CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n^o^ 257.136 du 27 juillet 2023

A. 239.511/VI-22.608

En cause : **la société anonyme A2**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Renaud SIMAR et
Guillaume POULAIN, avocats,
rue de la Régence 58, bte 8
1000 Bruxelles,

contre :

la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures (SOFICO),
ayant élu domicile chez
M^es^ Marie VASTMANS 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 Méry 42
4130 Esneux.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 5 juillet 2023, la société anonyme A2 demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 20 juin 2023 prise par la SOFICO, par laquelle le marché public de services régi par le Cahier spécial des charges (référence : SOFICO-21-1036) ayant pour objet "MI62 bail de brossage, curage, propreté, d'entretien des espaces verts autoroutier" est attribué à SA Krinkels et par laquelle l'offre de la SA A2 est considérée comme irrégulière » et, d'autre part, l'annulation de cette même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 6 juin 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 juillet 2023.

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

Par une requête introduite le 14 juillet 2023, la société anonyme Krinkels demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

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

M[e] Guillaume Poulain, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M[es] Marie Vastmans et Mickaël Dheur, avocats, 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

Les faits utiles à l'examen de la demande ont, pour l'essentiel, été exposés dans les arrêts n[os] 253.496, 255.119 et 255.712, respectivement prononcés par le Conseil d'Etat les 12 avril 2022, 28 novembre 2022 et 8 février 2023.

A la suite de l'arrêt n° 255.712 du 8 février 2023, ordonnant la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché litigieux, prise le 16 décembre 2022, la partie adverse a procédé au retrait de cette décision, le 24 février 2023.

Dans sa note d'observations déposée en la présente cause, la partie adverse relate la suite réservée à ce retrait :

« 21. Le 29 mars 2023, la SA A2 a, une nouvelle fois, été invitée par la SOFICO à justifier le prix de certains postes sur la base de l'article 36, § 3, al.3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en ce que ceux-ci semblaient anormaux (pièce C). Aux termes de ce courrier, la SOFICO a par ailleurs communiqué les éléments sur lesquels elle se base pour apprécier la normalité du prix des postes n° 81 et 82 du métré, afin de permettre aux soumissionnaires d'y réagir, et ce conformément à l'arrêt de Votre Conseil du 8 février qui reprochait à la SOFICO de ne pas avoir communiqué ces informations.

La SA A2 y a répondu par un courrier du 16 avril 2023, en fournissant ses justifications de prix à la SOFICO (pièce H).

22. Par une décision du 20 juin 2023, la SOFICO a attribué le marché public de services en cause à la SA KRINKELS (pièce n° 14).

Il s'agit de l'acte attaqué.

Le 20 juin 2023 également, cette décision a été communiquée à la SA A2 par envoi postal recommandé ainsi que par courrier électronique (pièce n° 15) ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 14 juillet 2023, 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. Thèse de la requérante

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

« 24. 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 15 décembre 2017, Votre Conseil a également jugé que "s'agissant d'une contestation portant sur une décision d'attribution d'un marché public, la suspension comme l'annulation suppose donc que la partie requérante ait été ou risque d'être lésée par la violation alléguée. Le soumissionnaire évincé ne sera lésé, ou ne risquera de l'être, que si la violation alléguée a entaché l'ensemble de la procédure de sélection ou si elle concerne la régularité ou le classement de toutes les offres mieux classées que la sienne, en manière telle qu'en l'absence de cette violation, le marché aurait pu lui être attribué" (C.E., arrêt n° 240.205 du 15 décembre 2017, SCRL INTERMDIANCE & PARTNERS).

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

En effet, son offre ayant été déclarée irrégulière, la SA A2 n'aurait intérêt au recours que pour autant qu'elle démontre que :

- la SOFICO aurait erronément déclaré son offre irrégulière ou l'offre de l'attributaire pressenti du marché régulière ou encore que la cotation des offres devrait être revue de manière à ce que son offre devienne l'offre régulière la plus intéressante au regard des critères d'attribution ;

- la procédure d'attribution est irrégulière.

Or, comme il le sera démontré ci-dessous, la SA A2 échoue dans ces démonstrations de sorte qu'elle ne prouve pas que la décision attaquée la lèse, ni même serait susceptible de le faire.

L'argument invoqué par la SA A2 relatif à la prétendue expiration du délai d'engagement de la SA KRINKELS est irrelevant dès lors que par un courrier électronique du 12 décembre 2022, la SA KRINKELS a marqué son accord sur la prolongation de son offre, sans réserve, jusqu'au 31 mars 2023 (pièce n° 16).

26. Compte tenu de ce qui précède, le présent recours doit être déclaré irrecevable, conformément aux articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013, à défaut d'intérêt dans le chef de la SA A2 ».

V.2. Appréciation du Conseil d'Etat

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 de la requête critique, en sa première branche, 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 notamment l'une des illégalités de l'acte attaqué au regard de cette première branche du moyen unique 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.

VI. Moyen unique – Première branche

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 4, 83 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; des articles 35, 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions ; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; de l'adage « *patere legem quam ipse fecisti* » et de l'annexe D du cahier spécial des charges ; du principe de la concurrence et de son corollaire le principe d'égalité entre soumissionnaires ; du principe de bonne administration devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération ; de l'erreur, de l'inexactitude ou de l'inadéquation des motifs de droit et de fait », « [e]n ce que la SOFICO a erronément procédé à l'examen des prix en appréhendant partiellement les justifications transmises par la société A2 ainsi qu'en se fondant sur des seuils de rendement fixés arbitrairement et *a posteriori* qui ne peuvent être contestés par les soumissionnaires en raison de l'absence d'éléments probants étayant la véracité de ceux-ci », « [a]lors que, la SOFICO aurait dû qualifi[er] l'offre de la SA A2 de régulière, dans la mesure où les prix de cette dernière sont convenablement justifiés. À tout le moins, sur base des seuils de rendement précités, le marché en cause n'aurait pu être attribué à la SA KRINKELS en raison d'un montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présentant un caractère anormal, rendant ainsi son offre irrégulière ».

Après avoir exposé les principes qu'elle estime applicables en l'espèce, la requérante expose les développements suivants, à propos de ce qu'elle présente comme première branche de son moyen unique :

« 2.2.a. Première branche : la SOFICO ne pouvait prendre en compte des seuils de rendement fixés arbitrairement et a postériori dans le cadre de l'examen des prix potentiellement anormaux de la SA A2

33. A la lecture de la décision motivée d'attribution, la SOFICO a eu recours aux services du Bureau des prix afin de comprendre l'écart entre son estimation du marché et le montant de l'offre la plus basse.
A cet égard, il convient d'ores et déjà de noter que l'offre la plus basse s'élevant à 2.496.954,82 € HTVA s'inscrit dans la fourchette de prix estimés par la SOFICO, qui oscille entre 2.165.000,00 HTVA et 4.150.000,00 HTVA. Ce faisant, il n'apparait pas, sur base de l'estimation du marché, une apparence d'anormalité éventuelle des prix remis.

Le Bureau des prix a indiqué être dans l'impossibilité de rendre un avis, dès lors que "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".

34. Compte tenu de l'absence d'éclairage du Bureau des prix, la SOFICO a, par conséquent, procédé "à une analyse des prix par une approche empirique, basée sur l'expérience sur l'expérience générale du pouvoir adjudicateur et en comportant les offres de la SA A2, SA SOGEPLANT et SA KRINKELS entre elles".

35. Comme le relève Votre Conseil dans son arrêt du 8 février 2023 à propos de cet extrait repris tant dans la décision d'attribution du 16 décembre 2022 que dans l'acte attaqué, "sauf à la tenir pour simplement intuitive, l'approche que la partie adverse présente comme empirique, en ce sens qu'elle serait basée sur son expérience et sur la comparaison des offres des trois soumissionnaires précités, repose nécessairement sur la prise en considération de données dont elle a disposé et qui l'ont déterminée à estimer surélevés plusieurs rendements annoncés par la requérante".

36. A la suite de l'invitation de la SOFICO à justifier ses prix le 2 septembre 2021, la SA A2 a pris le soin de détailler le prix de chaque poste dont une justification du prix était demandée par la SOFICO en prenant en compte :
- La position géographie des tronçons où l'opération est demandée ;
- Les moyens techniques et humains mis en œuvre pour l'opération demandée ;
- Le coût financier que représentent les moyens précités ;
- Le délai d'exécution de l'opération demandée.

Ces éléments de justification ne sont, en soi, pas remis en cause par la SOFICO, dans la mesure où sur base de ceux-ci, elle a estimé les postes n° 1, 2, 16, 171, 188 et 254 comme présentant des prix normaux.

37. La SOFICO estime, pourtant, que ces éléments ne peuvent être admis pour les postes n°45, 46, 81, 82, 159 et 160, en ce qu'ils aboutiraient, sur base de l'analyse de ses justifications reprise dans l'acte attaqué, à des rendements "surévalués".
Or, cette position ne peut être suivie, dès lors qu'elle résulte d'une prise en compte partielle des éléments de justifications communiqués par la SA A2.

