

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

n° 255.245 du 9 décembre 2022

A. 237.581/VI-22.441

En cause : **la société anonyme EUROGREEN,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean-François DAVREUX et
Lionel-Albert BAUM, avocats,
rue du Lombard 67
5000 Namur,

contre :

Bruxelles Environnement.

ayant élu domicile chez
M^{es} Charles-Henri DE LA VALLÉE POUSSIN, Sébastien
DEPRÉ, Juliette VAN VYVE et Estelle VOLCANSEK,
avocats,
place Flagey 7
1050 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 octobre 2022, la SA Eurogreen demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse, le 16 septembre 2022, en ce qu'elle décide d'attribuer les lots 3 (Parc de Woluwe) et 6 (Promenade le long du chemin de fer) du marché de services ayant pour objet l'entretien des espaces verts – zone Est - CSC n°2022G0012 à la SA KRINKELS pour le lot 3, à la sprl IRIS GREENCARE pour le lot 6 et déclare l'offre de la requérante pour ces deux lots irrégulière » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 octobre 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 18 novembre 2022.

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

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

Par une requête introduite le 15 novembre 2022, la SA Krinkels demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M^e Lionel-Albert Baum, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Charles-Henri de la Vallée Poussin, Juliette Van Vyve et Estelle Volcansek, avocats, comparaissant pour la partie adverse et M^e Gael Tilman, *loco* M^e Olivier Eschweiler, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis 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 requérante, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1. Le 1^{er} avril 2022, un avis de marché est publié au *Bulletin des Adjudications* (n° 2022-512523) et, le 6 avril 2022, au *JOUE* (sous le n°180760-2022) par la partie adverse en vue d'un marché de services.

L'objet du marché porte sur des services d'entretien des espaces verts de la zone Est et est divisé en 7 lots :

Lot 1 "Parc Georges Henri"

Lot 2 "Etangs Mellaerts"

Lot 3 "Parc de Woluwé"

Lot 4 "Parc de Leybeek" – Marché réservé

Lot 5 “Parcs Bovenberg - Parmentier” – Marché réservé
Lot 6 “Promenade du chemin de fer”
Lot 7 “Parc Tercoigne”

L’objet de la présente requête est limité aux lots 3 et 6.

La durée du marché est de 12 mois et reconductible trois fois par une décision explicite.

La date limite de réception des offres est fixée au 2 mai 2022 à 11h et s’opère par voie électronique.

Le seul critère d’attribution est le prix.

2. Le 2 mai 2022 à 14h, se tient la séance d’ouverture des offres. Selon le rapport d’examen des offres, cinq soumissionnaires ont remis offre par la voie électronique, conformément aux documents du marché, à savoir :

- GROENSERVICE MARISSEN nv ;
- ARTBEL SA – Rue du Hambeau, 18 à 5580 ROCHEFORT ;
- EUROGREEN SA – Chaussée de Gembloux, 66 à 5140 TONGRINNE ;
- KRINKELS SA – Rue des Scabieuses, 10 à 5100 NANINNE ;
- IRIS GREENCARE sprl ;

3. Le 3 juin 2022, la partie adverse interpelle la requérante et lui demande de justifier certains prix de son offre pour les lots 3 et 6.

Pour le lot 3, la demande de justification porte sur le prix global de l’offre et pour les prix des postes suspectés d’anormalité représentant plus de 2% du montant total de la soumission et dont l’écart par rapport à la moyenne des prix remis pour le poste concerné est supérieur à 15%, soit :

- 0.1.2.2.2 Fourniture et mise en œuvre de la dolomie dans le cadre de l’entretien des surfaces en dolomie ;
- 0.3.6.2 Tonte avec ramassage à l’aide d’une tondeuse rotative ;
- 0.9.2 Ramassage des feuilles et des déchets.

Pour le lot 6, la demande de justification porte sur le prix global et le prix des postes répondant aux mêmes critères que précités, soit :

- 0.1.2.2.2 Fourniture et mise en œuvre de la dolomie dans le cadre de l’entretien des surfaces en dolomie ;
- 0.3.6.2 Tonte avec ramassage à l’aide d’une tondeuse rotative ;
- 0.4.1.2 Taille des haies 3 fois par an.

4. Le 15 juin 2022, la requérante justifie de manière exhaustive ses prix pour les postes précités, par un envoi contenant 57 pages incluant de nombreuses pièces à l’appui pour le lot 3 [...].

Le même jour, elle justifie également de manière exhaustive ses prix pour les postes précités, par un envoi contenant 51 pages incluant de nombreuses pièces à l’appui pour le lot 6 [...]).

Elle ne recevra aucune réponse à ce courrier ni demande d’éclaircissement complémentaire.

5. Le 29 août 2022, la partie adverse analyse les offres reçues et établit le rapport d’examen des offres.

A la lecture du rapport, on constate que la partie adverse sélectionne la requérante au niveau de la sélection qualitative et qu'elle est la moins-disante pour les lots 3 et 6.

Par contre, la partie adverse considère, au terme de la vérification des prix et des coûts que l'offre remise par la requérante est entachée d'une irrégularité substantielle en ce qu'elle contiendrait des prix anormaux et déclare l'offre de la requérante nulle pour le lot 3 et le lot 6.

6. La motivation contenue dans le rapport pour le lot 3 (Parc de Woluwe) est la suivante :

“CALCUL PRIX GLOBAUX ANORMAUX (HTVA)

Le montant de chaque offre est comparé à la moyenne des offres reçues.

Calcul prix d'offre moyen sur base de :

Offre la plus basse NON comprise

Offre la plus élevée non comprise

Ecart maximal : 15,00%

Prix anormalement ÉLEVÉS et BAS

Soit une MOYENNE de : 351.043,53 €

Soit un MINIMUM de : 298.387,00 €

Soit un MAXIMUM de : 403.700,06 €

Les prix globaux anormaux suivants ont été constatés :

- Offre n° : 3 de Groenservice Marissen nv

Prix total de l'offre HTVA : 479.516,19 € (écart : + 36,60%)

- Offre n° : 2 de Eurogreen SA

Prix total de l'offre HTVA : 297.090,23 € (écart : - 15,37%)

L'offre la moins disante est celle d'Eurogreen, avec un écart de 15,37% par rapport à la moyenne. Ainsi, une justification de prix a été demandée par courrier recommandé le 3 juin. La justification a été demandée pour le prix global de l'offre et pour les prix des postes suspects d'anormalité. Sont visés les postes dont la valeur représente plus de 2% du montant total de la soumission et dont l'écart par rapport à la moyenne des prix remis pour le poste concerné est supérieur à 15%. Il s'agit des postes suivants :

- 0.1.2.2.2 Fourniture et mise en œuvre de la dolomie dans le cadre de l'entretien des surfaces en dolomie.

- 0.3.6.2 Tonte avec ramassage à l'aide d'une tondeuse rotative

- 0.9.2 Ramassage des feuilles et des déchets.

Le soumissionnaire a été invité à présenter des justifications en tenant compte des obligations applicables en matière de droit environnemental, de droit social et de droit du travail.

Le soumissionnaire Eurogreen a répondu par mail du 15 juin et a déposé le dossier le 16 juin, en justifiant son prix global et les prix unitaires des postes demandés.

Concernant le prix global, le soumissionnaire a fait valoir les éléments suivants :

- Ses quatre ans d'expérience et donc la connaissance du parc de Woluwé par son contrat d'entretien précédent ;

- Affectation de la même équipe connaissant les caractéristiques du parc et ayant déjà adapté sa méthode de travail ;

- la présence d'autres équipes sur des sites proches (Héronnière et Bon Pasteur) prenant en charge une partie des tâches d'entretien (ramassage des déchets, les tontes et le nettoyage des surfaces), et permettant ainsi de limiter le coût des déplacements. Le gain sur le coût de déplacement est évalué à 60€/j ;

- L'installation de panneaux photovoltaïques sur leur établissements avec un amortissement en deux ans permettant de stabiliser le cout d'approvisionnement.

Ces éléments sont de nature à justifier valablement le prix global du marché. Ils permettent raisonnablement d'expliquer l'écart limité existant entre le prix global du soumissionnaire et la moyenne des prix globaux.

Les prix unitaires sont justifiés comme suit :

0.1.2.2.2 Fourniture et mise en œuvre de la dolomie dans le cadre de l'entretien des surfaces en dolomie.

Q.P. 29.652 m²

Q.P.T. 29.652 m²

P.U. 0,81 €/m²

Ecart : -22,86%

Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante :

- coût de la dolomie avec transport 64€/m³

- le coût du matériel : tracteur épandeur et chargeur 116€/j

- le coût de deux jardiniers et d'un chef d'équipe 736€/j avec un rendement estimé à 5.000 m²/j.

Le soumissionnaire justifie son offre par le coût de la main d'œuvre, du matériel et de la fourniture. Par souci de confidentialité, les prix sont repris dans une annexe à part (en bleu).

Le coût d'un ouvrier spécialisé et d'un manœuvre horticole est justifié par un tableau reprenant le coût social par heure travaillée avec des frais supplémentaires comme les vêtements, médecin de travail et assurance.

Le cout du matériel est justifié par un tableau reprenant les couts d'achat, d'entretien, de réparation, d'assurance et de consommation, ainsi que la marge bénéficiaire.

Le cout de la dolomie est justifié par l'offre du fournisseur avec transport et marge bénéficiaire.

Il résulte de l'ensemble des éléments fournis que le soumissionnaire décompose de manière complète son prix. Celui-ci contient l'ensemble des éléments nécessaires. Concernant le rendement estimé de 2.500m²/j par jardinier, celui-ci est acceptable.

De ce fait la justification de prix est acceptée.

0.3.6.2 Tonte avec ramassage à l'aide d'une tondeuse rotative

Q.P. 124.808 m²

Q.P.T. 3.120.200 m²

P.U. 0,0143 €/m²

Ecart : -44%

Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante :

- coût de la main d'œuvre avec trois jardiniers et un chef d'équipe 976€/j ;

- coût du matériel : deux tracteurs tondeuse 168€/j et deux débroussailluses 24€/j ;

- cout de déplacement avec camionnette et remorque 89.60€/j et camion 168€/j ;

- valorisation de déchet vert par biométhanisation 0€ avec un rendement estimé à 100.000 m²/j.

Le soumissionnaire justifie son offre par le coût de la main d'œuvre, du matériel et de la fourniture. Par souci de confidentialité, les prix sont repris dans un annexe à part (en bleu).

Le coût d'un ouvrier spécialisé et d'un manœuvre horticole est justifié par un tableau reprenant le coût social par heure travaillée avec des frais supplémentaires comme les vêtements, le médecin de travail et l'assurance.

Le cout du matériel est justifié par un tableau reprenant les couts d'achat, d'entretien, de réparation, d'assurance et de consommation, ainsi que la marge bénéficiaire.

Le cout relatif aux déchet verts n'est pas justifié.

Les documents justificatifs sont complets sauf en ce qui concerne le contrat avec le centre agréé pour les déchets verts. Les contrats ou preuves de collaboration avec Bruxelles Compost ou SITA ou Cinergie relatifs à la biométhanisation ne sont pas repris dans le dossier.

Conclusion : Le rendement estimé à 50.000 m²/j, pour le modèle de tondeuse proposé et la typologie de la zone à tondre, est acceptable. Cependant, en appliquant le tarif conclu avec Bruxelles Propreté (à savoir 55€/t avec une estimation à 10t/j), le cout du déchet représenterait 25% du cout total et le prix reviendrait à 0.02€/m². De ce fait, la justification n'est pas acceptée.

0.9.2 Ramassage des feuilles et des déchets.

Q.P. 221.160 m²

Q.P.T. 1.326.960 m²

P.U. 0,016 €/m²

Ecart : -36%

Le soumissionnaire décompose son prix de la manière suivante :

- le coût de la main d'œuvre avec quatre jardiniers et un chef d'équipe 1.216€/j ;
- le coût du matériel : aspirateur et trois souffleurs 88€/j ;
- le cout de déplacement avec camionnette 80€/j et camion 168€/j ;
- une valorisation de déchet vert par biométhanisation 0€ avec un rendement de 100.000m²/j.

Le soumissionnaire justifie son offre par le coût de la main d'œuvre, du matériel et de la fourniture. Par souci de confidentialité, les prix sont repris dans une annexe à part (en bleu).

Le coût d'un ouvrier spécialisé et d'un manœuvre horticole est justifié par un tableau reprenant le coût social par heure travaillée avec des frais supplémentaires comme les vêtements, le médecin de travail et l'assurance.

Le cout du matériel est justifié par un tableau reprenant les couts d'achat, d'entretien et réparation, assurance, consommation et marge de bénéfice.

Le cout relatif aux déchet verts n'est pas justifié.

Les documents justificatifs sont complets sauf en ce qui concerne le contrat avec le centre agréé pour les déchets verts. Les contrats ou preuves de collaboration avec Bruxelles Compost ou SITA ou Cinergie relatifs à la biométhanisation ne sont pas repris dans le dossier.

Le rendement estimé à 100.000 m²/j pour quatre jardiniers est acceptable. En appliquant le tarif conclu avec Bruxelles Propreté (à savoir 55€/t avec une estimation à 1t/j), le cout du déchet représenterait 15% du cout total et le prix reviendrait à 0.0161€/m². Le prix est accepté mais la justification n'est pas acceptée.

Conclusion : Fort de l'analyse sur le prix global et l'analyse des prix unitaires pour 3 postes, considérant que sur trois postes demandés un seul a été rejeté et que ce dernier représente 7,15% du montant total, nous considérons que les justifications ne sont pas acceptables et l'offre de Eurogreen est écartée."

On constate donc que le seul motif de l'écartement de la requérante porte sur l'absence de contrat avec le centre agréé de déchets verts. La partie adverse opère donc un calcul théorique en prenant en compte le prix de Bruxelles Propreté qui serait de 55 €/t pour la prise en charge des déchets verts.

7. En ce qui concerne le lot 6 (Promenade du chemin de fer), la motivation contenue au sein du rapport est la suivante :

"CALCUL PRIX GLOBAUX ANORMAUX (HTVA)

Le montant de chaque offre est comparé à la moyenne des offres reçues.

Calcul prix d'offre moyen sur base de :

Offre la plus basse NON comprise

Offre la plus élevée non comprise

Ecart maximal : 15,00%
Prix anormalement ÉLEVÉS et BAS
Soit une MOYENNE de : 191.292,49 €
Soit un MINIMUM de : 162.598,62 €
Soit un MAXIMUM de : 219.986,37 €

Les prix globaux anormaux suivants ont été constatés :

- Offre n° : 3 de Groenservice Marissen nv
Prix total de l'offre HTVA : 251.495,48 € (écart : + 31,47%)

- Offre n° : 1 de ARTBEL s.a.
Prix total de l'offre HTVA : 223.258,76 € (écart : + 16,71%)

- Offre n° : 2 de Eurogreen SA
Prix total de l'offre HTVA : 162.567,81 € (écart : - 15,02%)

L'offre la moins disante est celle d'Eurogreen avec un écart de 15,02% par rapport à la moyenne. Ainsi, une justification de prix a été demandée par courrier recommandé le 3 juin. La justification a été demandée pour le prix global de l'offre et pour les prix des postes suspects d'anormalité. Sont visés les postes dont la valeur représente plus de 2% du montant total de la soumission et dont l'écart par rapport à la moyenne des prix remis pour le poste concerné est supérieur à 15%. Il s'agit des postes suivants :

- 0.1.2.2.2 Fourniture et mise en œuvre de la dolomie dans le cadre de l'entretien des surfaces en dolomie.

- 0.3.6.2 Tonte avec ramassage à l'aide d'une tondeuse rotative

- 0.4.1.2 Taille des haies 3 fois par an

Le soumissionnaire Eurogreen a répondu par mail le 15 juin et a déposé le dossier le 16 juin, en justifiant son prix global et les prix unitaires des postes demandés.

Concernant le prix global, le soumissionnaire a fait valoir les éléments suivants :

- Ses quatre ans d'expérience et donc la connaissance du parc de Woluwé par son contrat d'entretien précédent ;

- Affectation de la même équipe connaissant les caractéristiques du parc et ayant déjà adapté sa méthode de travail ;

- la présence d'autres équipes sur des sites proches (Héronnière et Bon Pasteur) prenant en charge une partie des tâches d'entretien (ramassage des déchets, les tontes et le nettoyage des surfaces), ainsi, limiter le coût des déplacements. Le gain sur le coût de déplacement est évalué à 60€/j ;

- L'installation de panneaux photovoltaïques sur leur établissements avec un amortissement en deux ans permet de stabiliser le cout d'approvisionnement. Bien que le gain ne soit pas chiffré, BE encourage l'initiative.

Ces éléments sont de nature à justifier valablement le prix global du marché. Ils permettent raisonnablement d'expliquer l'écart limité existant entre le prix global du soumissionnaire et la moyenne des prix globaux.

Les prix unitaires sont justifiés comme suit :

0.1.2.2.2 Fourniture et mise en œuvre de la dolomie dans le cadre de l'entretien des surfaces en dolomie.

Q.P. 12.469 m²

Cependant le soumissionnaire a justifié son prix en se basant sur un QP erronée de 29.652 m².

Q.P.T. 29.652 m²

P.U. 0,81 €/m²

Ecart : -22,86%

Le soumissionnaire décompose son prix de la manière suivante :

- le coût de la dolomie avec transport 64€/m³ ;

- le coût du matériel : tracteur épandeur et chargeur 116€/j ;
- le coût de deux jardiniers et d'un chef d'équipe 736€/j avec un rendement estimé à 5.000 m²/j.

Le soumissionnaire justifie son prix par le coût de la main d'œuvre, du matériel et de la fourniture. Par souci de confidentialité les prix sont repris dans un annexe à part (en bleu).

Le coût d'un ouvrier spécialisé et d'un manœuvre horticole est justifié par un tableau reprenant le coût social par heure travaillée avec des frais supplémentaires comme les vêtements, médecin de travail et assurance.

Le cout du matériel est justifié par un tableau reprenant les couts d'achat, d'entretien, de réparation, d'assurance et de consommation, ainsi que la marge de bénéfice

Le cout de la dolomie est justifié par l'offre du fournisseur avec transport et marge bénéficiaire.

Le soumissionnaire décompose son prix de manière complète. Les documents justificatifs sont complets et le rendement estimé de 2.500m²/j par jardinier est acceptable. Cependant, la justification étant basée sur une QP erroné nous n'avons pas la garantie sur le nombre de jardiniers assignés à cette tâche. De ce fait la justification de prix n'est pas acceptée.

0.3.6.2 Tonte avec ramassage à l'aide d'une tondeuse rotative

Q.P. 11.161 m²

Q.P.T. 279.025 m²

P.U. 0,033 €/m²

Ecart : -25%

Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante :

- le coût de la main d'œuvre avec deux jardiniers 480€/j ;
- le coût du matériel : un tracteur tondeuse 84€/j et une débroussailleuse 15€/j ;
- le cout de déplacement avec camionnette 80€/j et camion 168€/j ;
- Une valorisation de déchet vert par biométhanisation à 0€ avec un rendement estimé à 25.000 m²/j.

Le soumissionnaire justifie son prix par le coût de la main d'œuvre, du matériel et de la fourniture. Par souci de confidentialité, les prix sont repris dans un annexe à part (en bleu).

Le coût d'un ouvrier spécialisé et d'un manœuvre horticole est justifié par un tableau reprenant le coût social par heure travaillée avec des frais supplémentaires comme les vêtements, le médecin de travail et l'assurance.

Le cout du matériel est justifié par un tableau reprenant les couts d'achat, d'entretien et réparation, assurance, consommation et marge de bénéfice.

Le cout relatif aux déchet verts n'est pas justifié.

Les documents justificatifs sont complets sauf en ce qui concerne le contrat avec le centre agréé pour les déchets verts. Les contrats ou preuves de collaboration avec Bruxelles Compost ou SITA ou Cinergie relatif à la biométhanisation ne sont pas repris dans le dossier.

De ce fait, il convient d'appliquer le tarif conclu avec Bruxelles Propreté, à savoir 55€/t avec une estimation de 2,5t.

Le rendement estimé à 25.000 m²/j pour le modèle de tondeuse proposée est acceptable. En appliquant le tarif conclu avec Bruxelles Propreté (à savoir 55€/t avec une estimation à 2t/j), le cout du déchet représenterait 11% du cout total et le prix reviendrait à 0.037€/m². De ce fait, nous n'acceptons pas la justification.

0.4.1.2 Taille des haies 3 fois par an

Q.P. 5.333 m²

Q.P.T. 15.999 m²

P.U. 0,24 €/m²

Ecart : -25,27%

Le soumissionnaire décompose sont prix de la façon suivante :

- le coût de la main d'œuvre avec deux jardiniers et un chef d'équipe 736€/j ;
- le coût du matériel : trois taille haie à 38,40€/j ;

- le cout de déplacement avec camionnette 80€/j ;
- Valorisation de déchet vert par biométhanisation à 0€ avec un rendement estimé à 3.500 m²/j.

Cependant, le soumissionnaire a écrit un commentaire précisant que la taille est effectuée par 4 jardiniers équipés d'un taille haie. Ce qui ramène le cout de la main d'œuvre à 960€/j et le cout du matériel à 51.20€/j.

Le soumissionnaire justifie son prix par le coût de la main d'œuvre, du matériel et de la fourniture. Par souci de confidentialité, les prix sont repris dans une annexe à part (en bleu).

Le coût d'un ouvrier spécialisé et d'un manœuvre horticole est justifié par un tableau reprenant le coût social par heure travaillée avec des frais supplémentaires comme les vêtements, le médecin de travail et l'assurance.

Le cout du matériel est justifié par un tableau reprenant les couts d'achat, d'entretien, de réparation, d'assurance et de consommation, ainsi que la marge de bénéfice.

Le cout relatif aux déchets verts n'est pas justifié.

Les documents justificatifs sont complets sauf en ce qui concerne le contrat avec le centre agréé pour les déchets verts. Les contrats ou preuves de collaboration avec Bruxelles Compost ou SITA ou Cinergie ne sont pas repris dans le dossier.

Le rendement estimé à 3.500 m²/j est acceptable. En appliquant le tarif conclu avec Bruxelles Propreté (à savoir 55€/t) le cout du déchet représenterait 6% du cout total et le prix reviendrait serait de 0,26€/m². De ce fait, la justification n'est pas acceptée.

Conclusion : Fort de l'analyse sur le prix global et l'analyse des prix unitaires pour 3 postes, considérant que sur trois postes demandés les trois ont été rejetés et que ces derniers représente 14,58% du montant total, nous considérons que les justifications ne sont pas acceptables et l'offre de Eurogreen est écartée.”

On constate donc que pour ce lot, les éléments retenus pour écarter l'offre de la requérante portent d'une part sur l'absence du contrat conclu avec Cinergie pour la remise des déchets verts, ainsi que le fait que la requérante a justifié un prix sur la base d'une quantité présumée erronée.

8. Le 16 septembre 2022, la partie adverse prend la décision querellée et décide d'attribuer le marché de services litigieux à la SA KRINKELS pour le lot 3 et à la SPRM IRIS GREENCARE pour le lot 6 et d'écarter l'offre de la requérante au motif du caractère anormal de certains postes de son offre, ce qui constituerait, selon la partie adverse, une irrégularité substantielle.

À ce jour, la requérante n'a pas reçu copie de cette décision.

Il s'agit de l'acte attaqué [...].

9. Le 13 octobre 2022, la partie adverse notifie par courriel et par recommandé un avis de non-attribution à la requérante et le rapport d'analyse des offres, l'informant de ce que les lots 3, 6 et 7 ont été attribués par la Ministre le 16 septembre 2022 à un autre soumissionnaire [...].

10. Le 26 octobre 2022, le conseil de la requérante sollicite la copie de la décision querellée [...].

À ce jour, il n'a reçu aucune réponse et ne dispose donc pas de cette décision ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 15 novembre 2022, la SA Krinkels demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Pour justifier son intérêt à intervenir, elle fait valoir qu'elle est bénéficiaire de l'acte attaqué en ce qui concerne le lot 3. Étant bénéficiaire de la décision d'attribution du lot 3 du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure, en tant que celle-ci porte sur cette décision d'attribution dudit lot. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe de l'égalité de traitement; la violation de loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics en particulier ses articles 4, et 84; la violation des articles 34, 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; la violation du principe de la motivation interne, de la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative la motivation formelle des actes administratifs; la violation des principes généraux de bonne administration, que sont les principes de confiance, de précaution et de proportionnalité, de minutie, de sécurité juridique, de transparence, d'appréciation, et du principe *patere legem quam ipse fecisti*; du revirement d'attitude; de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation », « [e]n ce que [l]a partie adverse ne motive pas adéquatement les raisons pour lesquelles elle considère le poste litigieux anormal et écarte l'offre de la requérante pour le lot 3, ni les raisons pour lesquelles elle considère les trois postes litigieux anormaux et écarte l'offre de la requérante pour le lot 6 ; les motifs n'ont pas de lien avec un caractère prétendument anormal du prix et ne permettent pas à la requérante de comprendre les raisons pour lesquelles son offre a été écartée ; la partie adverse n'a pas interpellé à nouveau la requérante suite à la réception de ses justifications et a commis un revirement d'attitude inexplicable et une erreur manifeste d'appréciation », « [alors qu'il] ne pouvait être considéré que les postes litigieux sont anormaux sans violer les dispositions visées au moyen et sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, et alors que les dispositions visées au moyen imposent à la partie adverse de justifier adéquatement sa décision ; la partie adverse aurait dû interpellé à nouveau la requérante constatant qu'il était nécessaire de disposer d'informations complémentaires pour prendre une décision en connaissance de cause, sans

commettre d'erreur manifeste d'appréciation ; la partie adverse ne pouvait adopter une attitude différente sans interpellier la requérante sur ce point précis une nouvelle fois et sans motiver sa décision de manière adéquate ».

Après avoir passé en revue les dispositions et principes qui – à son estime – sont applicables en l'espèce, ainsi que les enseignements qui s'y rapportent, la requérante développe comme suit le moyen :

« 21. En l'espèce, pour le lot 3 (Parc de Woluwe) la partie adverse a interrogé la requérante par courrier daté du 3 juin 2022 sur le prix global et sur les prix unitaires des postes suivants :

- 0.1.2.2.2 Fourniture et mise en œuvre de la dolomie dans le cadre de l'entretien des surfaces en dolomie.
- 0.3.6.2 Tonte avec ramassage à l'aide d'une tondeuse rotative ;
- 0.9.2 Ramassage des feuilles et des déchets.

La requérante a répondu par un courrier de 57 pages le 15 juin 2022 [...].

La partie adverse n'a pas réinterpellé la requérante alors que, si elle estimait les justifications insuffisantes, elle aurait dû le faire, constatant qu'une telle interpellation était nécessaire pour prendre une décision en connaissance de cause et sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation.

