesté. Une telle précision tend à affirmer l'importance des postes de la partie 1 du marché relative à l'« investissement initial en début de marché pour la mise en place du tri sélectif » et donc du poste 13 de l'inventaire qui, en termes de valeur, en constitue une composante importante. Quant aux 10 %, il est mentionné qu'ils portent sur « la valeur des offres », soit la moyenne de toutes les offres, étant entendu que le montant des offres correspond à la commande minimale, soit aux prestations des parties 1 à 5 du marché pour une période d'un an sans prolongations.

Il n'est pas démontré que les pourcentages précités seraient dénués de toute pertinence, ce d'autant qu'ils se combinent avec le constat que le poste 13 représente 4 % de la valeur totale du marché. En effet, à côté des pourcentages de 30 % et 10 % précités, la partie adverse prend soin de préciser la valeur du poste 13 au regard l'ensemble du marché pour sa durée maximale, soit 4% du montant des prestations minimales prévues par le cahier spécial des charges pour quatre années (prestations minimales récurrentes des parties 2 à 5 du marché x 4) auquel s'ajoute l'investissement préalable non récurrent (prestations de la partie 1 pour la première année). Cette méthode de calcul n'est, en tant que telle, pas contestée par la requérante.

La requérante ne prétend pas qu'un poste représentant 4 % de la valeur totale du marché devrait être considéré comme négligeable, à peine de commettre une erreur manifeste d'appréciation. Ce que la requérante conteste, c'est le fait que la partie adverse ait pris ses propres estimations comme base de calcul pour évaluer l'importance du poste 13. Elle soutient que la partie adverse aurait dû se fonder sur les prix qu'elle a elle-même remis dans son offre (pour le poste 13 et la partie 1 du marché). À l'appui de son argumentation, elle produit, en annexe de sa requête (pièce confidentielle A5) et pour les besoins de la cause, une nouvelle décomposition de prix pour le poste 13 de l'inventaire (prix reconstitué « avec socle et poteaux »). Cette démonstration qui tend à établir le caractère négligeable du poste 13 ne peut *prima facie* être retenue. Premièrement, le prix reconstitué ne correspond pas à celui qu'elle a remis dans son offre; la partie adverse ne disposait pas de ces éléments au moment où elle a statué et ne pouvait donc pas les prendre en

considération. Deuxièmement, la requérante prend, comme base de calcul, les prix jugés anormaux qu'elle a remis pour le poste 13. Même après reconstitution, le prix proposé – qui est mentionné dans la requête – est encore cinq fois plus bas que celui de l'adjudicataire du marché qui, comme le souligne la partie adverse, est lui-même 30 % inférieur au prix de l'estimation, mais que ce dernier a pu justifier. La partie adverse relève également, à raison semble-t-il, que la décomposition proposée du prix du poste 13 ne comprend ni le coût de la main-d'œuvre, ni la marge bénéficiaire, ni les coûts de conception des panneaux. Contrairement à ce qu'affirme la requérante à l'audience, il ne ressort pas clairement que sa démonstration inclurait ces éléments. Le simple renvoi aux justifications d'autres postes de l'inventaire, sans autres précisions, ne suffit *prima facie* pas à pallier les lacunes de sa démonstration. La requérante n'apporte pas la preuve que la reconstitution de son prix pour le poste 13 de l'inventaire serait plus pertinente ou acceptable que l'estimation établie par la partie adverse, ni *a fortiori* que cette estimation serait manifestement erronée.

La requérante soutient, en termes de plaidoirie, que l'estimation de la partie adverse serait trop élevée en se fondant sur des documents relatifs à un autre marché (documents produits la veille de l'audience). Outre leur caractère tardif, les documents en question ne permettent pas d'invalidier l'estimation établie par la partie adverse.

La requérante ne démontre pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant que le poste 13 n'est pas négligeable ou qu'elle aurait violé les dispositions et principes visés au moyen.

Le deuxième moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux.

Sur la deuxième branche

Le requérant soutient que la motivation de l'acte attaqué serait défailante dès lors qu'« il ressort des développements de la première branche » que les motifs de l'acte attaqué qui justifient le caractère non négligeable du poste 13 de l'inventaire sont « manifestement erron[és] ».

La première branche du deuxième moyen n'étant pas sérieuse, la deuxième branche ne l'est pas non plus.

Sur la troisième branche

L'article 36, § 3, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité porte sur l'appréciation de la normalité d'un prix ou d'un coût, par exemple, lorsque le

soumissionnaire éprouve des difficultés à donner les informations nécessaires à leurs justifications (*cf.* rapport au Roi). L'obligation de consultation ne porte pas sur l'appréciation, faite par un pouvoir adjudicateur, du caractère négligeable, ou non, d'un poste. Comme l'expose la partie adverse à l'audience, cette appréciation intervient d'ailleurs, en principe, en amont des demandes de justifications adressées aux soumissionnaires en cas de prix apparemment anormaux.

Aucune disposition légale ou réglementaire n'impose au pouvoir adjudicateur de consulter les soumissionnaires afin d'apprécier le caractère négligeable, ou non, d'un poste du métré ou d'un inventaire.

Le deuxième moyen, en sa troisième branche, n'est pas sérieux.

VII. Confidentialité

La requérante demande que son offre soit déclarée confidentielle ainsi que ses justifications de prix et sa reconstitution du poste 13 de l'inventaire, de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des pièces A1 à A5 annexées à la requête.

La partie adverse formule la même demande en ce qui concerne l'avis du bureau des prix, les offres de la requérante et de la partie intervenante, les justifications des prix qu'elles ont remises, le rapport d'analyse des offres, l'inventaire estimatif et un calcul de l'importance du poste 13. Il s'agit des « pièces confidentielles » A à J du dossier administratif.

La partie intervenante demande que son offre et ses justifications de prix soient tenues pour confidentielles. Il s'agit des pièces 8 et 9 annexées à sa requête.

Dès lors que ces demandes ne sont pas contestées, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité de ces pièces.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

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

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A à J du dossier administratif, les pièces A1 à A5 annexées à la requête et les pièces 8 et 9 annexées à la requête en intervention 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 VI^e chambre siégeant en référé, le 9 septembre 2022, par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret