CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n^o^ 255.119 du 28 novembre 2022

A. 237.563/VI-22.438

En cause : **la société anonyme SOCIÉTÉ GÉNÉRALE DE PLANTATION**, en abrégé « SOGEPLAN »,
ayant élu domicile chez
M^e^ Laurent-Olivier HENROTTE, avocat,
avenue de Luxembourg 152
5100 Namur,

contre :

la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures, en abrégé « SOFICO »,
ayant élu domicile chez
M^es^ Marie VASTMANS, Alice TROISFONTAINES et Mickaël DHEUR, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

Requérante en intervention :

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 octobre 2022, la SA SOGEPLANT demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la SOFICO du 30 septembre 2022 d'attribuer le marché "Bail de brossage, curage, propreté, d'entretien des espaces verts autoroutier" (CSCH n° 21-1036) à la société KRINKELS ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 octobre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 10 novembre 2022.

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

Par une requête introduite le 5 novembre 2022, la SA Krinkels a demandé 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.

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

M^e^ Lucile Cartiaux, *loco* M^e^ Laurent-Olivier Henrotte, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e^ Mickaël Dheur, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e^ Gaël Tilman, *loco* M^e^ Olivier Eschweiler, avocat, comparaissant pour la 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 de suspension se présentent comme suit :

« 1. Le 5 mai 2021, la SOFICO a publié un avis de marché au Bulletin des adjudication 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. Le 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 à la page 9, 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. Un avis rectificatif a été publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne en date du 10 juin 2021 […].

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

Cinq offres ont été déposées, à savoir celles de :

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

6. Le 2 septembre 2021, la SA SOGEPLANT a été invitée par la SOFICO à justifier le prix de certains postes en ce que ceux-ci semblaient anormaux […].

La SA SOGEPLANT y a répondu par un courrier recommandé et par un courrier électronique du 16 septembre 2021, en communiquant ses justifications de prix à la SOFICO […].

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

8. 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 régulière et d'attribuer le marché à cette dernière pour un montant de 3.177.961,53 EUR HTVA […].

9. Cette décision a été communiqué aux soumissionnaires par un courrier daté du 1er mars 2022, communiqué par télécopie et par courrier recommandé à la même date […].

10. Le 15 mars 2022, la SOGEPLANT a introduit un recours en suspension, selon la procédure d'extrême urgence, devant le Conseil d'État, à l'encontre de cette décision.

11. Par un arrêt du 12 avril 2022, Votre Conseil a ordonné la suspension de la décision du 25 février 2022.

12. Par un courrier du 2 mai 2022, la SOFICO a interrogé la SA A2 afin de savoir si elle est disposée à prolonger la validité de son offre, compte tenu du fait que "l'arrêt du Conseil d'Etat oblige la SOFICO à procéder au retrait de la décision d'attribution en question et à réexaminer les offres en vue d'une réattribution du marché".

13. Par une décision du 25 mai 2022, la SOFICO a retiré la décision motivée d'attribution du 25 février 2022.

Le 30 mai 2022, cette décision de retrait est communiquée à la SA A2 par envoi postal recommandé […].

14. Par une décision du 30 septembre 2022, la SOFICO décide, à nouveau, d'attribuer le marché public de services à la SA KRINKELS […].

Il s'agit de l'acte attaqué.

15. Le 7 octobre 2022, cette nouvelle décision est communiquée à la SA SOGEPLANT par envoi recommandé […] ».

L'acte attaqué dans la présente affaire fait également l'objet d'un recours en suspension d'extrême urgence et en annulation introduit par la société anonyme A2 et enrôlé sous le numéro G./A.237.540/VI-22.435.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 5 novembre 2022, la SA Krinkels demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de la décision d'attribution 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. Recevabilité de la demande

V.1. Thèses des parties

A. Note d'observations

La partie adverse oppose à la demande de suspension une exception d'irrecevabilité, qu'elle formule comme suit :

« 16. En vertu de 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, toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir le marché et ayant été ou risquant d'être lésé par la violation alléguée peut introduire un recours contre la décision d'attribution d'un marché public.

En d'autres termes, il incombe à la partie qui sollicite l'annulation d'une décision ainsi que la suspension de son exécution de démontrer concrètement la lésion que lui aurait causée ou aurait risqué de lui causer la violation alléguée.

Votre Conseil en déduit que "la recevabilité du recours est soumise à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant" (C.E., arrêt n° 242.085 du 9 juillet 2018, SUEZ R&R BE WALLONIE).

Dans un arrêt du 3 avril 2019, Votre Conseil a également jugé que "Ainsi que le souligne l'intervenante, si le deuxième moyen dans lequel la requérante conteste l'irrégularité de son offre n'était pas sérieux, la requérante n'aurait intérêt aux autres moyens que dans la mesure où ceux-ci contestent la sélection et/ou la régularité de l'ensemble des autres soumissionnaires sélectionnés. Les autres

illégalités invoquées ne seraient, en effet, pas de nature à lui avoir causé grief. Ce constat implique, dès lors, qu'il soit procédé d'abord à l'examen du deuxième moyen et ensuite, le cas échéant, à l'examen des moyens ou branches de moyens qui remettent en cause la sélection et/ou la régularité de l'ensemble des autres soumissionnaires" (C.E., arrêt n° 244.164 du 3 avril 2019, JETTE CLEAN).

17. En l'espèce, il résulte des considérations qui suivent que la SA SOGEPLANT 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.

En effet, son offre ayant été déclarée irrégulière, elle n'a intérêt au recours que pour autant qu'elle puisse démontrer que la SOFICO 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 pas sérieux et que la SA SOGEPLANT ne démontre pas que l'offre de la SA KRINKELS était irrégulière.

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

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

B. Requête en intervention

L'intervenante conteste également la recevabilité de la demande de suspension, dans les termes suivants :

« La décision querellée est libellée comme suit :

" 5. Décision

décide d'écarter les offres déposées par les soumissionnaires A2/ SOGEPLANT, la SM EUROGREEN-SOTRAPLANT et ARTBEL pour cause d'irrégularité substantielle ;

décide de considérer comme régulière l'offre déposée par le soumissionnaire KRINKELS ;

décide d'attribuer le marché à la société KRINKELS qui a déposé l'offre régulière économiquement la plus avantageuse au montant de 3.177.961/58 € HTVA".

Dans la détermination de l'objet de la demande, la partie requérante se borne à solliciter la suspension "de la décision de la SOFICO du 30 septembre 2022 d'attribuer le marché 'bail de brossage, curage, propreté, d'entretien des espaces verts autoroutier' (CSCH n°21-1036) à la société KRINKELS".

L'objet, tel qu'il doit être précisé conformément à l'article 2, 3° de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, s'attache donc à la troisième décision de la partie adverse, sans égard aux deux premières décisions, soit celle d'écarter l'offre déposée par le soumissionnaire SOGEPLANT notamment, et celle de considérer comme régulière l'offre déposée par le soumissionnaire KRINKELS.

À défaut de contester la décision par laquelle la partie adverse a décidé d'écarter son offre pour cause d'irrégularité substantielle, la partie requérante ne présente aucun intérêt à demander la suspension de la décision d'attribuer le marché à la société KRINKELS.