22. Au sein du rapport d'analyse des offres, l'on apprend que :

En ce qui concerne le prix global, la partie adverse a considéré que les justifications transmises "sont de nature à justifier valablement le prix global du marché" et "permettent raisonnablement d'expliquer l'écart limité existant entre le prix global du soumissionnaire et la moyenne des prix globaux".

Pour le poste 0.1.2.2.2, la partie adverse a, également, accepté la justification apportée.

Pour le poste 0.3.6.2 et pour le poste 0.9.2, la partie adverse n'a pas accepté la justification apportée.

La motivation de la non-acceptation de ces deux postes est identique. La partie adverse relève que "les documents justificatifs sont complets sauf en ce qui concerne le contrat avec le centre agréé pour les déchets verts. Les contrats ou preuves de collaboration avec Bruxelles Compost ou SITA ou Cinergie relatifs à la biométhanisation ne sont pas repris dans le dossier."

La partie adverse en conclut, pour le poste 0.3.6.2 que : "Conclusion : Le rendement estimé à 50.000 m²/j, pour le modèle de tondeuse proposé et la typologie de la zone à tondre, est acceptable. Cependant, en appliquant le tarif conclu avec Bruxelles Propreté (à savoir 55€/t avec une estimation à 10t/j), le coût du déchet représenterait 25% du coût total et le prix reviendrait à 0.02€/m². De ce fait, la justification n'est pas acceptée" et pour le poste 0.9.2 que "Le rendement estimé à 100.000 m²/j pour quatre jardiniers est acceptable. En appliquant le tarif conclu avec Bruxelles Propreté (à savoir 55€/t avec une estimation à 1t/j), le coût du déchet représenterait 15% du coût total et le prix reviendrait à 0.0161€/m². Le prix est accepté mais la justification n'est pas acceptée."

Ce faisant, le seul motif de refus d'acceptation de la justification est le fait que la requérante indique dans sa justification que les déchets verts sont valorisés en centre

de biométhanisation (Cinergie) de sorte que le coût de cette prise en charge est gratuit mais ne produit pas de contrat ou preuve de collaboration avec ce centre.

En l'absence de preuve, la partie adverse a préféré, plutôt que de réinterpeller la requérante comme la loi le prévoit, et le cas échéant en fixant un délai plus court que 12 jours, rectifier le montant du prix fixé par la requérante en prenant en compte le coût fixé par Bruxelles Propreté qui serait de 55€/t, ce qui fausse le prix fixé par la requérante dès lors qu'elle ne paie pas cette remise de déchets verts, Cinergie reprenant ces déchets gratuitement.

Le prix remis par la requérante n'est pas anormal et la partie adverse ne pouvait le qualifier comme tel. Le motif retenu par la partie adverse ne porte en aucune façon sur des prix anormaux. Le seul grief retenu fait plutôt état d'erreur ou omission ou d'un doute sur le caractère gratuit du service proposé par Cinergie. Ce n'est qu'en fixant arbitrairement un prix pour ce service, par Bruxelles Propreté, laquelle ne rend pas le même service à défaut de biométhanisation, que la partie adverse parvient, artificiellement, à rendre le prix anormal.

La partie adverse a donc violé les dispositions visées au moyen en rectifiant artificiellement l'offre de la requérante et sa justification de prix et en ne la réinterpellant pas. En effet, si la partie adverse estimait qu'il y avait un doute quant à l'affirmation de la requérante du fait qu'elle remette ses déchets verts à la société Cinergie gratuitement, la partie adverse pouvait – et même devait, soit contacter directement la société Cinergie par téléphone pour vérifier les conditions de déversage chez elle, soit interpellé à nouveau la requérante pour qu'elle lui fournisse, à défaut de contrat, une preuve ou une attestation de Cinergie, laquelle était annoncée dans le courrier de justification mais non transmis. Elle ne pouvait, en revanche, pas prendre en référence un montant pratiqué par une entreprise qui ne rend pas le même service pour vérifier le prix de la requérante, ce qui revient à le travestir.

Plutôt que de rectifier artificiellement le prix de la requérante, la partie adverse devait la réinterpeller ou contacter directement Cinergie pour vérifier ses conditions d'acceptation de déchets verts. En effet, dans ce cas d'espèce, cette pièce étant nécessaire pour vérifier le caractère normal du prix, la partie adverse devait interpellé à nouveau la requérante pour obtenir cette pièce qu'elle estimait nécessaire.

23. Précisons, également, que l'attitude de la partie adverse étonne au plus haut point, dès lors que la requérante est l'adjudicataire du précédent marché pour ce lot qui lui a été attribué en 2018 et que ses prix avaient été fixés de la même manière. Une demande de justification des prix lui avait été également demandée à l'époque, à laquelle la requérante a répondu de la même manière et qui a été acceptée à l'époque sans demander de preuve complémentaire, validant la gratuité du service presté par Cinergie.

Il a également été de même en 2020 pour un marché portant sur le Cinquantième lors duquel la requérante a été invitée à justifier ses prix, les a justifiés de manière similaire et lors duquel elle a obtenu le marché, la partie adverse acceptant, à nouveau, la gratuité de prise en charge des déchets verts.

La requérante a toujours pratiqué de la sorte, la partie adverse dûment informée et à sa plus grande satisfaction. La requérante ne pouvait donc se douter que cette question serait contestée pour le présent marché, ayant toujours pratiqué de la sorte.

Il y a donc eu revirement d'attitude dans la manière d'examiner les offres et ce revirement justifiait d'autant plus que la partie adverse interpelle à nouveau la requérante et motive sa décision sur ce point.

24. Dans l'hypothèse où la partie adverse avait respecté les dispositions visées au moyen, la requérante aurait pu produire, non un contrat dès lors qu'il n'en existe pas, mais bien une attestation de Cinergie de laquelle il ressort que le service est bien gratuit et que la requérante s'y rend régulièrement pour y déposer ses déchets verts, dès lors que le site est situé à proximité de son entreprise (Cinergie est établie rue Plomcot à Fleurus à 6 km du siège de la requérante).

La partie adverse n'avait pas à remettre en question les données fournies par la requérante et, si elle avait un doute quant à leur véracité, aurait pu et dû la réinterpeller ou contacter directement Cinergie, conformément à la loi et à son devoir de minutie.

L'article 36, § 2, dernier alinéa de l'AR précise bien que "Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit." En l'espèce, et compte tenu de la motivation de la partie adverse, il était bien nécessaire d'interroger, à nouveau, la requérante. En n'interrogeant pas la requérante une nouvelle fois et en appliquant un tarif inapplicable pour vérifier le caractère normal du prix, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et modifié l'offre de la requérante.

N'ayant pas interrogé la requérante une seconde fois et en appliquant d'autorité un prix qui n'a pas lieu d'être, la partie adverse a modifié l'offre de la requérante, a violé les dispositions visées au moyen et commis une erreur manifeste d'appréciation.