38. Plus particulièrement, la SOFICO se base uniquement sur le nombre d'hommes mis à disposition et sur le temps de transferts entre les différents tronçons pour rejeter les rendements annoncés.
Toutefois, ceux-ci sont fondés sur les éléments suivants :
- La société A2 exécute actuellement plus de quatorze chantiers de fauchage dans le Hainaut, ce qui permet de connaitre la spécificité des tronçons et d'avoir une continuité de ses activités dans la région ;
- La société A2 investit dans l'achat de matériels neufs (à titre d'exemple, les tracteurs et les cureuses ont été achetés lors de ces dernières années) ;
- Les opérations demandées pour les postes n° 45, 46, 81, 82, 159 et 160 s'effectuent le week-end ou en période de congé scolaire, ce qui réduit les problèmes liés à la gestion du trafic automobile ;
- Conformément aux clauses techniques du cahier spécial des charges, les opérations demandées pour les postes n° 45, 46, 81, 82, 159 et 160 peuvent être exécutées en même temps que d'autres opérations ;
- Le matériel technique (par exemple, tracteur ou cureuse) de la SA A2 a été construit sur-mesure afin d'augmenter ses performances. À titre d'exemple, la cureuse possède une plateforme à l'avant afin de réduire le temps de déplacement du personnel.

39. A ce stade de la procédure, la SOFICO ne communique pas les données générales (notamment les “rendements escomptés pour ce type de marché”) dont elle dispose et au regard desquelles elle fondera son analyse des prix potentiellement anormaux.
Toutefois, au regard de la chronologie des faits libellée dans l’acte attaqué, elle dispose pourtant de ses données, sauf à considérer que celles-ci n’ont été établies que pour soutenir la nouvelle décision d’attribution faisant l’objet du présent recours.
En effet, l’avis du Bureau des prix a été remis le 24 juin 2021 tandis que le courrier invitant la SA A2 à justifier ses prix a été communiqué le 2 septembre 2021.
La SOFICO a dû nécessairement procédé à une vérification des prix avant de procéder à leur examen. Cette vérification des prix a été réalisée sur base de cet examen empirique comme l’atteste l’extrait suivant de l’acte attaquée :

> “ 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”.

La requérante invite, dès lors, Votre Conseil à vérifier s’il ressort bel et bien du dossier administratif que la SOFICO a procédé, en son temps, à une vérification des prix sur base des données dont elle entend se prévaloir à présent.

40. Par un courrier du 29 mars 2023, soit plus de 1 an et demi après le courrier précité du 2 septembre 2021, la SOFICO sollicite un complément de justification de prix à la SA A2, tout en fixant des seuils de rendement sans pièces à l’appui permettant à la SA A2 de les comprendre.

41. Par un courrier du 16 avril 2023, la SA A2 recommunique à la SOFICO les justifications de prix détaillées pour les postes n°81 et 82 reprises dans ses envois du 13 et 15 septembre 2021.
Quant aux informations relatives aux rendements escomptés, la SA A2 s’étonne de la manière de procéder de la SOFICO qui n’apportera aucune réponse aux observations de la SA A2 avant la communication de la décision motivée d’attribution du 20 juin 2023.
Dans l’acte attaqué, la SOFICO rejette les critiques de la SA A2 en indiquant que :

> “ dans son courrier du 29/03/2023 précité, la SOFICO explique pourquoi il lui apparait que, pour le poste 81, un rendement supérieur à 18.000 m2/heure/homme est irréaliste, et que, pour le poste 82, une durée inférieure à 32 heures est irréaliste ; qu’en outre, ces éléments sont basés sur les informations reprises à l’annexe D, page 20 du cahier spécial des charges, et reprise dans le courrier du 29/03/2023 précité”.

42. Or, à la lecture de l’annexe D du cahier spécial des charges, il n’apparait nullement part qu’un rendement supérieur à 18.000 m2/heure/homme est irréaliste pour le poste n°81. Seule la surface à traiter est mentionnée.
Quant au courrier du 29 mars 2023, il ne détaille aucunement la méthodologie employée par la SOFICO pour aboutir à un tel constat.
Il en est de même pour le poste n°82. Si l’annexe D, contrairement au poste n°81, fait mention d’un délai d’exécution estimé s’élevant à 32 heures, cela n’implique pas qu’une durée inférieure à ce délai estimé serait irréaliste.

43. Aucun débat contradictoire effectif, situé à un moment utile dans la procédure, n’a été réellement mis en œuvre par la SOFICO.
Les données reprises dans leur courrier du 29 mars 2023 et communiquées sur base de l’article 36, § 3, alinéa 3 de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques servent uniquement à fixer arbitrairement et a posteriori des seuils sur lesquels les soumissionnaires n’ont aucune emprise, ce qui méconnait notamment les principes de transparence, de confiance légitime, ainsi que le devoir de minutie.
L’objectif de ce courrier est uniquement de fonder l’écartement de certains soumissionnaires.

En effet, après le dépôt de leur offre, ces soumissionnaires ne peuvent pas la modifier, de sorte qu'ils sont tenus par la portée de leur offre, en ce compris la structure de leur prix. Cela est d'autant plus vrai qu'ils ont déjà communiqué en détail de leur prix en septembre 2021.
Ce faisant, ils sont dans l'impossibilité de justifier leur prix au regard de seuils minimaux étayées par aucun élément factuel près de deux ans après le dépôt de leur offre et dont ils n'avaient pas connaissance lors de la première demande de justification de leur prix.
Concrètement, la SOFICO aurait dû communiquer ses seuils de rendements avant le dépôt des offres des soumissionnaires, dès lors qu'ils influencent l'établissement de leur prix pour les postes n° 81 et 82.

44. En réalité, la SOFICO érige en critère de régularité de l'offre des informations chiffrées sans réelles précisions qui sont reprises dans une annexe du cahier spécial des charges.
Elle change, dès lors, la portée de certaines dispositions du cahier spécial des charges, ce qui méconnait le principe "*patere legem quam ipse fecisti*".
Il est évident qu'un délai d'exécution estimé ne peut être qualifié de délai minimal en dessous duquel toute autre délai proposé par un soumissionnaire engendrerait l'écartement de son offre pour irrégularité substantielle.
Dans le même sens, la simple référence à une surface estimée ne peut impliquer un rendement minimal en dessous duquel tout autre rendement proposé engendrerait l'écartement de son offre pour irrégularité substantielle.

45. Au demeurant, il échet de constater à la lecture de l'analyse des justifications de prix du soumissionnaire pressenti, la SA KRINKELS, que les prix remis par l'ensemble des soumissionnaires sont intrinsèquement normaux. Seule la prise en compte d'un rendement fondé sur l'expérience d'un seul soumissionnaire, à savoir la SA KRINKELS, permet de distinguer le caractère prétendument anormal des prix remis, dans le chef de la SOFICO.
A propos du caractère potentiellement anormal des prix de la SA KRINKELS, l'acte attaqué indique, en effet, que :

" Les prix unitaires des véhicules (en ce compris le chauffeur) utilisés pour l'exécution de poste sont d'ailleurs similaires aux prix des autres soumissionnaires.
Il y a en outre corrélation entre les prestations proposées au poste 81 et au poste 82, ce qui se justifie par le lien étroit entre les prestations de ces deux postes.
Le prix du sous-traitant auquel il est fait partiellement appel est détaillé et justifié. Les taux horaires sont similaires avec ceux du soumissionnaire, mais également des autres soumissionnaires
Il en découle que le prix est justifié et répond aux obligations sociales du soumissionnaire.
Le prix de ce poste est par conséquent considéré comme normal" […].

46. Du reste, l'acte attaqué ne permet pas de comprendre les raisons qui poussent la SOFICO à considérer que d'autres rendements que ceux annoncés dans son courrier du 29 mars 2023 entraineraient une anormalité des prix.
Autrement dit, pourquoi le seuil de rendement est fixé, pour le poste n°81, à maximum à 18.000 m2/heure/homme et pas 19.000 m2 m2/heure/homme ?
A cet égard, il convient de rappeler que la position de la SOFICO ne peut relever d'une simple intuition. Elle doit reposer sur des motifs dont l'existence de fait est dûment établie, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ».

B. Note d'observations

Après avoir rappelé les dispositions et principes qu'elle tient pour applicables en matière de vérification des prix et de motivation, la partie adverse formule les observations suivantes, à propos du cas d'espèce :

« 46. Aux termes d'un courrier du 29 mars 2023, la SOFICO a invité la SA A2 à justifier ses prix, notamment pour les postes n° 81 et 82, sur la base de l'article 36, § 3, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

La SOFICO a par ailleurs rappelé les éléments sur lesquels elle se base pour apprécier la normalité du prix de ces postes afin de permettre aux soumissionnaires d'y réagir, et ce conformément à l'arrêt de Votre Conseil du 8 février qui reprochait à la SOFICO de ne pas avoir communiqué ces informations.

Ce courrier est rédigé comme suit :

Concernant le poste 81, il vise le ramassage sélectif des déchets dans les échangeurs (côté droit et gauche), en vue d'une mise en dépôt à la régie.

Le cahier spécial des charges précise que « *le ramassage s'effectue sur l'emprise totale de l'autoroute (BAU, F-E ou bande de contrebutage, devant, sous et derrière le dispositif de sécurité, passage de police, sur terre-plein central, îlots, zones boisées, …).* »

Le cahier spécial des charges prévoit également que les travaux s'effectuent sous fermeture **successive** de chaque bretelle des échangeurs avec déviation.

Il s'agit donc d'une surface à traiter de **+/-573.880 m²,** sur laquelle il convient d'effectuer un tri sélectif.

Au regard du travail à effectuer, il nous apparaît **qu'un rendement supérieur à 18.000 m²/heure/homme serait irréaliste** dans la mesure où il ne permet pas une exécution correcte, ni conforme aux prescriptions techniques reprises dans le cahier spécial des charges.

Pourriez-vous dès lors détailler la manière dont vous entendez procéder à la réalisation de ce poste (quel matériel, combien d'hommes sur quelle période de temps tenant compte de la nécessité de déplacement entre les différentes échangeurs et bretelles de manière successive, du tri sélectif et du rechargement des sacs) ?

Nous vous remercions également de démontrer que les sursalaires légaux (soit 50 % le samedi et 100 % le dimanche) sont bien prévus dans votre offre.

Concernant le poste 82, , il vise la signalisation de chantier attachée aux travaux de ramassage sélectif des déchets dans les échangeurs et le cahier spécial des charges précise que ce poste comprend la signalisation de chantier nécessaire pour effectuer les travaux de ramassage sélectif dans les échangeurs autoroutiers ou assimilés, côtés gauche et droit.

Il est également précisé que ces travaux s'effectuent sous fermeture **successive** de chaque bretelle des échangeurs après mise en place de déviations suivant plans approuvés par le fonctionnaire dirigeant ou son délégué, et qu'il ne peut y avoir d'interférence entre les itinéraires de déviation.

Au regard du travail à effectuer, votre prix doit donc prendre en compte toutes les opérations nécessaires à la mise en place des fermetures/déviations successives et nécessaires, ainsi qu'au temps nécessaire pour la récupération de la signalisation et le transfert entre ces différentes mises en place (5 échangeurs – 40 bretelles), et et prenant en considération que cette signalisation encadre les opérations de ramassage et de tris sélectifs prévues au poste 81, il apparaît **qu'une durée inférieure à 32 heures serait irréaliste**.

Nous constatons également que votre justification précédente ne fait aucune mention du placement de la signalisation de déviation, qui est une opération très contraignante, ni du balisage de fermeture des bretelles, ni des panneaux organisant la déviation successive des bretelles, ni de la pose et la dépose de la signalisation nécessaire pour les déviations.

Pourriez-vous dès lors détailler la manière dont vous entendez procéder à la réalisation de ce poste (quel matériel, combien d'hommes sur quelle période de temps tenant compte de toutes les opérations précitées) ?

Nous vous remercions également de démontrer que les sursalaires légaux (soit 50 % le samedi et 100 % le dimanche) sont bien prévus dans votre offre.

Nous attirons encore votre attention sur le fait que pour les postes comportant de la main d'œuvre, vous devez justifier au minimum le coût salarial conformément aux barèmes salariaux applicables, majorés de toutes les charges sociales. Ces barèmes et charges ainsi que vos coûts réels doivent être précisés dans votre réponse.

En d'autres termes, la SOFICO estime, sur la base des informations figurant dans les documents du marché, qu'un rendement supérieur à 18.000 m²/heure/homme pour le poste n° 81 serait irréaliste dès lors qu'il ne permettrait pas une exécution correcte ni conforme aux prescriptions techniques du cahier spécial des charges du marché. Pour le poste n° 82, elle a également donné une estimation du temps nécessaire pour effectuer le travail, sachant que la signalisation encadre les opérations de ramassage et de tri sélectif prévues au poste n° 81.

47. Les estimations de la SOFICO se fondent sur les éléments suivants des documents du marché :

- Description du poste figurant dans le cahier spécial des charges :

o Poste 81 :

M1674-CH* : Ramassage sélectif des déchets dans les échangeurs CH, en vue d'une mise en dépôt

Ce poste comprend le ramassage sélectif des déchets dans les échangeurs de Gouy-lez-Piéton, Thiméon, Heppignies, Marcinelle et Fontaine-l'Evêque, côtés gauche et droit, en vue d'une mise en dépôt à la régie.
Le ramassage s'effectue sur l'emprise totale de l'autoroute (BAU, F-E ou bande de contrebutage, devant, sous et derrière le dispositif de sécurité, passage de police, sur terre-plein central, îlots, zones boisées, …).
Les échangeurs sont décrits en annexe de CSC (Annexe D2).

Le paiement se fait à l'opération. Une opération comprend le ramassage sélectif complet tel que décrit ci-dessus dans toutes les bretelles des échangeurs.

Ces travaux sont réalisés de jour, uniquement le week-end ou en période de congé scolaire. Le soumissionnaire en tient compte dans son prix et ne peut prétendre à un supplément.
Ces travaux s'effectuent sous fermeture successive de chaque bretelle des échangeurs avec déviation. L'attention du soumissionnaire est attirée sur le fait que chaque fermeture d'une bretelle d'échangeur autoroutier peut rapidement générer d'importants soucis de circulation.

De ce fait, il est prévu de réaliser d'autres travaux tels que le fauchage, le brossage et le curage sous la même signalisation et donc en même temps que les travaux de ramassage sélectif des déchets dans les échangeurs.

L'attention du soumissionnaire est également attirée sur le fait qu'il est de sa responsabilité de regrouper les activités sous une même signalisation et d'en assurer la coordination. Le soumissionnaire en tient compte dans son prix et ne peut prétendre à un quelconque supplément à cet égard.

o Poste 82 :

L8810-CH* : Signalisation de chantier attachée aux travaux de ramassage sélectif des déchets dans les échangeurs, côtés gauches et droit.

Ce poste comprend la signalisation de chantier nécessaire pour effectuer les travaux de ramassage sélectif des déchets dans les échangeurs autoroutiers ou assimilés, côtés gauches et droit.
Ces travaux sont réalisés de jour, uniquement le week-end ou en période de congé scolaire. Le soumissionnaire en tient compte dans son prix et ne peut prétendre à un supplément.
Ces travaux s'effectuent sous fermeture successive de chaque bretelle des échangeurs, après mise en place de déviations suivant plans approuvés par le fonctionnaire dirigeant ou son délégué.
Bien entendu, il ne peut y avoir d'interférence entre les itinéraires de déviation.
Le paiement se fait à l'opération. Une opération correspond à toute la signalisation (y compris balisage, déviations, …) nécessaire pour réaliser une campagne de ramassage sélectif des déchets dans toutes les bretelles des échangeurs, côtés gauche et droit.

Bien que ces travaux soient intégrés dans une autre signalisation de chantier (voir regroupement de travaux prévu dans les échangeurs), le paiement du présent poste reste dû. Cela permet de prendre en charge la perte de rendement occasionnée par un regroupement de différentes activités.

- Annexe D2 du cahier spécial des charges :

La description du poste 81 renvoie à l'Annexe D2 du cahier spécial des charges qui décrit les zones de ramassage sélectif en berme latérale et centrale, accès et sorties, échangeurs et qui fixe la superficie à traiter ainsi que la fréquence du traitement. Elle donne également un délai d'exécution estimé par campagne de ramassage sélectif :

" Surface totale des 5 échangeurs : +/- 573 880m^2
Fréquence : 24x/an
Délai d'exécution estimé par campagne (en heures) : 32".

48. Le rendement estimé par la SOFICO est donc calculé sur la base de la surface totale des échangeurs à traiter (573.880 m^2) divisée par le délai d'exécution estimé par campagne (32 h), soit 17.93,75m^2/heure/homme, arrondi à 18.000 m^2/heure/homme.

Toutes ces informations figurent dans les documents du marché et étaient dès lors parfaitement connus des soumissionnaires lors de l'établissement de leur offre.

49. Lors de la vérification des prix proposés par la SA A2 par la SOFICO, il est apparu que le prix proposé pour les postes n° 81 et 82 est très bas et, partant, suspecté d'anormalité.

Aux termes d'une première demande de justification des prix, la SA A2 avait indiqué que ses prix reposent :

- Pour le poste n° 81, sur le salaire de deux ouvriers et le coût d'une camionnette :

Poste 81 - M1674-CH* - Ramassage sélectif des déchets dans les échangeurs (côtés droit et gauche), en vue d'une mise en dépôt à la régie.
Paiement à l'opération.