En effet, son offre ayant été définitivement considérée comme irrégulière, SOGEPLANT ne peut plus prétendre obtenir le marché dont question.

Il convient dès lors de rejeter la demande de SOGEPLANT pour défaut d'intérêt ».

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 d'irrecevabilité opposée à la demande par la partie adverse ne peut être accueillie.

S'agissant de l'exception soulevée par l'intervenante, il doit, conformément aux dispositions précitées, être relevé que les conditions fixées par celles-ci pour admettre la recevabilité de la demande sont rencontrées. Outre la première condition, dont le respect n'est pas contesté par l'intervenante plus qu'elle ne l'était par la partie adverse, il s'impose de rappeler que – invoquée pour contester la légalité de la décision qui attribue le marché litigieux à l'intervenante – l'illégalité de la décision d'écarter, pour cause d'irrégularité substantielle, l'offre de la requérante a lésé ou risqué de léser celle-ci. La deuxième condition de recevabilité imposée par les dispositions précitées étant vérifiée, l'exception soulevée par l'intervenante doit être rejetée.

VI. Moyen unique – Première branche

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 10, 11 et 33 de la Constitution, des articles 4 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 33 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation de marché publics dans les secteurs classiques, de l'article 4 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 travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation interne des actes

administratifs, du principe d'égalité des soumissionnaires, du principe de concurrence, du principe de bonne administration et de minutie, de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur de fait et de l'erreur de droit et de la contradiction dans les motifs », « [e]n ce que, [première des quatre branches,] la partie adverse a erronément considéré que l'impact des postes anormaux de l'offre de la requérante sur l'ensemble du marché est non négligeable et a, par conséquent, illégalement décidé de l'écarter pour irrégularité substantielle sur la base de l'article 36, § 3, alinéa 1er, 1°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, sans faire application du § 2, alinéa 5 de cette disposition ou, à tout le moins, sans adéquatement motiver sa décision de considérer l'impact des postes comme non négligeable », « [a]lors que, les postes de la requérante ne peuvent être qualifiés de non négligeables, à tout le moins, la partie adverse doit assortir son appréciation du caractère non négligeable d'un poste d'une motivation circonstanciée, pertinente et adéquate, laquelle doit être fondée sur des éléments exacts ».

Après avoir exposé les dispositions dont l'application fait, selon elle, débat, ainsi que les enseignements généraux qui, à son estime, s'y rapportent, elle développe cette première branche du moyen comme suit :

« 25. La partie adverse, à raison, n'a pas constaté que le montant total de l'offre de la requérante présenterait un caractère anormal.

Elle a toutefois, à tort, considéré que le montant de plusieurs postes allégués anormaux serait non négligeable.

Par conséquent, elle a écarté illégalement l'offre de la requérante pour irrégularité substantielle.

26. A l'appui de la décision attaquée, elle prétend que :

" Pour déterminer si ces postes sont négligeables ou non, il est pertinent de comparer le prix moyen offert pour chacun de ces postes dans le cadre du marché au montant total moyen des offres reçues. On observe que le prix moyen de deux postes représente plus de de 1 % du montant total moyen des offres : ainsi, le poste 81 représente 1,44 % du montant total moyen des offres et le poste 82 représente 2,52 % de ce montant. Compte tenu du fait que le métré comporte 394 postes, ces deux postes ont un poids individuel non négligeable.

De plus, selon la méthode de comparaison visée à l'alinéa qui précède, les 7 postes de l'offre de la société SOGEPLANT dont le prix est jugé anormal représentent, globalement, 5,5 % du montant total moyen des offres.

Compte tenu du fait que le métré comporte 394 postes, ces 7 postes ont globalement un poids non négligeable".

Il ressort de ce qui précède que le seul indice retenu par la partie adverse pour décider du caractère non négligeable des postes concernés est l'impact financier de la moyenne des prix remis par les soumissionnaires pour ces postes au regard du montant total moyen des offres reçues.

La partie adverse commet une erreur manifeste d'appréciation et viole l'article 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 dans la mesure où les postes prétendument anormaux concernent des postes négligeables.

27. Premièrement, la méthode de vérification adoptée par le pouvoir adjudicateur n'est ni adéquate, ni cohérente, ni admissible, compte tenu des objectifs poursuivis par la vérification des prix.

La doctrine rappelle que : "lors du contrôle de la régularité des offres, la vérification a pour objet la normalité du prix global des offres et des prix des postes des offres par rapport aux documents du marché par référence, notamment, aux montants desdites offres, mais sans avoir égard globalement au classement desdites offres".

Aussi, lors de l'étape de vérification des prix, il ne revient pas au pouvoir adjudicateur ni de tenter d'identifier d'où proviennent les différences de prix remis par les soumissionnaires ni d'établir des comparaisons de prix au regard du prix moyen individuel offert et du montant total moyen des offres.

En tout état de cause, il revient au pouvoir adjudicateur de vérifier si les prix offerts individuellement par un soumissionnaire sont négligeables ou non au regard de l'offre de ce même soumissionnaire, et non en comparant l'incidence d'un prix moyen individuel sur un coût moyen total du marché. En d'autres termes, conformément à la jurisprudence de Votre Conseil, la valeur relative des postes litigieux doit être appréciée uniquement par rapport au montant global de l'offre.

En se fondant sur un prix moyen offert, le pouvoir adjudicateur ne peut valablement apprécier l'incidence que le poste en cause aura potentiellement sur le marché.

La requérante doute qu'une moyenne basée sur les prix offerts par les trois soumissionnaires sélectionnés permette d'avoir une appréciation correcte de l'incidence que les postes auront sur le marché. En effet, les moyennes prises ne reflètent pas réellement l'impact que le poste aura sur le marché, dès lors qu'elles tiennent compte de prix des différents soumissionnaires qui peuvent, selon le cas, être considérés comme étant anormalement hauts ou bas. La moyenne est donc fortement impactée par les valeurs extrêmes qui peuvent être proposées, elle n'est dès lors pas un indice adéquat pour juger du caractère négligeable ou non d'un poste.

28. En outre, la partie adverse semble confondre deux étapes distinctes de la vérification des prix : d'une part, l'appréciation du caractère anormal du prix et d'autre part, l'appréciation exercée sur le caractère négligeable ou non d'un poste pris individuellement.

29. Deuxièmement, la partie adverse a décidé de tenir compte d'éléments qui ne proviennent pas de la requérante, à savoir les montants offerts individuellement pour chaque poste par les autres soumissionnaires ainsi que le montant total des offres des autres soumissionnaires, et ce, en vue d'obtenir des prix individuel moyen et un montant total moyen.

Ce faisant, la partie adverse tient manifestement compte d'éléments non communiqués.

Or, il lui revenait, conformément à ce que prévoit l'article 36, § 3, alinéa 3 de l'arrêté royal en cause, de communiquer ces informations au soumissionnaire afin de lui permettre de réagir.

Cela n'a pas été effectué et a eu pour conséquence d'empêcher la requérante de réagir adéquatement aux demandes de justification formulées.

30. Troisièmement, si elle avait procédé à une appréciation correcte, elle aurait nécessairement apprécié que les postes en cause sont négligeables.

Manifestement, la partie adverse refuse de tenir compte de l'impact financier réel des postes sur le marché. Elle examine le caractère négligeable des postes de manière artificielle, en ne tenant pas compte de l'incidence réelle que les postes auront dans le cadre du marché.

Si elle avait adéquatement procédé aux vérifications de prix et du caractère négligeable des postes, la partie adverse aurait constaté que la valeur de l'ensemble des postes considérés comme anormaux s'élève uniquement à 3,96 % du montant total de l'offre de la requérante (2.788.461,79 euros HTVA – 3.177.961,58 euros TVAC), tel que cela ressort du tableau établi par ses soins (Pièce D- confidentielle).

Cet écart ne peut être considéré comme suffisamment conséquent pour que la bonne exécution du marché soit mise en péril.

La partie adverse aurait notamment dû constater que le montant individuel de chaque poste pris séparément doit également être considéré comme négligeable, dès lors qu'il varie de 0.2% à 1.33% de la valeur totale du marché.

31. À considérer que la méthode d'évaluation du caractère non négligeable des postes mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur est admissible – *quod non* -, il faut constater que la motivation du pouvoir adjudicateur repose sur les deux observations suivantes :

- Les postes 81 et 82 auraient un poids individuel non négligeable : le poste 81 représenterait 1,44 % du montant total moyen des offres et le poste 82 représenterait 2,52 % de ce montant.

- Les 7 postes de prix jugés anormaux auraient un poids global non négligeable : ils représenteraient globalement 5,5 % du montant total moyen des offres.

La motivation avancée n'est pas suffisante et adéquate.

D'une part, rien ne permet de vérifier les chiffres avancés par la partie adverse. Force est de constater qu'elle fait état de données qui n'ont pas été soumises aux soumissionnaires et que rien ne permet d'affirmer que ces chiffres sont pertinents.

D'autre part, compte tenu de la jurisprudence énoncée, le poids individuel des postes 81 et 82 doit être considéré comme négligeable.

Il n'est pas démontré que le poids individuel des autres postes concernés et allégués comme anormaux représenterait un pourcentage non négligeable sur le montant total moyen des offres.

En outre, même à considérer que certains postes sont anormaux –-, le pouvoir adjudicateur tente de faire croire que les postes en cause sont non négligeables en cumulant leur valeur. Il n'évalue dès lors pas leur poids réel individuel, à l'exception des postes 81 et 82. Il ne démontre aucunement que les 5 postes restant auraient un poids individuel non négligeable.

Enfin, la partie adverse fait grand cas du fait que les 7 postes allégués anormaux représenteraient 5,5% du montant total moyen des offres. Or, la seule constatation que le cumul des prix moyens offerts pour chacun de ces postes dans le cadre du

marché atteint le seuil de 5,5% du montant total moyen des offres ne suffit pas à démontrer que l'ensemble des postes serait non négligeable.

Force est de constater que le pouvoir adjudicateur n'a pas, préalablement, fixé un seuil qui permettrait d'écarter toute offre qui l'atteindrait. En tout état de cause, il est certain que le seuil qui serait fixé pour évaluer l'importance du montant cumulé des postes sur le marché ne saurait logiquement être le même que celui fixé pour évaluer la valeur individuelle d'un poste par rapport au montant global.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'expose pas pour quelle(s) raison(s) l'atteinte de ce seuil non précisé justifie l'écartement de l'offre.

La requérante rappelle utilement que les 7 postes concernés représentent un nombre de postes très limité au regard des 394 postes que comporte le métré.

32. En tout état de cause, le caractère non négligeable des postes peut évoluer en fonction de l'appréciation et de l'éventuelle censure qui sera faite par Votre Conseil du caractère anormal ou non des postes (voir *infra* troisième branche).

Ainsi, même à supposer que les postes litigieux devaient être considérés comme anormaux, - *quod no*n (voir *infra* troisième branche) -, la partie adverse ne pouvait écarter l'offre de la requérante compte tenu du caractère négligeable des postes concernés et du fait que le montant total de l'offre de la requérante ne présente pas de caractère anormal.

En outre, dans cette hypothèse, il faudrait également constater que le nombre de postes de l'offre de la requérante concernés est très limité. En effet, seuls 7 postes sur 394 postes au total sont considérés comme anormaux par la partie adverse.

La décision d'écarter l'offre de la requérante n'est dès lors pas justifiée compte tenu du fait que les postes en cause sont négligeables et concernent un nombre très limité de postes de l'offre de la requérante.

33. La motivation de la décision de la partie adverse n'est pas admissible et ne repose pas sur des motifs adéquats, cohérents et pertinents. La partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et violé les dispositions et principes visés au moyen à tout le moins, elle n'a pas suffisamment ni adéquatement motivé sa décision.

Eu égard aux éléments développés ci-avant, la première branche du moyen est sérieuse ».

B. Note d'observations

Après avoir exposé les enseignements généraux qu'elle estime pertinents en l'espèce, à propos du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur à propos du caractère non négligeable d'un ou de plusieurs poste(s), la partie adverse développe l'argumentation suivante :

« • La méthode de vérification des prix de la SOFICO est adéquate et ne se confond pas avec celle de l'appréciation des postes non-négligeables

42. Pour rappel, la décision motivée d'attribution du 30 septembre 2022 indique en page 6/22 ce qui suit :

2.6. Vérification des prix

2.6.1. Vérification des prix unitaires

Considérant que le Pouvoir adjudicateur a procédé à une vérification des prix et des coûts des offres des sociétés A2, KRINKELS et SOGEPLANT ;

Considérant qu'en raison de l'écart entre l'estimation du Pouvoir adjudicateur et le montant de l'offre la plus basse, l'avis du Bureau des Prix a été sollicité ;

Considérant que, dans son avis rendu le 24 juin 2021, le Bureau des Prix indique qu'il n'est pas dans la possibilité actuelle de remettre un avis pertinent sur les prix remis par les entrepreneurs dans ce marché ; qu'en effet ce marché fait partie des nouveaux marchés types pour les baux d'entretien du réseau routier wallon, nouveaux marchés qui ont la caractéristique de comporter un grand nombre de postes non normalisés propres à chaque district routier et autoroutier ;

Considérant qu'en conséquence, il a été procédé à une analyse des prix par une approche empirique, c'est-à-dire basée sur l'expérience générale, et en comparant les offres entre elles ;

Considérant que cet examen, au sens de l'article 35 de l'ARP, a conduit à identifier dans chaque offre des postes dont le prix est apparemment anormal ;

Considérant que le SPW-MI, en application de l'article 36 de l'ARP, a invité les soumissionnaires concernés à justifier le prix des postes en question, soit :

- pour l'offre de A2 : le prix des postes 1-2-16-20-45-46-58-81-82-159-160-171-188 et 254 ;
- pour l'offre de SOGEPLANT : le prix des postes 45-46-58-81-82-109-110-127-129-130-162-163-171 et 188 ;
- pour l'offre de KRINKELS : le prix des postes 45-46-81-82-188-250 et-251 ;

Il en ressort que la SOFICO a constaté un écart entre son estimation du montant du marché litigieux et le montant de l'offre la plus basse. Après avoir consulté le Bureau des Prix à ce propos, celui-ci n'a pas pu remettre un avis pertinent en raison du fait que ce marché fait partie des nouveaux marchés qui ont "la caractéristique de comporter un grand nombre de postes non normalisés propres à chaque district routier et autoroutier" […].