Sa décision est illégale et le lot 3 aurait dû être attribué à la requérante, étant la moins-disante et son offre devant être jugée régulière.

25. En ce qui concerne le lot 6, la partie adverse a également interpellé la requérante et lui a demandé de justifier son prix global et trois postes du métré, à savoir

- 0.1.2.2.2 Fourniture et mise en œuvre de la dolomie dans le cadre de l'entretien des surfaces en dolomie.
- 0.3.6.2 Tonte avec ramassage à l'aide d'une tondeuse rotative ;
- 0.4.1.2 Taille des haies 3 fois par an

La requérante a répondu par courrier du 15 juin de 51 pages [...].

La partie adverse n'a pas réinterpellé la requérante alors que, si elle estimait les justifications insuffisantes, elle aurait dû le faire.

26. Au sein du rapport d'analyse des offres, on apprend que la partie adverse a considéré la justification du prix global comme acceptable.

Pour les prix unitaires, la partie adverse relève, pour le poste 0.1.2.2.2, que la requérante a justifié son prix en se basant sur des quantités présumées erronées de 29.652 m² au lieu des 12.469m² de quantité présumée. La partie adverse considère donc que "Le soumissionnaire décompose son prix de manière complète. Les documents justificatifs sont complets et le rendement estimé de 2.500m²/j par jardinier est acceptable. Cependant, la justification étant basée sur une QP erroné nous n'avons pas la garantie sur le nombre de jardiniers assignés à cette tâche. De ce fait la justification de prix n'est pas acceptée."

Pour le poste 0.3.6.2, la partie adverse reproduit le même raisonnement que pour le lot 3. Elle relève que "Les documents justificatifs sont complets sauf en ce qui concerne le contrat avec le centre agréé pour les déchets verts. Les contrats ou preuves de collaboration avec Bruxelles Compost ou SITA ou Cinergie relatif à la biométhanisation ne sont pas repris dans le dossier." En conséquence, elle applique le tarif de Bruxelles Propreté (55€/t) pour en déduire que le prix est anormal et n'accepte pas la justification.

Pour le poste 0.4.1.2, la partie adverse opère le même raisonnement et considère que “Les documents justificatifs sont complets sauf en ce qui concerne le contrat avec le centre agréé pour les déchets verts. Les contrats ou preuves de collaboration avec Bruxelles Compost ou SITA ou Cinergie ne sont pas repris dans le dossier.”

En conséquence, on constate que pour deux postes le seul motif est celui de l’absence de preuve du coût du déversement de déchets verts et que pour un autre, le seul motif vise l’erreur commise dans le mètre qui reprend une quantité présumée erronée de 29.652 m² au lieu de 12.469 m².

27. En ce qui concerne l’absence de preuve de la gratuité des services de Cinergie, les développements qui précèdent sont également applicables, à savoir qu’en l’absence de preuve, la partie adverse a préféré, plutôt que de réinterpeller la requérante comme la loi le prévoit, et le cas échéant en fixant un délai plus court que 12 jours, rectifier le montant du prix fixé par la requérante en prenant en compte le coût fixé par Bruxelles Propreté qui serait de 55€/t, ce qui fausse le prix fixé par la requérante dès lors qu’elle ne paie pas cette remise de déchets verts.

Le prix remis par la requérante n’est pas anormal et la partie adverse ne pouvait le qualifier comme tel. Le motif retenu par la partie adverse ne porte en aucune façon sur des prix anormaux. Le seul grief retenu fait plutôt état d’erreur ou omission ou d’un doute sur le caractère gratuit du service proposé par Cinergie. Ce n’est qu’en fixant arbitrairement un prix pour ce service, par Bruxelles Propreté, laquelle ne rend pas le même service à défaut de biométhanisation, que la partie adverse parvient, artificiellement, à rendre le prix anormal.

La partie adverse a donc violé les dispositions visées au moyen en rectifiant artificiellement l’offre de la requérante et sa justification de prix et en ne la réinterpellant pas. En effet, si la partie adverse estimait qu’il y avait un doute quant à l’affirmation de la requérante du fait qu’elle remette ses déchets verts à la société Cinergie gratuitement, la partie adverse pouvait – et même devait, soit contacter directement la société Cinergie par téléphone pour vérifier les conditions de déversage chez elle, soit interpellé à nouveau la requérante pour qu’elle lui fournisse un contrat ou une attestation de Cinergie, laquelle était annoncée dans le courrier de justification mais non transmis. Elle ne pouvait, en revanche, pas prendre en référence un montant pratiqué par une entreprise qui ne rend pas le même service pour vérifier le prix de la requérante, ce qui revient à le travestir.

Plutôt que de rectifier artificiellement le prix de la requérante, la partie adverse devait la réinterpeller ou contacter directement Cinergie pour vérifier ses conditions d’acceptation de déchets verts.

De même, la position de la partie adverse étonne également dès lors que la requérante était également l’adjudicataire du précédent marché lors duquel elle avait, également, soumissionné avec les mêmes prix et, en tous les cas, le même prix pour l’évacuation des déchets verts et que la partie adverse avait accepté ces justifications sans demander de preuve supplémentaire.

Il y a donc eu revirement d’attitude dans la manière d’examiner les offres et ce revirement justifiait d’autant plus que la partie adverse interpelle à nouveau la requérante.

Dans l’hypothèse où la partie adverse avait respecté les dispositions visées au moyen, la requérante aurait pu produire non un contrat dès lors qu’il n’en existe pas, mais bien une attestation de Cinergie de laquelle il ressort que le service est bien gratuit et que la requérante s’y rend régulièrement pour y déposer ses déchets verts, dès lors que le site est situé à proximité de son entreprise.

La partie adverse n'avait pas à remettre en question les données fournies par la requérante et, si elle avait un doute quant à leur véracité, aurait pu et dû la réinterpeller ou contacter directement Cinergie.

Ne l'ayant pas fait, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen et commis une erreur manifeste d'appréciation.

28. En ce qui concerne l'erreur commise en ce qui concerne les quantités présumées, il s'agit d'une erreur matérielle.

D'une part, cette erreur ne rend pas le prix remis anormal, la partie adverse exposant clairement que du fait de cette erreur, elle n'a "pas la garantie sur le nombre de jardiniers assignés à cette tâche" mais nullement que le prix décomposé est anormal. D'autre part, compte tenu de cette erreur matérielle manifeste vu le métré applicable, la partie adverse aurait dû, également, interpellé à nouveau la requérante pour avoir la rassurer, rectifier l'erreur commise, et avoir l'assurance que le nombre de jardiniers assignés à cette tâche était bien le bon et que la QP était la seule erreur contenue dans la justification.