Prix de la soumission :				[redacted] /op
Quantité prévu:				[redacted] op
Ce poste sera exécuté par une équipe de 2 hommes avec camionnette.				
Nous comptons 25% en plus pour le salaire des ouvriers comme nous réalisons				
ces travaux pendant le WE.				
Prix d' achat de la camionnette:				€ [redacted]
Amortissement sur 6 ans/225 jours/8 heures :				€ [redacted] /h
Entretien, Mazout et autres consommables :				€ [redacted] /h
Frais généraux et bénéfices (10%) :				€ [redacted] /h
Coût total de la camionnette:				€ [redacted] /h
Coût des 2 hommes (prestation d'un ouvrier non-qualifié)	[redacted] € /h x	2 hommes		€ [redacted] /h
	€ [redacted] /h +	25% =		€ [redacted] /h
Coût total:				€ [redacted] /h
Coût par jour:	€ [redacted] /h x	8 h =		[redacted] € /jou
Selon nos expériences, une équipe expérimenté peut				
ramasser facilement les déchets dans les échangeurs en				14,88 h
Nous pouvons donc conclure que nous prenons		1,86	jour pour ramasser	
la zone complète (côtés droit et gauche).				
Coût :	[redacted] € /JO x	€ [redacted] JO=		€ [redacted] /op
Revenu:				€ [redacted] /op

Complémentairement à cette explication, la SOFICO a invité la SA A2 à détailler la manière dont elle entend procéder à la réalisation de ce poste, en précisant notamment le matériel utilisé, le nombre d'hommes et la période visée tenant compte de la nécessite de déplacement entre les différents échangeurs et bretelles de manière successive, du tri sélectif et du rechargement des sacs.

• Pour le poste n° 82, sur le salaire du chauffeur et de deux ouvriers ainsi que sur le coût d'un tampon :

Poste 82 - L8810-CH* - Signalisation de chantier attachée aux travaux de ramassage sélectif des déchets dans les échangeurs.
Paiement à l'opération.

Prix de la soumission :				[redacted] € /op
Quantité prévu:				[redacted] op
Nous comptons 25% en plus pour le salaire des ouvriers comme nous réalisons				
ces travaux pendant le WE.				
Aussi pour les postes de ramassage nous mettons 2 tampons.				
Prix d' achat d'un Tampon:				€ [redacted]
Amortissement sur 6 ans/240 jours/8 heures :				€ [redacted] /h
Entretien, Mazout et autres consommables :				€ [redacted] /h
Frais généraux et bénéfices (10%) :				€ [redacted] /h
Coût total du Tampon:				€ [redacted] /h
Coût du chauffeur	€ [redacted] /h+	25% =		€ [redacted] /h
Coût total:				€ [redacted] /h
Coût de l'équipe (2 tampons):	€ [redacted] /h x	2 p =		€ [redacted] /h
Coût par jour:	€ [redacted] /h x	8 h =		[redacted] € /jour
Nous savons que pour ramasser la zone complète une équipe expérimentée a besoin de				
[redacted] jour.				
Coût :	[redacted] € /JO x	€ [redacted] JO =		€ [redacted] /op
Revenu:				€ [redacted] /op

Complémentairement à cette explication, la SOFICO a précisé à la SA A2 que son prix doit prendre en compte toutes les opérations nécessaires à la mise en place des fermetures/déviations successives et nécessaires ainsi qu'au temps nécessaire à la récupération de la signalisation et le transfert entre ces différentes mises en places (sur cinq échangeurs et quarante bretelles), tout en prenant en considération le fait que cette signalisation encadre les opérations de ramassage et de tri sélectif prévues au poste n° 81.

La SOFICO a du reste attitré l'attention de la SA A2 sur le fait que sa précédente justification ne fait aucune mention du placement de la signalisation de déviation, qui est une opération très contraignante, ni du balisage de fermeture des bretelles, ni des panneaux organisant la déviation successive des bretelles ni de la pose et de la dépose de la signalisation pour les déviations.

La SOFICO a dès lors invité la SA A2 à détailler la manière dont elle entend procéder à la réalisation de ce poste, en précisant notamment le matériel utilisé, le nombre d'hommes et la période visée tenant compte de toutes les opérations nécessaires.

La SOFICO a encore invité la SA A2 à justifier le coût salarial au regard des barèmes applicables majorés de toutes les charges sociales.

50. En réponse à la demande du pouvoir adjudicateur, la SA A2 a répondu par un courrier du 16 avril 2023 en se référant à la justification de prix qu'elle avait déjà fournie (voie ci-dessus) et en indiquant au surplus ce qui suit :

2. Dans son envoi du 4 avril 2023, la SOFICO communique aux soumissionnaires les informations ne provenant pas des soumissionnaires eux-mêmes sur lesquelles elle entend se fonder dans le cadre de l'examen des prix potentiellement anormaux.
Plus particulièrement, la SOFICO indique que :

   - Pour le poste n° 81 : « au regard du travail à effectuer, il nous apparait qu'un rendement supérieur à 18.00 m2 / heure/ homme serait irréaliste, dans la mesure où il ne permet pas une exécution correcte, ni conforme aux prescriptions techniques reprises dans le cahier spécial des charges » ;
   - Pour le poste n°82 : « Au regard du travail à effectuer, votre prix doit donc prendre en compte toutes les opérations nécessaires à la mise en place des fermetures/déviations successives et nécessaires, ainsi qu'au temps nécessaire pour la récupération de la signalisation et le transfert entre ces différentes mises en place (échangeurs – 40 bretelles), et prenant en considération que cette signalisation encadre les opérations de ramassage et de tris sélectifs prévues pour le poste 81, il apparait qu'une durée inférieure à 32 heures serait irréalise ».

   Or, force est de constater que les affirmations de la SOFICO sont dénuées de pièces ou de sources probantes permettant à la société A2 de comprendre , voire de contester, la position de la SOFICO.

   En réalité, cette dernière fixe arbitrairement et a posteriori des seuils sur lesquels les soumissionnaires n'ont aucune emprise.

   Une telle manière de procéder est notamment contraire au principes de transparence, de confiance légitime, ainsi qu'au devoir de minutie.

3 Nouveaux prix pour les postes n°81 et 82

3. Comme évoqué ci-avant, dès lors que le délai d'engagement de l'offre de la SA A2 est expiré, cette dernière consent au maintien de celle-ci uniquement à la condition d'obtenir la modification tant financière que technique des postes n°81 et 82, en raison notamment du contexte économique postérieur à la date du dépôt des offres qui est marqué par des pressions inflationnistes consécutives à la pandémie du Covid-19 et à la guerre en Ukraine.

Plus particulièrement, les nouveaux prix des postes n°81 et 82 se détaillent comme suit :

Poste 81 - M1674-CH* - Ramassage sélectif des déchets dans les échangeurs du R3 (Gouy-lez-Piéton,Heppignies,Thiméon,Fontaine l'Evêque,Marcinelle) (côtés droit et gauche), en vue d'une mise en dépôt à la régie. Paiement à l'opération.

Ce poste sera exécuté par une équipe de 2 ouvriers avec camionnette.

Nous prévoyons 2 équipes pendant 1 samedi.

Nous comptons 50% en plus pour le sursalaire des ouvriers comme nous réalisons ces travaux pendant un samedi.

Prix d' achat de la camionnette:				€ [redacted]
Amortissement sur 6 ans/225 jours/8 heures :				[redacted] /h
Entretien, Mazout et autres consommables :				€ [redacted] /h
Frais généraux et bénéfices (10%) :				€ [redacted] /h
Coût total de la camionnette:				€ [redacted] /h
Coût des 2 ouvriers	[redacted] /h x		2 ouvriers =	€ [redacted] /h
(un ouvrier non-qualifié)	€ [redacted] /h +	50% =		€ [redacted] /h
Coût total:				€ [redacted] /h
Coût par samedi:	€ [redacted] /h x		8 h =	[redacted]

Selon nos expériences, pour les 2 équipes, ça prends 1 samedi a faire le travail y compris le déplacement entre les différentes échangeurs et bretelles de manière successive, du tri sélectif et du rechargement des sacs.

Temps totale de l'opération: 2 équipes pendant 1 samedi.

1 équipe qui fait le sens positive et l'autre équipe fait le sens négative.

Coût :	[redacted] € x	2 équipes =	€ [redacted] /op
Revenu:			€ [redacted] /op

Poste 82 - L8810-CH* - Signalisation de chantier attachée aux travaux de ramassage sélectif des déchets dans les échangeurs du R3 (Gouy-lez-Piéton,Heppignies,Thiméon,Fontaine l'Evêque,Marcinelle). Paiement à l'opération.

Nous prévoyons 3 équipes pendant 1 samedi pour la signalisation du poste 81 ; 2 équipes qui font la signalisation avec les 2 équipes qui ramassent et 1 équipe qui assume la signalisation de déviation, les panneaux organisant la déviation successive de bretelles, la pose et la dépose de la signalisation nécessaire pour les déviations pour les 2 équipes.
Nous comptons 50% en plus pour le sursalaire des ouvriers comme nous réalisons ces travaux pendant un samedi.