Dans ce contexte, la SOFICO a analysé les prix en se basant sur son expérience générale, à savoir sur ses propres estimations, et en comparant les offres entre elles. Cela l'a amené à détecter ensuite des prix apparemment anormaux.

C'est donc à tort que la SA SOGEPLANT estime que la SOFICO aurait confondu l'étape de la vérification des prix (et l'appréciation du caractère anormal du prix) avec celle de l'appréciation du caractère négligeable ou non d'un poste pris individuellement.

Comme exposé ci-dessus, la SOFICO ne s'est pas basée sur sa méthodologie d'appréciation des postes non-négligeables pour déclencher la procédure de vérification des prix. Elle a en effet procédé à une vérification des prix en raison de l'écart des offres des soumissionnaires avec ses propres estimations. Partant, la méthode de vérification des prix de la SOFICO ne se confond pas avec celle de l'appréciation des postes non-négligeables.

Dans le même sens, le fait d'avoir abordé le point des postes non-négligeables après celui des prix anormaux dans sa décision motivée d'attribution du 30 septembre 2022 ne signifie pas que la SOFICO déduit de son raisonnement sur les prix anormaux la présence de postes non-négligeables.

• La méthode de détermination des postes non-négligeables de la SOFICO est licite et est admise par Votre Conseil

43. Aux termes des pages 15 et 16 de la décision motivée d'attribution du 30 septembre 2022, il ressort ce qui suit :

" Pour déterminer si ces postes sont négligeables ou non, il est pertinent de comparer le prix moyen offert pour chacun de ces postes dans le cadre du marché au montant total moyen des offres reçues. On observe que le prix moyen de deux postes représente plus de de 1 % du montant total moyen des offres : ainsi, le poste 81 représente 1,44 % du montant total moyen des offres et le poste 82 représente 2,52 % de ce montant. Compte tenu du fait que le métré comporte 394 postes, ces deux postes ont un poids individuel non négligeable.

De plus, selon la méthode de comparaison visée à l'alinéa qui précède, les 7 postes de l'offre de la société SOGEPLANT dont le prix est jugé anormal représentent, globalement, 5,5 % du montant total moyen des offres.

Compte tenu du fait que le métré comporte 394 postes, ces 7 postes ont globalement un poids non négligeable.

Considérant que, dès lors que les 7 postes à prix anormaux de l'offre ont un poids global non négligeable, et qu'en outre, parmi ces postes, 2 postes ont un poids individuel non négligeable, l'offre de la société SOGEPLANT est entachée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée sur la base de l'article 36, § 3, 1°, de l'A.R. du 18 avril 2017".

Il résulte de cet extrait de la décision motivée d'attribution que la SOFICO a déterminé un poste non-négligeable en comparant le prix moyen offert pour chacun des postes au montant total moyen des offres qui ont pu être comparées entre elles, à savoir celles de la SA A2, de la SA SOGEPLANT et de la SA KRINKELS.

Plus particulièrement, après application de cette méthode, la SOFICO a constaté que les postes n° 81 et n° 82 représentent respectivement un pourcentage de 1,44 % et de 2,52 % du montant total moyen des offres de ce marché de sorte que l'impact financier de ces postes sur l'ensemble du marché est non-négligeable.

Il en résulte que la SOFICO a déterminé, conformément à la méthode susvisée, que les 6 postes considérés comme anormaux représentent 5,50 % du montant total moyen des offres de sorte que ces 6 postes ont un poids non-négligeable.

Comme indiqué ci-dessus, la SOFICO est libre de choisir la méthode de comparaison relative au prix moyen d'un poste sur le montant total moyen des offres afin de détecter un ou plusieurs poste(s) non-négligeables. Cette méthode est en effet licite et ne dépasse pas les limites du raisonnable (Voy., C.E. (12ème ch.), arrêt n° 241.595, 24 mai 2018, NV DESMET MACHINEBOUW ENGINEERING, point 8.2 ; Voy., également en ce sens B.DE COCQUÉAU, ET F.PAULUS, "La notion de postes négligeables : une simplification pour l'adjudicateur dans le cadre de l'examen des prix ?" *in* Chronique des Marchés Publics 2019-2020, 1ère édition, Bruxelles, EBP Consulting, 2020, p. 647).

Il en est de même lorsque la SOFICO cumule le pourcentage de 6 postes obtenu conformément à la méthode susvisée pour déterminer le caractère non-négligeable desdits postes (C.E. (6ème ch.), arrêt n° 243.658, 11 février 2019, SPRL PIERRE FRÈRE ET FILS).

Or, la SA SOGEPLANT déduit de ces extraits que la SOFICO ne pourrait pas déterminer le caractère non-négligeable des postes litigieux selon ladite méthode et prétend erronément que la valeur des postes litigieux doit être appréciée uniquement par rapport au montant global de l'offre.

La position de la SA SOGEPLANT est toutefois contestable dans la mesure où Votre Conseil considère la méthode susvisée comme licite et n'impose pas que la méthode préconisée par la SA SOGEPLANT soit suivie par Votre Conseil en raison du pouvoir d'appréciation de la SOFICO.

44. Par ailleurs, contrairement à ce qui est allégué par la SA SOGEPLANT, la méthode choisie par la SOFICO permet effectivement d'apprécier l'incidence que les postes litigieux auront potentiellement sur le marché.

Concrètement, la SOFICO a fixé un seuil de 1 % pour déterminer le caractère non-négligeable d'un poste pris individuellement, ce qui est corroboré par la décision motivée d'attribution du 30 septembre 2022 qui énonce ce qui suit :

> Pour déterminer si ces postes sont négligeables ou non, il est pertinent de comparer le prix moyen offert pour chacun de ces postes dans le cadre du marché au montant total moyen des offres reçues. On observe que le prix moyen de deux postes représente plus de 1 % du montant total moyen des offres : ainsi, le poste 81 représente 1,44 % du montant total moyen des offres et le poste 82 représente 2,52 % de ce montant. Compte tenu du fait

La moyenne des offres de la SA SOGEPLANT, de la SA A2 et de la SA KRINKELS est de 2.821.126,06 EUR HTVA de sorte qu'un poste non-négligeable pris individuellement représente un montant minimum de 28.211,26 EUR HTVA.

Il a été rappelé à ce propos ci-dessus que le caractère non-négligeable d'un poste doit toujours s'apprécier dans le cadre du « marché public concerné » de sorte que la valeur minimale de 28.211,26 EUR HTVA n'est pas négligeable en raison du montant élevé de la moyenne des offres du marché public litigieux.

Le poids des 6 postes litigieux représente également 5,50 % de cette moyenne des offres et est révélateur du caractère non-négligeable desdits postes puisqu'il constitue un montant de 155.161,93 EUR HTVA.

La SA SOGEPLANT ne peut pas davantage être suivie lorsqu'elle estime que les moyennes prises en compte ne reflèteraient pas l'impact que le poste aurait sur le marché litigieux dès lors qu'elles tiennent compte de prix des différents soumissionnaires qui peuvent être considérés comme étant anormalement haut ou bas.