La position de la requérante, comme tout soumissionnaire, n'est pas évidente, confrontée à de nombreux appels d'offres et demandes de justification des prix, de sorte qu'une erreur matérielle peut arriver. En l'espèce, cette erreur matérielle est manifeste et aurait dû enjoindre la partie adverse à solliciter une nouvelle fois la requérante pour lui permettre de fournir les précisions requises. En effet, la requérante a repris le poste 0.1.2.2.2 du métré relatif au lot 3 et non le même poste du lot 6. Il s'agit bien d'une erreur matérielle que la partie adverse pouvait détecter et qui justifiait une nouvelle interpellation de la requérante, une précision/rectification étant nécessaire pour apprécier le caractère normal du prix et s'assurer du nombre de jardiniers assignés à cette tâche.

L'article 36, § 2, dernier alinéa de l'AR précise bien que "Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit." En l'espèce, et compte tenu de la motivation de la partie adverse, il était bien nécessaire d'interroger, à nouveau, la requérante.

De la sorte, la partie adverse aurait eu tous ses apaisements et aurait pu constater que les prix proposés par la requérante n'étaient pas anormaux de sorte que son offre ne pouvait être déclarée irrégulière et aurait dû être analysée avec les autres ce qui aurait permis à la requérante, moins-disante, d'obtenir le marché pour les deux lots litigieux.

Ne l'ayant pas fait, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen et commis une erreur manifeste d'appréciation.

Les dispositions visées au moyen ont donc été violées.

Le moyen unique est sérieux et fondé ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

En substance, le moyen reproche à l'acte attaqué de considérer comme anormaux certains prix unitaires que la requérante avait – après y avoir été invitée – justifiés, et ce sans que la partie adverse ait une nouvelle fois interrogé la requérante au vu des justifications apportées, alors que – selon celle-ci – des informations complémentaires étaient nécessaires pour statuer en connaissance de cause. Il fait

également grief à la partie adverse d'avoir commis un revirement d'attitude inexplicable et une erreur manifeste d'appréciation.

En ses quatre premiers paragraphes, l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

« Art. 36. § 1^{er}. Lorsque les prix ou les coûts semblent anormalement bas ou élevés lors de la vérification des prix ou des coûts effectuée conformément à l'article 35, le pouvoir adjudicateur procède à un examen de ces derniers. Lorsqu'il est fait usage de la procédure concurrentielle avec négociation, la procédure négociée directe avec publication préalable et la procédure négociée sans publication préalable, l'examen se fait sur la base des dernières offres introduites, ce qui n'empêche nullement que le pouvoir adjudicateur puisse déjà procéder à cet examen à un stade antérieur de la procédure.

§ 2. Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;

2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;

3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;

4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1^{er}, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.

Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.

Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit.

§ 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;

2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;

3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal.

Le pouvoir adjudicateur écarte également l'offre s'il établit que son montant total est anormalement bas parce qu'elle contrevient aux obligations en matière de droit environnemental, social ou du travail, visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi et ce, en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Lorsque

l'offre contrevient aux obligations applicables dans le domaine du droit social fédéral ou du droit du travail fédéral, le pouvoir adjudicateur le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 2.

Dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire. Ces données sont soumises au soumissionnaire afin de lui permettre d'y réagir.

Si le pouvoir adjudicateur constate qu'une offre paraît anormalement basse du fait de l'obtention d'une aide d'Etat par le soumissionnaire, il ne peut rejeter cette offre pour ce seul motif que s'il consulte le soumissionnaire et que celui-ci n'est pas en mesure de démontrer, dans un délai suffisant fixé par le pouvoir adjudicateur, que l'aide en question était compatible avec le marché intérieur au sens de l'article 107 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Le pouvoir adjudicateur qui écarte une offre dans ces conditions le communique conformément au paragraphe 5, alinéa 3. Le présent alinéa n'est applicable que pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils fixés pour la publicité européenne.

§ 4. Dans le cas d'un marché de travaux ou d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude passé par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix et pour autant qu'au moins quatre offres aient été prises en considération conformément aux alinéas 3 et 4, le pouvoir adjudicateur effectue un examen des prix ou des coûts conformément aux paragraphes 2 et 3, pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires. Il en va de même, pour les marchés de travaux et les marchés de services dans un secteur sensible à la fraude passés par procédure ouverte ou restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif au prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution. Toutefois, dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché un pourcentage plus élevé que quinze pour cent.

La moyenne des montants se calcule de la manière suivante :

1° lorsque le nombre des offres est égal ou supérieur à sept, en excluant à la fois l'offre la plus basse et les offres les plus élevées formant un quart de l'ensemble des offres déposées. Si ce nombre n'est pas divisible par quatre, le quart est arrondi à l'unité supérieure;

2° lorsque le nombre d'offres est inférieur à sept, en excluant l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée.

Le calcul de la moyenne des montants se fonde sur toutes les offres des soumissionnaires sélectionnés. En ce qui concerne la procédure ouverte, ce calcul peut également se faire sur la base des offres des soumissionnaires provisoirement sélectionnés conformément à l'article 75.

Néanmoins, dans le cadre de ce calcul, le pouvoir adjudicateur peut décider de ne pas tenir compte des offres manifestement irrégulières.

Les documents du marché peuvent rendre le présent paragraphe applicable aux marchés de fournitures ou de services non visés à l'article 2, 13°, passés en procédure ouverte ou restreinte et pour lesquels l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée uniquement sur la base du prix ».

Dans l'examen des justifications de prix suspectés d'être anormaux, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur la question de savoir si un prix doit, ou non, être considéré comme anormal. Il en va de même dans l'exercice de la faculté d'interroger une nouvelle fois – et s'il l'estime nécessaire – le soumissionnaire concerné. Il revient au Conseil d'Etat de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision du pouvoir

adjudicateur et de censurer, dans le chef de ce dernier, une appréciation manifestement déraisonnable.

Par ailleurs, et dès lors que cet article 36 fait peser sur le soumissionnaire interrogé la charge de justification des prix suspectés d'anormalité, il incombe à celui-ci de faire preuve d'un soin particulier dans la réponse apportée au pouvoir adjudicateur, en veillant à apporter dans le délai requis une réponse adéquate, complète et suffisamment précise.

En ce qui concerne le lot 3, la partie adverse a invité la requérante à justifier – outre le montant global de son offre – les prix unitaires qu'elle avait proposés pour les postes « - 0.1.2.2.2 Fourniture et mise en œuvre de la dolomie dans le cadre de l'entretien des surfaces en dolomie », « 0.3.6.2 Tonte avec ramassage à l'aide d'une tondeuse rotative » et « 0.9.2 Ramassage des feuilles et des déchets ». Si les justifications apportées ont été considérées comme suffisantes pour le montant global et le poste 0.1.2.2.2, elles n'ont pas été acceptées pour les postes 0.3.6.2 et 0.9.2. Le moyen impose donc d'examiner si la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en n'acceptant pas les justifications ainsi apportées pour ces deux postes et en n'interrogeant pas une nouvelle fois la requérante pour obtenir des informations complémentaires.