Prix d' achat d'un Tampon:			€ [redacted]
Amortissement sur 6 ans/240 jours/8 heures :			€ [redacted] /h
Entretien, Mazout et autres consommables :			€ [redacted] /h
Frais généraux et bénéfices (10%) :			€ [redacted] /h
Coût total du Tampon:			€ [redacted] /h
Coût du chauffeur			€ [redacted] /h
	€ [redacted] /h +	50% =	€ [redacted] /h
Coût total:			€ [redacted] /h
Coût de l'équipe (2 tampons):	€ [redacted] /h x	2 p =	€ [redacted] /h
Coût par samedi:	€ [redacted] /h x	8 h =	€ [redacted]
Temps totale de l'opération:	3 équipes pendant 1 samedi.		
Coût :	[redacted] € x	3 équipes =	€ [redacted] /op
Revenu:			€ [redacted] /op

Au vu de ce qui précède, il appert que la SA A2 modifie son offre non seulement au niveau du prix mais également au niveau technique. Sa justification initiale faisait en effet, pour le poste n° 81, d'une équipe de deux hommes et une camionnette pour 1,86 jours et, pour le poste n° 82, d'un tampon avec chauffeur et de deux ouvriers pour 1,86 jours. Elle prévoit désormais, pour le poste n° 81, deux équipes de deux hommes et une camionnette et, pour le poste n° 82, trois équipes d'un tampon avec chauffeur et deux ouvriers.

La SA A2 indique, pour le poste n° 81, qu'une équipe fait le sens positif tandis que l'autre fait le sens négatif et, pour le poste n° 82, deux équipes qui placent la signalisation avec les deux équipes qui ramassent tandis que la troisième assume la signalisation de déviation, les panneaux organisant la déviation successive de bretelles ainsi que la pose et la dépose de la signalisation nécessaire pour les déviations pour les deux équipes.

51. L'acte attaqué énonce ce qui suit :

Considérant que l'entreprise A2 a répondu au courrier du 29/03/2023 précité par un courrier du 16/04/2023 ;

Considérant que, dans sa réponse, la société A2 apporte des justifications sur les prix remis pour les postes n° 81 et 82 de son offre initiale, mais subordonne également la prolongation de la validité de son offre (validité qui est expirée) à une modification du prix des 2 postes en question, en invoquant à cet égard l'évolution du contexte économique postérieur à la date de dépôt des offres, contexte économique marqué par des pressions inflationnistes ;

Considérant, quant à la modification de prix sollicitée, qu'il n'apparaît pas que celle-ci soit la conséquence de circonstances survenues postérieurement à la date de dépôt des offres, mais plutôt d'une mauvaise formation des prix initiaux ; qu'ainsi, le soumissionnaire entend prendre en compte désormais, dans la formation du prix des postes en cause, de :

- Pour les deux postes : un pourcentage de sursalaire pour les travaux réalisés le week-end de 50 % au lieu de 25% dans l'offre initiale ;
- Pour le poste n° 82 : une exécution du travail en trois équipes (à savoir deux équipes pour la signalisation des ouvriers qui font le ramassage et une équipe pour la signalisation de la déviation) au lieu de deux dans l'offre initiale ;

Considérant que les éléments susvisés confirment que le prix des 2 postes concernés, dans l'offre initiale, n'a pas été formé correctement.

Considérant qu'au demeurant, l'article 89 de l'A.R. du 18 avril 2017 prévoit les modalités à suivre pour attribuer un marché à un soumissionnaire dont le délai d'engagement a expiré sans que le marché ne soit conclu ; que, conformément à cet article, ce n'est qu'au moment d'attribuer le marché que le pouvoir adjudicateur est tenu de questionner, par écrit, le soumissionnaire auquel il envisage d'attribuer le marché ; qu'il n'y a pas lieu de donner suite à la demande de modification de l'offre de la S.A. A2 étant donné que, comme indiqué plus bas, celle-ci n'est pas l'adjudicataire pressenti ;

Considérant que, concernant la justification des prix des postes 81 et 82 de son offre initiale, l'entreprise A2 conteste, sans toutefois en infirmer la pertinence par ses propres calculs, les informations communiquées par la SOFICO relatives à l'appréciation du prix des postes 81 et 82, à savoir, que, pour le poste 81, un rendement supérieur à 18.000 m²/heure/homme apparaît irréaliste, et que, pour le poste 82, une durée inférieure à 32 heures apparaît irréaliste ; que le soumissionnaire se contente d'affirmer que ces informations seraient « dénuées de pièces ou de sources probantes » et que les seuils mentionnés auraient été fixés arbitrairement et a posteriori ;

Considérant que les critiques de la SA. A2 ne peuvent être admises ; qu'en effet, dans son courrier du 29/03/ 2023 précité, la SOFICO explique pourquoi il lui apparaît que, pour le poste 81, un rendement supérieur à 18.000 m²/heure/homme est irréaliste, et que, pour le poste 82, une durée inférieure à 32 heures est irréaliste ; qu'en outre, ces éléments sont basés sur les informations reprises à l'annexe D, page 20 du cahier spécial des charges, et reprises dans le courrier du 29/03/2023 précité ;

Considérant que les justifications qu'apporte la SA A2 pour le prix des postes 81 et 82 ne permettent pas d'écarter la présomption d'anormalité du prix remis par le soumissionnaire pour ces postes, pour les motifs suivants :

Pour le poste 81, l'entreprise A2 ne répond pas à la demande de complément de justification. Aucune information n'est donnée sur :

- Les temps de déplacements entre les échangeurs,
- La prise en compte de l'entièreté de la surface à traiter,
- Le travail de tri sélectif

Par ailleurs, l'entreprise rejustifie un nouveau prix en augmentant le sursalaire pour travaux le WE en passant de 25% à 50% sans justifier cette augmentation. Il faut en déduire que la justification initiale ne prenait pas en compte les sursalaires légaux.

La SA A2 ne justifie pas l'intégration des coûts liés au tri sélectif.

Les barèmes et charges ainsi que les coûts réels à la date d'adjudication ne sont pas précisés comme demandé.

L'entreprise A2 se borne à fonder sa justification sur son expérience et par conséquent ne répond pas à la demande explicite de l'Administration.

Le rendement basé sur les justifications est supérieur au rendement de 18.000 m² à l'heure par homme considéré comme irréaliste.

Pour le poste 82, l'entreprise A2 ne répond pas demandes d'informations. Aucune information n'est donnée sur :

- Les temps de déplacements entre les échangeurs,
- du placement de la signalisation de déviation,
- du placement du balisage de fermetures des bretelles
- des panneaux de déviation organisant la déviation successives des bretelles
- de la pose/dépose de la signalisation nécessaire pour les déviations

L'entreprise A2 prévoit 2 équipes pour la signalisation dans sa justification de prix initiale. Hors nous constatons que l'entreprise A2 justifie un nouveau prix en prenons en compte cette fois 3 équipes à savoir 2 équipes pour la signalisation des équipes qui font le ramassage et une équipe pour la signalisation de déviation. Ce qui démontre bien qu'une équipe de signalisation était manquante dans la justification de prix initiale.

Par ailleurs, l'entreprise rejustifie un nouveau prix en augmentant le sursalaire pour travaux le WE en passant de 25% à 50% sans justifier ce sursalaire. Il faut en déduire que la justification initiale ne prenait pas en compte les sursalaires légaux.

Les barèmes et charges ainsi que les coûts réels à la date d'adjudication ne sont pas précisés comme demandé.

La durée de 1,86 jours pour l'intervention est bien inférieure au 32heures en-dessous desquelles la durée est considérée comme irréaliste.

L'entreprise A2 se borne à fonder sa justification sur son expérience et par conséquent ne répond pas à la demande explicite de l'Administration.

Considérant qu'au vu de ces différents éléments, les postes 81 et 82 de l'offre de la SA A2 doivent être considérés comme anormaux ;

Considérant que chacun des 2 postes précités étant non négligeable, l'offre de la SA A2 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 ;

52. Il résulte de l'acte attaqué que la SOFICO a relevé une irrégularité substantielle, au sens de l'article 36, § 3, 1°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, dans l'offre de la SA A2 en ce que celle-ci contient plusieurs postes non négligeables présentant un caractère anormal.

Partant, la SOFICO n'a eu d'autre choix que de l'écarter.

A cet égard, il convient de rappeler que la SOFICO dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'examen des justifications de prix fournies par la SA A2 de sorte que Votre Conseil ne pourrait substituer sa propre appréciation à celle de la SOFICO qu'en cas d'erreur manifeste d'appréciation.

Or, la SOFICO n'a pas commis d'erreur inadmissible pour tout pouvoir adjudicateur raisonnable, incompréhensible et qu'aucune autre autorité administrative placée dans les mêmes circonstances n'aurait commise en jugeant l'offre de la SA A2 substantiellement irrégulière de sorte que Votre Conseil ne peut valablement censurer l'acte attaqué.

53. En effet, après avoir une première fois invité la SA A2 à justifier ses prix et compte tenu de l'arrêt de Votre Conseil du 8 février 2023, la SOFICO a à nouveau invité la SA A2 à justifier ses prix tout en lui rappelant les éléments sur lesquels repose sa suspicion d'anormalité des postes n° 81 et 82, à savoir la surface concernée (573.880 m²), le temps qu'elle a estimé nécessaire pour réaliser

le ramassage sélectif sur la surface concernée (32 heures) et le rendement estimé maximum (18.000 m²/heure/ homme.

Premièrement, il convient de constater que les éléments sur la base desquels la SOFICO établit son estimation ne sont pas neufs puisqu'ils figurent dans les documents du marché et étaient dès lors parfaitement connus de la SA A2 lors de l'établissement de son offre. La SOFICO a néanmoins cru utile de les rappeler aux soumissionnaires compte tenu des discussions qui ont eu lieu dans le cadre du précédent recours devant Votre Conseil.

C'est dès lors à tort que la SA A2 soutient que les estimations de la SOFICO seraient "dénuées de pièces ou de sources probantes [lui] permettant de comprendre, voire de contester, la position de la SOFICO. En réalité, cette dernière fixe arbitrairement et *a posteriori* des seuils sur lesquels les soumissionnaires n'ont aucune emprise". Pareille affirmation est inexacte et manifestement contredite par les documents du marché qui reprennent l'ensemble des données sur lesquelles la SOFICO fonde son estimation. Il est renvoyé aux points 47 et suivants de la présente note d'observations. Cela étant, il ne lui revenait pas de donner davantage d'explication concernant ces informations figurant dans les documents du marché et n'ayant fait l'objet d'aucune question préalablement à la date limite de dépôt des offres.

La SOFICO relève encore que, contrairement à ce que soutient la SA A2, l'estimation qu'elle a faite de la durée d'exécution des postes litigieux et des seuils de rendement n'est pas postérieure au dépôt des offres, et en particulier de celle de la société KRINKELS, mais antérieure à leur dépôt puisqu'elle est inscrite dans les documents du marché. Il est dès lors inexact de soutenir, comme semble le faire la SA A2, que cette estimation aurait été influencée par l'offre de la société KRINKELS.

L'estimation faite par le pouvoir adjudicateur est un indice lui permettant de détecter des prix anormaux, qu'il s'agisse de l'estimation du prix du marché ou l'estimation d'autres éléments intervenant dans l'établissement du prix (voy. en ce sens S. EFILA, "Les secteurs classiques : L'estimation de la valeur du marché", https://mercatus.kluwer.be). Par voie de conséquence, la SOFICO pouvait valablement se fonder sur son estimation dans le cadre de la vérification des prix et, face au constat que certains postes s'en écartent, interroger les soumissionnaires concernés. Contrairement à ce que soutient la partie requérante, la SOFICO n'a pas érigé son estimation en critère de régularité des offres.

Compte tenu de ce qui précède, il appartenait à la SA A2 soit de tenir compte des estimations de la SOFICO dans l'établissement de son offre, soit de contester cette estimation, soit de démontrer que sa propre estimation, bien que différente de celle du pouvoir adjudicateur, est réaliste et permet une correcte exécution du marché. C'est précisément ce qui lui a été demandé par la SOFICO aux termes de son courrier du 29 mars 2023.

A défaut pour elle de faire l'un ou l'autre, il convient de constater que la SOFICO a valablement pu considérer que le prix proposé pour les postes n° 81 et 82 n'est pas adéquatement justifié et, partant, est anormal.

54. Deuxièmement, la SOFICO a précisé à la SA A2 les éléments de justification qu'elle attendait pour chacun des deux postes concernés (lire en ce sens son courrier du 29 mars 2023).

Nonobstant cela, la SA A2 se limite à reprendre les justifications qu'elle avait déjà fournies précédemment et que la SOFICO estime insuffisantes dès lors qu'elles ne lui permettent pas de s'assurer que le prix proposé pour les postes litigieux permet à la SA A2 d'exécuter correctement l'ensemble des tâches

prévues par les documents du marché (lire en ce sens les courriers de la SA A2 du 13 septembre 2021 et du 16 avril 2023).

Au surplus et comme relevé aux termes de l'acte attaqué, la SA A2 reste en défaut de fournir les informations demandées par le pouvoir adjudicateur, à savoir :

- Pour le poste n° 81, la manière de procéder effectivement au tri sélectif, en ce compris le rechargement des sacs, et le matériel utilisé à cet effet ainsi que la démonstration qu'elle prend effectivement et concrètement en compte l'ensemble de la surface à traiter et qu'elle a tenu compte du temps de déplacement entre les échangeurs ;

- Pour le poste n° 82, la démonstration qu'elle prend effectivement et concrètement en compte le temps de déplacements entre les échangeurs ainsi que le placement de la signalisation de déviation, du balisage de fermeture des bretelles, des panneaux de déviation organisant la déviation successives des bretelles et la pose/dépose de la signalisation nécessaire pour les déviations.

La SOFICO rappelle, pour autant que de besoin, qu'il revient au soumissionnaire de démontrer qu'il respectera effectivement l'ensemble des conditions d'exécution du marché.

La SA A2 se contredit par ailleurs dans ses différentes justifications puisqu'elle fait état :

- Pour le poste n° 81, dans un premier temps, d'une durée de 1,86 jours à concurrence de 8 heures/jour, soit 14,88 heures et, dans un second temps, de deux équipes à concurrence de 8 heures, soit 16 heures ;

- Pour le poste n° 82, dans un premier temps, de deux équipes à concurrence de 1,86 jours, soit 14,88 heures, et, dans un second temps, de trois équipes à concurrence de 8 heures, soit 24 h.

En outre, le temps estimé par la SA A2 reste toujours en deçà du temps estimé par la SOFICO (14,88 heures, 16 heures ou 24 heures selon la méthode retenue >< 32 heures estimées dans le cahier spécial des charges) sans que la SA A2 ne démontre effectivement qu'elle tient compte de l'ensemble des exigences du cahier spécial des charges ou que la SOFICO aurait commis une erreur dans son estimation.

La SA A2 soutient encore que la SOFICO n'aurait pas tenu compte de l'ensemble de ses justifications et, notamment, du fait qu'elle exécute plus de quatorze chantiers de fauchage, qu'elle a investi dans l'achat de matériel neuf, qu'elle effectue les opérations demandées pour d'autres postes également le week-end ou pendant les vacances scolaires, que les opérations demandées peuvent être exécutées en même temps que d'autres opérations ou encore qu'elle dispose de matériel technique construit sur-mesure afin d'augmenter ses performances. Force est de constater qu'il s'agit de simples affirmations purement péremptoires et non autrement étayées qui figuraient dans son courrier du 13 septembre 2021, lesquelles ne constituent pas des justifications adéquates, suffisamment précises, concrètes et soigneusement étayées au sens de l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il est donc normal que la SOFICO n'en ait pas tenu compte. Elles ne répondent en toute état de cause, à les supposer adéquates - *quod certe non* – pas aux demandes du pouvoir adjudicateurs telles due formulées dans son courrier du 29 mars 2023.

Enfin, la SA A2 n'avait manifestement pas tenu compte des sursalaires légaux de 50 % le week-end et de 100 % le dimanche puisqu'elle les ajoute aux termes de son courrier du 16 avril 2023 et sollicite ainsi la modification du prix de son

offre. A ce propos, la SOFICO relève que la SA A2 sollicite une révision du prix de son offre pour tenir compte du contexte économique lié à la pandémie de Covid-19 et à la guerre en Ukraine et fait en outre état d'une augmentation de 25 % des salaires pour tenir compte des sursalaires légaux (on passe ainsi de 25 % à 50 % de sursalaire pour le week-end). La SOFICO en a déduit que la SA A2 n'avait pas formé ses prix correctement lors de son offre initiale dès lors que l'augmentation de ses prix repose sur la prise en compte d'éléments que le soumissionnaire n'avait manifestement pas pris en compte lors de la formation de ses prix initiaux (poste n° 81 : un sursalaire de 25 % pour travail le week-end au lieu de 50 ; poste n° 82 : un travail en 3 équipes plutôt que 2), ce qui révèle que les prix initiaux n'avaient pas été formés correctement et confirme donc leur anormalité. La SA A2 ne démontre du reste pas qu'elle respecte les barèmes sociaux en vigueur pour la main d'œuvre.