Or, que le poids d'un poste soit pris individuellement ou dans le cadre d'une moyenne de plusieurs soumissionnaires, la SOFICO peut être confrontée ensuite dans les deux cas à des prix anormaux. A suivre le raisonnement de la SA SOGEPLANT, cela reviendrait à considérer que la SOFICO ne pourrait plus déterminer le poids d'un poste en fonction des valeurs présentées par les soumissionnaires, ce qui n'est pas compatible avec son pouvoir d'appréciation et la jurisprudence de Votre Conseil. Cela n'est pas non plus compatible avec le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 qui précise que "le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné".

• La SOFICO n'est pas tenue de communiquer les prix offerts par les soumissionnaires concernant les postes 45, 46, 58, 81, 82, 127 et 130

45. La SA SOGEPLANT soutient à tort que la SOFICO aurait été tenue de communiquer les montants offerts individuellement pour chaque poste par les soumissionnaires ainsi que le montant total des offres des autres soumissionnaires sur la base de l'article 36, § 3, alinéa 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

La SA SOGEPLANT confond en effet la prise en compte par le pouvoir adjudicateur d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire lorsque ce dernier évalue les justifications relatives à des prix apparemment anormaux sur la base de l'article 36, § 3, alinéa 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et les informations qui ont amené la SA SOGEPLANT à considérer les postes non-négligeables, à savoir les montants offerts pour chaque poste par les soumissionnaires et le montant total des offres des soumissionnaires.

Plus particulièrement, concernant les postes non-négligeables, Votre Conseil précise que "Le pouvoir adjudicateur doit non seulement vérifier si les postes pour lesquels les prix s'avéreraient anormaux dépassent ou non le seuil permettant de les qualifier de 'non négligeables' et mais il doit aussi être en mesure de le justifier objectivement au regard du dossier administratif " (C.E., arrêt n° 245.222, 23 juillet 2019, SA KÖSE CLEANING/ COMMUNAUTÉ FRANÇAISE).

La justification d'un poste non-négligeable doit donc ressortir du dossier administratif et il n'est pas imposé par la règlementation relative aux marchés publics que la SOFICO communique préalablement aux soumissionnaires les informations permettant de déterminer le caractère non-négligeable des postes 45, 46, 58, 81, 82, 127 et 130. En décider autrement reviendrait à communiquer préalablement aux soumissionnaires des informations confidentielles, à savoir les prix proposés pour lesdits postes et le montant total des offres de la SA A2, SA SOGEPLANT et SA KRINKELS, ce qui violerait les principes d'égalité et de concurrence entre les soumissionnaires.

Par ailleurs, il ressort de la décision motivée d'attribution du 30 septembre 2022 que le caractère non-négligeable des postes 45, 46, 58, 81, 82, 127 et 130 a été évalué sur la base des seuils susvisés. Le poids de ces postes résulte également d'une prise en compte de l'inventaire confidentiel des offres de la SA A2, de la SA SOGEPLANT et de la SA KRINKELS (pièces D, E et F).

En outre, et comme cela sera précisé *infra* (points 78 et suivants), la SOFICO n'a en aucun cas tenu compte des montants offerts pour chaque poste par les autres soumissionnaires et du montant total des offres des autres soumissionnaires dans le cadre de l'appréciation des justifications de la SA A2.

- Les postes n° 45, 46, 58, 81, 82, 127 et 130 sont non-négligeables

46. La SA SOGEPLANT indique, à tort, que la SOFICO n'aurait pas tenu compte de l'impact financier réel des postes sur le marché. Selon la SA SOGEPLANT, l'ensemble des postes anormaux s'élèverait à 3,96 % du montant total de son offre et cet écart ne serait pas suffisant pour mettre en péril la bonne exécution du marché. Les postes pris individuellement devraient, selon elle, être considérés comme négligeables puisqu'il se situeraient entre 0,2 % et 1,33 % de la valeur totale du marché.

Or, comme indiqué ci-dessus, la SA SOGEPLANT fait fi de la méthode d'appréciation de la SOFICO des postes non-négligeables alors que cette méthode est licite et est reconnue par Votre Conseil. Les données telles qu'elles ont été calculées par la SA SOGEPLANT ne sont donc pas pertinentes pour l'appréciation du caractère non-négligeable des postes n°45, 46, 58, 81, 82, 127 et 130.

En outre, la SOFICO a démontré ci-dessus l'impact financier réel desdites postes sur le marché. La moyenne des offres de la SA SOGEPLANT, de la SA A2 et de la SA KRINKELS est en effet de 2.821.126,06 EUR HTVA de sorte qu'un poste non-négligeable pris individuellement présente une valeur minimale de 28.211,26 EUR HTVA. En l'occurrence, les postes n°81 et n°82 présente une valeur moyenne respectivement de 40.624,21 EUR HTVA (1,44%) et de 71.092,37 EUR HTVA (2,52%), soit une valeur moyenne au-dessus du seuil de 1%.

Le poids total des 6 postes litigieux représente 5,50 % de cette moyenne des offres et est également révélateur du caractère non-négligeable desdits postes puisqu'il constitue un montant de 155.161,93 EUR HTVA.

Compte tenu de ce qui précède, l'impact financier desdites postes est réel et de nature à mettre en péril l'exécution du marché public litigieux.

A supposer que Votre Conseil retienne l'approche quantitative de la SA SOGEPLANT, *quod non*, l'ensemble des postes présenterait une valeur de 110.423,08 EUR HTVA (3,96 % de 2.788.461,79 EUR HTVA), ce qui n'est pas non plus négligeable dans le cadre du marché public litigieux.

47. Par ailleurs, la SA SOGEPLANT indique erronément que le caractère non-négligeable des postes peut évoluer en fonction de l'appréciation par Votre Conseil du caractère anormal ou non des postes litigieux. Elle estime à ce propos que si les postes litigieux devaient être considérés comme anormaux, la SOFICO ne pourrait pas écarter son offre compte tenu du caractère négligeable desdites postes et de leur nombre limité.

Or, comme il a été démontré ci-dessus, l'appréciation du caractère non-négligeable des postes litigieux par la SOFICO ne dépend pas de la question de l'anormalité des prix.

Le fait que la SOFICO a détecté ensuite des prix anormaux concernant les postes non-négligeables implique l'écartement de l'offre de la SA SOGEPLANT conformément à l'article 36, § 3, 1°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Il ne peut dès lors être question pour Votre Conseil de considérer qu'il s'agirait de postes négligeables qui ne concerneraient qu'un nombre limité de postes du marché public litigieux.

Il est opportun de rappeler encore que Votre Conseil vérifie uniquement l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur et il revient à la SA SOGEPLANT de prouver que la SOFICO a dépassé les limites du raisonnable dans sa méthode de détermination des postes non-négligeables (C.E., arrêt n° 240.267 du 21 décembre 2017, VAN HULLE PAUL GRONDWERKEN). Or, comme cela résulte des développements exposés ci-dessus, la SA SOGEPLANT échoue à prouver une telle erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la SOFICO.

- La motivation de la SOFICO est suffisante et adéquate

48. Selon les 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, l'obligation de motivation est applicable à l'ensemble des marchés visés par la réglementation relative aux marchés publics.

Afin de satisfaire à cette obligation de motivation formelle du choix de l'adjudicataire d'un marché public, la motivation doit figurer dans la décision et doit consister dans l'indication des considérations de droit et de fait qui ont présidé à la décision d'attribution du marché.

Le pouvoir adjudicateur, quelle que soit la décision qu'il prend, doit ainsi veiller à faire reposer son appréciation sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit (C.E., arrêt n° 217.662 du 1er février 2012, SA SOCATRA ; C.E., arrêt n° 220.431 du 10 août 2012, WOLTER).

49. L'obligation de motivation formelle résulte également des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs qui imposent aux autorités administratives de motiver leurs actes en droit et en fait de manière adéquate.

A cet égard, Votre Conseil a eu l'occasion de rappeler que "l'obligation de motivation formelle qui s'impose à l'autorité administrative en vertu des dispositions visées au moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. Ces motifs doivent reposer sur les éléments du dossier administratif. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce. L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise" (C.E, arrêt n° 251.250 du 9 juillet 2021, SRL TRANSPORT ET GARAGE BAS ; voy. également C.E., arrêt n° 251.374 du 17 août 2021, ARTBEL ; C.E., arrêt n° 251.403 du 31 août 2021, SERVAIS ENGINEERING ARCHITECTURAL & PARTNERS).

Il convient du reste de rappeler que selon la doctrine, la motivation "ne doit jamais formellement exposer les motifs des motifs de la décision" (P-O. DE BROUX, « Les marches publics et la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs », *in* La motivation formelle des actes administratifs, Bruxelles, La Charte, 2005, p. 220).

50. En ce qui concerne la motivation relative à la vérification des prix, Votre Conseil a récemment jugé que "l'obligation de motivation formelle, à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, afin de pouvoir apprécier l'opportunité et – le cas échéant – la manière d'exercer les recours dont il peut disposer, mais également au Conseil d'État de contrôler la manière dont cette autorité a, le cas échéant, exercé son pouvoir d'appréciation. Elle exerce notamment un tel pouvoir lorsqu'elle doit se prononcer sur la régularité d'une offre dont les prix présentaient une apparence d'anormalité sur laquelle elle doit statuer après avoir invité les soumissionnaires concernés à justifier ces prix. Lorsque, comme en l'espèce, la motivation mobilise des renseignements qui, conformément à l'article 10, § 1er, 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, ne peuvent être divulgués, la mesure dans laquelle l'autorité permettra de réaliser ces objectifs de l'obligation de motivation formelle risque nécessairement d'en être affectée" (C.E., arrêt n° 252.191 du 23 novembre 2021, SCRL INTERMEDIANCE & PARTNERS).

51. Dans le cas d'espèce, la SA SOGEPLANT indique que rien ne permet de vérifier les chiffres avancés par la SOFICO. Elle précise également que la SOFICO se base sur des informations qui n'auraient pas été communiquées aux soumissionnaires et que rien ne permet d'affirmer la pertinence desdits chiffres.

Pourtant, comme démontré ci-dessus, les informations sur lesquelles se base la SOFICO pour l'appréciation des postes non-négligeables sont confidentielles de sorte qu'elle ne peut pas les transmettre aux soumissionnaires et, partant, les

divulguer dans le cadre de sa décision motivée d'attribution du 30 septembre 2022. Par voie de conséquence, l'obligation de motivation s'en trouve d'office affectée et cela ne peut pas être reproché à la SOFICO (C.E., arrêt n° 252.191 du 23 novembre 2021, SCRL INTERMEDIANCE & PARTNERS).

Concernant la vérification et la pertinence des chiffres de la SOFICO, Votre Conseil pourra effectivement constater sur la base des pièces confidentielles que ceux-ci sont corrects et pertinents compte tenu de l'importance financière desdits postes sur le montant total moyen des offres des soumissionnaires (SA A2, SA SOGEPLANT et SA KRINKELS).

52. Par ailleurs, la SOFICO a motivé adéquatement sa décision du 30 septembre 2022 concernant le caractère non-négligeable des postes concernés.

Pour rappel, la SOFICO a motivé le caractère non-négligeable des postes n° 81 et 82 au regard du fait que la valeur moyenne des postes litigieux par rapport au montant moyen des offres des soumissionnaires est supérieure au seuil de 1 %. Elle a également indiqué que le cumul des 6 postes litigieux re présente 5,5 % du montant moyen des offres des soumissionnaires. En d'autres termes, la SOFICO a motivé adéquatement sa décision conformément à la jurisprudence de Votre conseil qui autorise, d'une part, la fixation d'un seuil de 1 % pour la détection d'un poste non-négligeable et, d'autre part, le cumul de plusieurs postes pour démontrer qu'ils représentent ensemble un caractère non-négligeable (C.E. (12e ch.), arrêt n° 241.595, 24 mai 2018, NV DESMET MACHINEBOUW ENGINEERING ; C.E. (6ème ch.), arrêt n° 243.658, 11 février 2019, SPRL PIERRE FRÈRE ET FILS). Face à cette situation, la SOFICO n'était pas contrainte de démontrer pour les postes 45, 46, 58, 127 et 130 leur poids individuel non-négligeable.

Partant, la SA SOGEPLANT ne peut pas être suivie lorsqu'elle soutient que la SOFICO n'aurait fixé aucun seuil pour déterminer le caractère non-négligeable d'un poste pris individuellement. Elle ne peut pas davantage être suivie lorsqu'elle prétend que le cumul des postes litigieux qui représentent 5,5 % du montant total moyen des offres des soumissionnaires ne suffirait pas à démontrer que l'ensemble desdits postes sont non-négligeables.

En outre, le fait que la SOFICO mentionne que les 7 postes litigieux représentent un nombre de postes limité au regard des 394 postes du marché est irrelevant dans la mesure où ce n'est pas le nombre de postes qui détermine leur caractère non-négligeable mais bien leur valeur financière.

53. Compte tenu de ce qui précède, la SOFICO a considéré à bon droit que les postes litigieux sont non-négligeables compte tenu de leur importance financière.

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 5,5 % du montant moyen des offres n'est donc pas disproportionné.

54. La première branche du moyen unique n'est dès lors manifestement pas sérieuse ».

C. Requête en intervention

L'intervenante répond comme suit au moyen, en sa première branche :

« a) Intérêt au moyen

Le cahier spécial des charges précise, en son article 9, que le marché est attribué au soumissionnaire – non exclu et répondant aux critères de sélection – qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur sur base du critère prix.

Le seul critère d'attribution est donc le prix.

Il ressort de l'article 2.5 de la décision querellée que les trois offres restant en lice au stade de la vérification des prix étaient les offres de A2, SOGEPLANT et KRINKELS.

Ces offres, à ce stade, s'élevaient à

- A2 2.496.954,82 € H.T.V.A.
- SOGEPLANT 2.788.461,79 € H.T.V.A.
- KRINKELS 3.177.961,58 € H.T.V.A.

Les soumissionnaires A2 et SOGEPLANT ont introduit un recours en suspension contre l'acte attaqué.

Si le grief formulé par la partie requérante dans le cadre de la première branche devait être retenu, *quod non* comme développé *infra*, il en découlerait que ce grief serait applicable tant à la situation de SOGEPLANT, présente requérante, qu'à la situation de A2, qui conteste également l'acte attaqué sur base du même grief.

SOGEPLANT ne présente donc pas d'intérêt au moyen puisqu'en pareille hypothèse, son offre serait précédée par celle de A2 sur base de l'unique critère d'attribution.

La présente branche du moyen doit donc être rejetée pour défaut d'intérêt au moyen

b) Fondement de la branche du moyen

Dans la décision attaquée, la partie adverse motive le caractère non négligeable des postes visés comme suit :

" Considérant qu'il ressort de l'analyse reproduite ci-dessus et pour les motifs y mentionnés que le prix des postes 45,46, 58, 81, 82,127 et 130 de l'offre de la S.A. SOGEPLANT sont anormaux ;
Considérant que les postes susmentionnés ne sont pas négligeables pour les motifs suivants :
Pour déterminer si ces postes sont négligeables ou non, il est pertinent de comparer le prix moyen offert pour chacun de ces postes dans le cadre du marché au montant total moyen des offres reçues. On observe que le prix moyen de deux postes représente plus de 1 % du montant total moyen des offres ; ainsi, le poste 81 représente 1,44 % du montant total moyen des offres et le poste 82 représente 2,52 % de ce montant. Compte tenu du fait que le métré comporte 394 postes, ces deux postes ont un poids individuel non négligeable.
De plus, selon la méthode de comparaison visée à l'alinéa qui précède, les 7 postes de l'offre de la société SOGEPLANT dont le prix est jugé anormal représentent, globalement 5,5 % du montant total moyen des offres.
Compte tenu du fait que le métré comporte 394 postes, ces 6 postes ont globalement un poids non négligeable.
Considérant que dès lors que les 7 postes à prix anormal de l'offre ont un poids global non négligeable, et qu'en outre, parmi ces postes, 2 postes ont un poids individuel non négligeable, l'offre de la société SOGEPLANT est

entachée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée sur la base de l'article 36, § 3, 1°, de l'A.R. du 18 avril 2017".

Dans sa requête, la partie requérante estime que la partie adverse commet une erreur manifeste d'appréciation.

Premièrement, elle avance que la méthode de vérification adoptée par la partie adverse ne serait ni adéquate, ni cohérente, ni admissible compte tenu des objectifs poursuivis par la vérification des prix.

Pour étayer son propos, la requérante avance qu'il "revient au pouvoir adjudicateur de vérifier si les prix offerts individuellement par un soumissionnaire sont négligeables ou non, au regard de l'offre de ce même soumissionnaire, et non en comparant l'incidence d'un prix moyen individuel sur un coût moyen total du marché. En d'autres termes, conformément à la jurisprudence de Votre Conseil, la valeur relative des postes litigieux doit être appréciée uniquement par rapport au montant global de l'offre".

On peut d'abord constater que la jurisprudence citée par la partie requérante n'a pas la portée que celle-ci souhaite lui donner, en ce que les arrêts vantés n'indiquent nullement que la valeur des postes litigieux devrait être appréciée uniquement par rapport au montant global de l'offre.

De jurisprudence constante, Votre Conseil estime que

" 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".

En l'espèce, la requérante ne critique ni la réalité, ni l'exactitude des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité.

Elle critique par contre, à mauvais escient, la pertinence de ceux-ci, se basant sur une jurisprudence dont elle se méprend sur la portée.

Il paraît en outre pertinent pour la partie adverse d'évaluer le caractère négligeable ou non d'un poste non sur base de l'appréciation de ce poste, dont le prix a été par ailleurs considéré comme anormal, par rapport à l'offre concernée mais bien sur base de l'appréciation du prix moyen de ce poste au regard du montant total moyen des offres.

Ce faisant, la partie adverse ne commet aucune erreur manifeste d'appréciation.

Dans un deuxième temps, la partie requérante reproche à la partie adverse de tenir compte d'éléments qui ne proviennent pas de la requérante, à savoir les montants offerts individuellement pour chaque poste par les autres soumissionnaires, ainsi

que le montant total des offres des autres soumissionnaires, soit autant d'éléments qui ne lui ont pas été communiqués.

Elle y voit une violation de l'article 36, §3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Comme rappelé par Votre Conseil dans son arrêt du 9 septembre 2022 :

" 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".

La partie adverse n'avait, dès lors, aucune obligation de transmettre ces éléments à la connaissance de la partie requérante afin d'apprécier le caractère négligeable ou non des postes concernés.

Dans un troisième temps, la partie requérante reproche à la partie adverse de refuser tenir compte de l'impact financier réel des postes sur le marché, en tenant pas compte de l'incidence réelle que les postes auront dans le cadre du marché.

Pour ce faire, elle détermine que l'ensemble des postes incriminés représente 3,96 % du montant total de son offre, et que chacun des postes représente un poids qui varie de 0,2 % à 1,33 % de la valeur totale de son offre.

Pour rappel, la partie adverse a estimé que les postes concernés étaient non négligeables parce qu'une part, ensemble, ils représentaient un poids de 5,5 % du montant total moyen des offres, et d'autre part parce que les postes 81 et 82 représentaient respectivement 1,44 % et 2,52 % du montant total moyen des offres.

Pour contester ce dernier point, la requérante cite une jurisprudence qui admet, au contraire de ce qu'elle prétend, qu'un poste représentant 1 % du marché soit considéré comme non négligeable

" *Om verwaarloosbare posten uit te sluiten, blijkt de verwerende partij te dezen een drempel van '1 % van de totale inschrijving' te hebben vastgelegd. Mede gelet op de aangehaalde verantwoording lijkt het niet aangetoond dat de betrokken keuze niet zorgvuldig zou zijn of de perken van de redelijkheid te buiten zou gaan, noch dat zulks het geval zou zijn bij de concrete uitwerking van dat criterium aan de hand van gemiddelde postwaarden, afgezet tegenover de totaalsom ervan.*
Dat de verzoekende partij er een andere kijk op na houdt en van mening is dat niet met de voormelde drempel had mogen worden gewerkt, maar wel met een drempel in functie van de gemiddelde postwaarde telkens afgezet tegen de inschrijvingsprijzen, doet aan deze vaststelling prima facie geen afbreuk.
Het door de verzoekende partij voorgestelde criterium lijkt ook zijn merites te hebben, maar de regel die de verwerende partij te dezen heeft gekozen en de wijze waarop deze is toegepast, kan prima facie de toets aan het redelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel doorstaan. De beleidsruimte waarover de aanbestedende overheid te dezen beschikte, houdt per definitie de mogelijkheid in van uiteenlopende beslissingen die elk wettig zijn en meer bepaald elk geacht kunnen worden voort te vloeien uit zorgvuldig

handelen binnen de grenzen van de redelijkheid. In een dergelijk geval lijkt zoals te dezen aan het standpunt van de verzoekende partij niet de voorkeur te moeten worden gegeven boven dat van de overheid louter omdat eerstgenoemde zich verongelijkt voelt en benadeeld acht door de bestreden beslissing".

Traduction libre:

Afin d'exclure les éléments négligeables, la partie défenderesse semble avoir fixé un seuil de "1% de l'offre totale". Compte tenu également de la justification invoquée, il ne semble pas avoir été démontré que le choix en question était imprudent ou qu'il dépassait les limites du raisonnable, ni que tel était le cas dans l'élaboration concrète de ce critère par référence aux valeurs postales moyennes par rapport à leur somme totale.
Le fait que la requérante adopte un point de vue différent et estime qu'il n'aurait pas fallu utiliser le seuil précité, mais plutôt un seuil basé sur la valeur moyenne des articles par rapport aux prix des offres, n'affecte pas cette constatation prima facie.
Le critère proposé par la requérante semble également avoir ses mérites, mais la règle choisie par la défenderesse en l'espèce et la manière dont elle a été appliquée peuvent à première vue résister au test du caractère raisonnable et de la diligence. L'espace politique dont dispose le pouvoir adjudicateur en l'espèce implique nécessairement la possibilité de décisions divergentes, dont chacune est légale et, plus précisément, dont chacune peut être considérée comme résultant d'une conduite prudente dans les limites du raisonnable. Dans un tel cas, comme en l'espèce, la position du requérant n'apparaît pas préférable à celle de l'autorité du seul fait que le premier se sent lésé et désavantagé par la décision attaquée.

Comme il l'a été rappelé *supra*, la partie adverse dispose à cet égard d'un pouvoir discrétionnaire qui ne sera censuré qu'en cas d'erreur manifeste.

Il n'apparaît pas que les seuils retenus pour les postes 81 et 82 pour déterminer le caractère non-négligeable de ceux-ci, démontrent une erreur manifeste d'appréciation qui devrait être sanctionnée par Votre Conseil.

Le moyen n'est pas fondé en sa première branche ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

En sa première branche, le moyen critique notamment la motivation de l'acte attaqué, en tant que la partie adverse décide d'écarter l'offre de la requérante en raison de son irrégularité résultant de prix unitaires jugés anormaux. La requérante soutient que cette motivation n'est pas adéquate, en tant qu'elle porte sur la reconnaissance du caractère non négligeable des postes pour lesquels des prix unitaires ont été jugés anormaux.

A. Quant à l'intérêt au moyen

Le défaut d'intérêt au moyen qu'invoque la partie adverse repose sur le constat qu'un autre soumissionnaire a fait offre pour un montant total inférieur à celui que propose la requérante, de sorte que si le moyen devait être déclaré sérieux en sa première branche, l'offre de la requérante resterait précédée par celle de ce

soumissionnaire, au regard du seul critère d'attribution, à savoir le prix. En cas de retrait de l'acte attaqué à la suite d'un arrêt qui ordonnerait la suspension de son exécution après avoir déclaré le moyen sérieux en sa première branche, il ne peut être exclu que – pour la réfection de cet acte – la partie adverse procède à un nouvel examen des prix, en tenant notamment compte de griefs formulés par d'autres branches du moyen ou dans le cadre du recours enrôlé sous le numéro G./A.237.540/VI-22.435, de sorte qu'il n'est pas établi que l'offre du concurrent de la requérante serait nécessairement admise au terme de ce contrôle et précéderait ainsi celle de la requérante. Dès lors que le postulat sur lequel repose l'exception d'irrecevabilité ne peut être retenu au stade (et dans le cadre) de la présente procédure en extrême urgence, il doit être admis que l'illégalité dénoncée au titre de la première branche du moyen a pu léser la requérante. L'exception doit, en conséquence, être rejetée.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

L'extrait de l'acte attaqué, qui pourvoit à la motivation de considérer non négligeables certains des postes pour lesquels les prix unitaires proposés par la requérante sont, par ailleurs, jugés anormaux, et, partant, déclarer irrégulière l'offre de celle-ci se lit comme suit :

« Pour déterminer si ces postes sont négligeables ou non, il est pertinent de comparer le prix moyen offert pour chacun de ces postes dans le cadre du marché au montant total moyen des offres reçues. On observe que le prix moyen de deux postes représente plus de 1% du montant total moyen des offres : ainsi, le poste 81 représente 1,44% du montant total moyen des offres et le poste 82 représente 2,52 % de ce montant. Compte tenu du fait que le métré comporte 394 postes, ces deux postes ont un poids individuel non négligeable.

De plus, selon la méthode de comparaison visée à l'alinéa qui précède, les 7 postes de l'offre de la société SOGEPLANT dont le prix est jugé anormal représentent, globalement, 5,5 % du montant total moyen des offres.

Compte tenu du fait que le métré comporte 394 postes, ces 7 postes ont globalement un poids non négligeable.

Considérant que, dès lors que les 7 postes à prix anormaux de l'offre ont un poids global non négligeable, et qu'en outre, parmi ces postes, 2 postes ont un poids individuel non négligeable, l'offre de la société SOGEPLANT est entachée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée sur la base de l'article 36, § 3, 1°, de l'A.R. du 18 avril 2017 ».

Il apparaît donc que la partie adverse a entendu faire application de l'article 36, § 3, 1°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à a passation des marchés publics dans les secteurs classiques, laquelle disposition est libellée comme suit :

« § 3. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :

1° soit constate 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 ».

Il ressort également de cette motivation que, pour faire application de la disposition précitée, la partie adverse a – comme le met en évidence la première branche du moyen au regard du grief de défaut de motivation adéquate – pris appui sur la combinaison de deux éléments constatés en fait, à savoir – d'une part – le caractère non négligeable de deux postes de prix unitaires, déduit – pour chacun d'eux – de la part relative du prix moyen proposé pour chacun d'eux au regard du montant total moyen des offres, et – d'autre part – le caractère non négligeable de ce que représentent globalement au regard du montant total moyen des offres les sept postes pour lesquels des prix proposés par la requérante ont été jugés anormaux.

L'usage des termes « de plus » révèle l'articulation entre les deux éléments de fait mobilisés par la partie adverse et atteste, pour ce que permet de retenir un examen effectué en extrême urgence, que c'est sur leur combinaison qu'elle s'est fondée pour faire application de la disposition précitée de l'article 36, § 3, 1°. Bien plus, la dernière phrase de l'extrait de l'acte attaqué ainsi reproduit laisse entendre que c'est principalement le poids relatif global des sept postes à prix anormaux qui a déterminé la partie adverse à décider que l'offre de la requérante était entachée d'une irrégularité substantielle. Il s'ensuit que – s'ils devaient correspondre à ce que la lecture de la motivation formelle impose ainsi, *prima facie*, de retenir, c'est-à-dire la combinaison des deux éléments ainsi constatés en fait – les motifs factuels de la décision critiquée n'entreraient pas dans les prévisions de la disposition précitée. Au vu des termes en lesquels elle est libellée et qui ne permettent donc pas d'exclure une application erronée de la disposition réglementaire invoquée, la motivation de l'acte attaqué sur le point litigieux ne paraît pas adéquate. Dans la mesure où il formule ce grief en sa première branche, le moyen doit être déclaré sérieux.

VII. 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'emporteraient sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité des pièces A à D de son dossier.

La partie adverse sollicite également le maintien de la confidentialité des pièces A à F du dossier administratif.

L'intervenante formule la même demande à propos de son offre, qu'elle ne dépose toutefois pas. Cette demande se comprend donc comme portant sur l'offre, telle que versée au dossier administratif (pièce F) par la partie adverse.

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 1er.

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

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision de la SOFICO du 30 septembre 2022 d'attribuer le marché « Bail de brossage, curage, propreté, d'entretien des espaces verts autoroutier » (CSCH n° 21-1036) à la société KRINKELS est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A à D du dossier de la requérante et A à F du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le 28 novembre 2022, par :

David De Roy, conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent Durieux David De Roy