Pour justifier que la valorisation des déchets verts par biométhanisation est estimée à 0 €, en raison de la collaboration qu'elle a établie avec différents opérateurs, sans toutefois produire les pièces justificatives de cette collaboration qu'elle avait pourtant annoncées, la requérante a apporté une justification incomplète. Une telle lacune est d'autant plus grave qu'un prix de 0 € est de nature à devoir alerter quant à sa normalité. La justification apportée par la requérante est, par ailleurs, imprécise, en ce qu'elle invoque dans des termes généraux la valorisation des déchets verts par biométhanisation, sans faire état des conditions qui permettent de garantir pendant la durée d'exécution du marché le prix de 0 € dont elle entend se prévaloir. Dans ces circonstances, la partie adverse n'apparaît, *prima facie*, pas avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que les justifications apportées par la requérante pour les postes 0.3.6.2 et 0.9.2 n'étaient pas acceptables. Une telle erreur ne peut davantage être reprochée à la partie adverse au motif, soutenu par le moyen, que celle-ci aurait rectifié le prix offert par la requérante en y substituant un coût de 55 € fixé par Bruxelles Propreté. Il doit, en effet, se comprendre, à la lecture du rapport d'examen des offres et plus particulièrement au regard de l'usage du conditionnel, que la partie adverse a plutôt cherché à montrer – par comparaison avec ce que cela coûterait s'il fallait recourir à Bruxelles Propreté – pourquoi l'invocation d'un prix de 0 € annoncé sans être étayé par des pièces justificatives ne lui permettait pas d'accepter la justification apportée

pour les prix unitaires des deux postes litigieux. Le postulat d'une rectification du prix proposé par la requérante n'est donc pas établi. La requérante dénonce enfin un revirement d'attitude au regard de ce que, aujourd'hui jugées inacceptables, les justifications fondées sur le recours à la valorisation des déchets verts par biométhanisation et la gratuité des services prestés par un opérateur de ce secteur auraient été jugées suffisantes lors de précédents marchés de la partie adverse à l'occasion desquelles la requérante avait également été invitée à justifier certains prix unitaires. La requérante ne démontre toutefois pas que les circonstances actuelles seraient en tout point pareilles à celles des précédents marchés concernés, notamment pour ce qui a trait aux conditions dans lesquelles la partie adverse avait accepté les justifications avancées. Il n'est, par exemple, pas permis de vérifier si les justifications avancées dans le cadre de ces marchés précédents par la requérante étaient – contrairement à ce qui se présente en la présente espèce – assorties de pièces probantes qui auraient attesté la gratuité alléguée et ainsi permis à la partie adverse de les valider. Le revirement d'attitude reproché n'est, *prima facie*, pas davantage établi.

La requérante reproche enfin à la partie adverse de ne l'avoir pas une nouvelle fois interrogée pour obtenir des informations complémentaires que nécessitaient l'examen et l'appréciation des justifications des prix unitaires litigieux. Il s'indique de rappeler que – invitée à justifier le montant global de son offre et certains prix unitaires – la requérante a fourni des justifications qui, pour les postes 0.3.6.2 et 0.9.2, se sont révélées incomplètes et imprécises, en dépit, d'une part, de l'obligation qui lui incombait de faire preuve de soin et de diligence pour répondre à cette invitation et, d'autre part, de ce qu'elle ne prétend pas n'avoir pas compris la portée de la demande de justification et ne conteste pas avoir été en mesure de faire valoir ses observations de manière utile et pertinente. Dans de telles circonstances, il n'est nullement acquis que toute autre autorité normalement prudente ou diligente aurait interrogé une nouvelle fois la requérante. L'erreur manifeste d'appréciation ne paraît donc, *prima facie*, pouvoir être retenue.

Pour les raisons ainsi exposées, le moyen ne peut être considéré comme sérieux en tant que – pour ce qui concerne le lot 3 du marché litigieux – il reproche à la partie adverse de s'être abstenue d'interroger une nouvelle fois la requérante et de considérer comme inacceptables les justifications apportées à propos des prix unitaires proposés pour les postes 0.3.6.2 et 0.9.2. C'est donc vainement qu'est critiquée la décision de déclarer irrégulière l'offre de la requérante pour le lot 3.

S'agissant du lot 6 du marché litigieux, pour lequel l'acte attaqué est également critiqué, il doit être relevé que la requérante avait été invitée à justifier – outre le montant global de son offre – les prix unitaires qu'elle avait proposés pour

les postes « 0.1.2.2.2 Fourniture et mise en œuvre de la dolomie dans le cadre de l'entretien des surfaces en dolomie », « 0.3.6.2 Tonte avec ramassage à l'aide d'une tondeuse rotative » et « 0.4.1.2 Taille des haies 3 fois par an ». Si les justifications apportées ont été considérées comme suffisantes pour le montant global, elles n'ont pas été acceptées pour ce qui concerne les trois postes de prix unitaires précités.

Les motifs de ne pas accepter les justifications avancées pour les postes 0.3.6.2 et 0.4.1.2 se présentent en des termes identiques à ceux que critique vainement le moyen pour ce qui concerne les postes unitaires 0.3.6.2 et 0.9.2 du lot 3. Les griefs formulés à l'égard du volet de l'acte attaqué qui, pour le lot 6, porte sur les justifications des prix des postes 0.3.6.2 et 0.4.1.2, se présentent également en des termes identiques. Ils ne peuvent, pour les mêmes raisons que celles qui viennent d'être exposées à propos du lot 3, être déclarés sérieux.

Par ailleurs, et dès lors que la partie adverse semble avoir considéré que chacun des postes pour lesquels elle a invité la requérante à justifier ses prix unitaires est – d'une part – déterminant en soi au regard de la régularité de l'offre et – d'autre part – non négligeable, le seul motif du caractère insuffisant de la justification apportée par la requérante pour les postes 0.3.6.2 et 0.4.1.2 suffit à fonder la conclusion d'irrégularité de l'offre de la requérante, sans qu'il soit nécessaire de contrôler l'acte attaqué en ce que la partie adverse s'y prononce sur la justification d'un autre prix unitaire de l'offre de la requérante pour le lot 6. Le moyen ne peut donc être déclaré sérieux en tant qu'il porte sur la décision de déclarer irrégulière l'offre de la requérante, déposée pour le lot 6.

VI. Confidentialité

Dans le dossier de la requérante, les pièces 6 à 14 sont déposées à titre confidentiel.

Dans le dossier administratif, les pièces 9 à 14 et 20, 22 et 24 sont déposées à titre confidentiel.

L'intervenante demande la confidentialité 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 13) 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 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Krinkels 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 6 à 14 du dossier de la requérante et 9 à 14 ainsi que 20, 22 et 24 du dossier administratif 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 décembre 2022, par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy