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

C. Requête en intervention

L'intervenante fait valoir ce qui suit :

« A. Première branche – La SOFICO ne pouvait prendre en compte des seuils de rendements fixés arbitrairement dans le cadre de l'examen des prix potentiellement anormaux de la S.A. A2

Dans cette première branche, en substance, la requérante fait essentiellement grief à la partie adverse d'écarter son offre sur base de rendements déterminés *a posteriori*, et non étayés, ce qui ne permet pas le débat contradictoire que la requérante croit pouvoir tirer de la règlementation.

a) Irrecevabilité de la première branche pour défaut d'intérêt

Comme il le sera exposé sous le littera b) infra, l'offre de la partie requérante a été déclarée irrégulière pour plusieurs raisons que celle-ci ne tente même pas de critiquer.

Par conséquent, la prétendue fixation arbitraire, et a posteriori, de seuils de rendements dans le cadre de l'examen des prix potentiellement anormaux, à la supposer même fondée, quod non, n'a pas porté préjudice à la partie requérante, son offre ayant été déclarée irrégulière sur base d'autres motifs, touchant notamment à l'absence d'intégration des sursalaires légaux dans les prix mentionnés pour les postes 81 et 82.

La violation alléguée à l'appui de la première branche du moyen unique de la requête n'a dès lors pas causé grief à la requérante, ni risqué de lui causer grief.

La première branche est donc irrecevable pour défaut d'intérêt.

b) Des raisons ayant mené à l'écartement de l'offre de A2

Il convient de rappeler que par courrier du 29 mars 2023, la SOFICO a interrogé la requérante à fournir un complément d'informations relatif aux postes 81 et 82.

Pour le poste 81, la requérante devait démontrer qu'elle prévoyait un rendement inférieur à 18.000 m²/h/homme ainsi que les sursalaires légaux (50 % le samedi et 100 % le dimanche) étaient bien prévus dans l'offre.

Pour le poste 82, elle devait démontrer que d'une part, les opérations de signalisation étaient prévues pour une durée supérieure à 32 heures, d'autre part que les opérations de placement de la signalisation de déviations, de balisage de fermetures des bretelles, les panneaux organisant la déviation, ainsi que la pose et la dépose de la signalisation nécessaire pour les déviations étaient prévues dans l'offre et, de troisième part, que les sursalaires légaux (50 % le samedi et 100 % le dimanche) étaient bien prévus dans l'offre.

A la suite de l'examen des justifications apportées par la requérante, la SOFICO a constaté que :

#

0 Pour le poste 81

- o Aucune information n'est donnée sur les temps de déplacements entre les échangeurs, la prise en compte de l'entièreté de la surface à traiter, le travail de tri sélectif ;
- o La justification ne prend pas en compte les sursalaires légaux ;
- o L'intégrations des coûts liés au tri sélectif n'est pas justifiée ;
- o Les barèmes et charges ainsi que les coûts réels ne sont pas précisés.

#

- Pour le poste 82
- o Aucune information n'est donnée sur les demandes d'informations quant au temps de déplacement, au placement de la signalisation, au placement du balisage de fermetures des bretelles, aux panneaux de déviation, à la pose et dépose de la signalisation ;
- o La requérante prévoit un nouveau prix comprenant une nouvelle équipe de signalisation ;
- o La justification ne prend pas en compte les sursalaires légaux ;
- o Les barèmes et charges ainsi que les coûts réels ne sont pas précisés ;
- o La durée prévue est bien inférieure aux 32 heures préconisées

Pour les deux postes, la SOFICO relève que "l'entreprise A2 se borne à fonder sa justification sur son expérience et par conséquent ne répond pas à la demande explicite de l'Administration".

La partie requérante ne conteste pas cette assertion dans la requête qu'elle a déposée.

Il se déduit de ce qui précède que l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière parce que les justifications apportées par celle-ci ne répondaient pas aux demandes expresses de la SOFICO et n'étaient pas suffisamment précises.

En outre, la requérante s'est manifestement abstenue de justifier le respect de la législation sociale par la prise en compte, dans le montant des postes concernés, des sursalaires légaux imposés pour les prestations du samedi et du dimanche.

Par conséquent, la question des rendements n'est qu'une question accessoire dans l'appréciation de la normalité des prix de A2.

A supposer même que les rendements préconisés par la partie adverse puissent être contestés, quod non comme il le sera démontré infra, les prix proposés par la requérante pour les postes 81 et 82 n'en seraient pas pour autant justifiés.

En s'abstenant d'apporter des justifications précises et concrètes aux demandes formulées par la SOFICO, la requérante n'a pu lever le soupçon d'anormalité apparu initialement, de sorte que c'est à bon droit que la partie adverse a rejeté les justifications apportées par la requérante.

c) Considérations générales

Votre Conseil a rappelé de manière répétée et permanente le rôle qui était le sien lors du contrôle de la décision d'une autorité administrative suite à l'examen des justifications apportées par un soumissionnaire en cas de suspicion de prix anormalement bas.

" Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, 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".

Le Conseil d'Etat est donc compétent pour vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité.

Ces éléments doivent être mentionnés dans la décision en vertu de l'obligation de motivation qui incombe aux autorités administratives de manière générale, et aux pouvoirs adjudicateurs de manière plus particulière.

Outre la vérification de la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, la juridiction de recours a la compétence de censurer les erreurs manifestes d'appréciation.

Au sujet de celle-ci, il a été récemment décidé :

" Il ne revient pas au Conseil d'État de se prononcer sur le caractère « réaliste » des engagements d'un soumissionnaire, mais uniquement d'apprécier si le pouvoir adjudicateur n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant une offre reposant sur des éléments qui ne concordent pas avec la réalité. À cette fin, il ne lui appartient pas d'arbitrer des querelles d'experts. Par ailleurs, il convient de rappeler que, si, dans le contentieux des marchés publics et des concessions, une demande de suspension ne peut être introduite que selon la procédure d'extrême urgence, c'est parce que le législateur, soucieux de maintenir un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public, a voulu que cette procédure ait pour objet de 'trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs' (Doc parl., Ch.., sess. 2009-2010, n° 52, 2276/01, p. 31). En l'espèce, dans le cadre d'un examen en référé d'extrême urgence, le Conseil d'État ne peut que constater, *prima facie*, que les requérantes échouent à démontrer que la partie adverse aurait commis une telle erreur en ne considérant pas que l'offre de Swim Team Blocry 2.0 était irrégulière. »

Il ressort donc de cette jurisprudence que la nécessité de sauvegarde de continuité du service public ne trouve exception qu'en présence d'irrégularités manifestes qui ne souffrent d'aucune discussion.

En outre, il convient de rappeler que l'erreur manifeste d'appréciation dont pourrait éventuellement se prévaloir la partie requérante ne pourrait être qu'une erreur manifeste d'appréciation des justifications apportées en réponse à la suspicion de prix anormaux.

En l'espèce, la partie requérante fait grief à la partie adverse de ne pas avoir pris en considération les éléments énoncés dans la justification, à savoir :
- L'expérience de A2 sur plus de 14 chantiers dans le Hainaut ;
- L'achat de matériel neuf ;

- Le fait que les opérations demandées pour les postes 45, 46, 81, 81, 159 et 160 s'effectuent le week-end, ce qui réduirait les problèmes liés à la gestion du trafic automobile ;
- Le fait que les opérations demandées pour les postes 45, 46, 81, 82, 159 et 160 peuvent être exécutées en même temps que d'autres opérations ;
- Le matériel technique de la requérante, construit sur mesure.

En formulant de manière aussi vague ces divers éléments, sans indiquer de manière précise l'incidence que ceux-ci ont eu directement et précisément sur les prix à justifier, la partie requérante ne répond pas à son obligation de justification telle que définie à l'article 36 de l'arrêté royal passation dans les secteurs classiques.

C'est donc à bon droit que la partie adverse ne les a pas retenus :

" S'il n'est pas invraisemblable que les éléments de justification du prix global tenant à la proximité de l'entreprise et à la circonstance que des installations de production font 'partiellement ou totalement' partie du groupement puissent être de nature à réduire certains frais, il n'en demeure pas moins que la seule allégation de ces éléments, qui ne se traduit en chiffres ni dans la motivation ni d'une manière spécifique dans les pièces du dossier, paraît insuffisante pour justifier la normalité du prix global".

On peut par ailleurs constater que dans sa requête, la partie n'émet aucune contestation quant aux raisons ayant conduit la partie adverse à rejeter les justifications apportées.

d) Des rendements évoqués dans le courrier du 29 mars 2023

Le préambule du courrier du 29 mars 2023, par lequel la SOFICO a sollicité un complément de justifications des prix pour les postes 81 et 82 est libellé comme suit :

" A l'examen (de vos précédentes justifications), un complément de justifications des prix que vous avez remis pour les postes 81 et 82 vous est demandé.
Par ailleurs, l'article 36, §3, alinéa 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques indique que si, dans le cadre de l'évaluation, le pouvoir adjudicateur peut également tenir compte d'informations qui ne proviennent pas du soumissionnaire, ces doivent lui être soumises ainsi qu'aux autres soumissionnaires, afin de lui permettre d'y réagir.
Partant, nous vous soumettons les données reprises ci-dessous afin de vous permettre d'y réagir. Pour plus de clarté, celles-ci sont mises en évidence en caractère gras et soulignées".

Au point 40 de sa requête, A2 estime que la SOFICO fixe des seuils de rendement sans pièces à l'appui permettant de les comprendre.

Or, l'annexe D7 du cahier spécial des charges établit explicitement, pour le tronçon relatif aux postes 81 et 82 :

" Tronçon CH :
Longueur totale de l'échangeur d'Heppignies : 4 490 m
Longueur totale de l'échangeur de Thiméon : 4 061 m
Longueur totale de l'échangeur de Gouy : 2 303 m
Longueur totale de l'échangeur de Marcinelle : 5 132 m
Longueur totale de l'échangeur de Fontaine l'évêque : 7 166 m
Surface totale des 5 échangeurs : +/- 573 880 m²
Fréquence : 24x/an

Délai d'exécution estimé par campagne (en heures) : 32".

Il est dès lors assez aisé de comprendre les rendements renseignés dans le courrier du 29 mars.

L'exécution des postes 81 et 82 est étroitement liée puisque le poste 82 est relatif à la signalisation des fermetures et déviations nécessaires à l'exécution du poste 81, relatif au ramassage sélectif des déchets dans les bretelles et échangeurs concernés.

Pour le poste 81, l'annexe D du cahier spécial des charges renseigne 573.880 m² à exécuter en 32 heures, soit 17.933,75 m²/heure/homme, arrondis à 18.000.

Ces données étaient à disposition des soumissionnaires lors de la rédaction de leur offre, puisque présentes dans le cahier spécial des charges.

Elles sont en outre soumises à contradiction puisque la SOFICO invite expressément les soumissionnaires, dans son courrier du 29 mars 2023, à réagir à ce qu'elle estime être des rendements réalistes.

Par conséquent les griefs formulés par la partie requérante manquent en fait puisque :

- Les rendements n'ont pas été fixés *a posteriori* ;
- Les rendements escomptés étaient connus par les soumissionnaires lors de l'établissement de leur offre, de sorte que la structure de leur prix a dû être établie en fonction de ces données ;
- Ces rendements sont soumis à contradiction puisque la SOFICO invite les soumissionnaires à y réagir.

A l'égard de ce dernier point, on ne peut que s'étonner que la partie requérante, puisqu'elle avait connaissance des données communiquées par la SOFICO lors de l'établissement de son offre, n'ait pas critiqué ces rendements escomptés dont elle n'a manifestement pas tenu compte lorsqu'elle a établi son prix pour les postes 81 et 82.

Contrairement à ce que prétend la partie requérante au point 44 de sa requête, la SOFICO n'érige pas en critère de régularité des informations chiffrées données dans une annexe, elle soumet, en application de l'article 36, §3 de l'A.R. du 18 avril 2017, les données sur lesquelles elle envisage de se baser pour apprécier la normalité d'un prix, tout en laissant l'opportunité au soumissionnaire concerné d'y réagir s'il le souhaite.

En se privant de la faculté qui lui était laissée de démontrer de manière concrète et précise qu'elle pouvait exécuter les postes concernés sur base d'autres rendements que ceux prévus par le pouvoir adjudicateur dans le cahier spécial des charges, la partie requérante n'est maintenant plus recevable à critiquer lesdits rendements dans le cadre de la présente procédure.

Au demeurant, il a été démontré supra que la question de la normalité des prix de la partie requérante pour les postes 81 et 82 n'était pas tant une question de rendement qu'une question de prise en considération de tous les éléments nécessaires pour la parfaite exécution desdits postes conformément aux prescriptions du cahier spécial des charges, en ce compris les sursalaires légaux pour les prestations effectuées le week-end, et qu'une absence de justification concrète et précise.

La branche du moyen n'est pas sérieuse ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

En sa première branche, le moyen unique reproche la prise en considération – par la partie adverse – de seuils (de rendement, pour le poste 81, et de durée, pour le poste 82) qui, selon la requérante, auraient été « fixés arbitrairement et *a posteriori* dans le cadre de l'examen des prix potentiellement anormaux de la SA A2 ».

La motivation de l'acte attaqué, en tant que celui-ci décide de déclarer irrégulière l'offre de la requérante en raison de l'anormalité de certains de ses prix unitaires, repose formellement sur trois ordres de considérations, à savoir, *primo*, que la requérante subordonnerait la prolongation du délai de validité de son offre (alors expiré) à une modification des prix unitaires initialement offerts pour les postes 81 et 82, qui – selon elle – serait imposée par le contexte économique, alors que – selon la partie adverse – cette modification attesterait une « mauvaise formation des prix initiaux » ; *secundo*, que le rendement annoncé pour le poste 81 et la durée estimée pour le poste 82 sont irréalistes ; *tertio*, que les justifications apportées par la requérante en réponse à la demande que lui avait adressée la partie adverse le 29 mars 2023 sont lacunaires.

Le libellé de l'acte attaqué n'est cependant pas dépourvu de toute confusion entre les trois ordres de considérations mis en évidence, de sorte qu'il ne peut être établi à sa lecture qu'à chacun de ces trois ordres de considération correspondrait un motif distinct et suffisant à justifier la décision de déclarer irrégulière l'offre de la requérante en raison de l'anormalité de certains de ses prix unitaires. En effet,

- d'une part, il n'est pas établi avec suffisamment de certitude, à la lecture des termes de l'acte attaqué, si la modification, revendiquée par la requérante, des prix unitaires initialement proposés pour les postes 81 et 82 a simplement été laissée sans suite par la partie adverse (en application de l'article 89 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, comme le laisse entendre la motivation de l'acte attaqué) ou si elle a été retenue comme attestant à suffisance l'anormalité des prix unitaires initialement proposés pour les postes concernés ;
- d'autre part, la lecture de la motivation de l'acte attaqué ne permet pas davantage d'établir à suffisance si le grief relatif au caractère lacunaire des justifications apportées par la requérante est autonome ou s'il se confond avec celui de l'incompatibilité avec les rendement et durée pris en considération par la partie adverse.

Dans ces circonstances, c'est la réunion des trois ordres de considérations ainsi identifiés qui paraît fonder la décision de l'acte attaqué par laquelle la partie adverse déclare irrégulière l'offre de la requérante en raison de l'anormalité de certains prix unitaires.

C'est le deuxième ordre de considérations qui, en substance, est critiqué par la première branche du moyen unique, la requérante faisant grief à la partie adverse d'avoir considéré comme anormaux les prix qu'elle a proposés pour les postes 81 et 82, sur la base d'un seuil de rendement et d'une durée fixés arbitrairement et *a posteriori* dans le cadre de l'examen des prix de la requérante.

Sans doute doit-il être relevé, à la suite de la partie adverse, que les données sur lesquelles celle-ci déclare avoir pris appui pour identifier un seuil de rendement et une durée au regard desquels ont été jugés anormaux les prix proposés par la requérante pour les postes 81 et 82, figuraient bien dans les documents du marché, de sorte qu'elles n'ont pas été – en tant que telles – fixées *a posteriori*. Il n'en demeure pas moins que la portée et le caractère qui ont été finalement reconnus à ces données dans le cadre et pour les besoins de la procédure de vérification des prix unitaires concernés n'avaient nullement été annoncés comme tels dans les documents du marché, la partie adverse n'ayant, d'une part, pas laissé entendre qu'un rendement supérieur à celui qui était calculé à l'aide des données annoncées devait être tenu pour irréaliste pour le poste 81 et, d'autre part, pas fait apparaître que la durée d'exécution pour les prestations sur lesquelles porte le poste 82 devait être tenue pour contraignante, alors qu'elle était présentée comme simplement estimée ; pour cette raison, l'intervenante ne peut sérieusement se déclarer étonnée de ce que la requérante, qui avait connaissance de données communiquées dans les documents du marché, n'a pas critiqué – lors de l'établissement de son offre – deux seuils dont elle ne pouvait alors deviner les caractères et portées respectifs. De même, il ne ressortait pas clairement des documents du marché que les soumissionnaires seraient, en cas d'invitation à justifier leurs prix, obligés d'établir que ceux-ci étaient proposés dans le respect de seuils fixés tant pour un rendement (poste 81) que pour une durée (poste 82). Or, c'est bien au respect d'une telle obligation que la partie adverse a semblé avoir égard, comme le comprend du reste l'intervenante, selon ce que celle-ci expose sous le titre V.A.b) de sa requête en mentionnant ce que la requérante « devait démontrer ». En ce sens, il doit, *prima facie*, être admis – à la suite de la requérante – que les seuils auxquels s'attachent les effets retenus par la partie adverse au soutien de la décision contestée semblent bien avoir été fixés *a posteriori*.

Au vu de ces constatations, comme le fait valoir la requérante et ainsi qu'un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, la partie adverse

paraît, *prima facie*, avoir modifié la portée des prescriptions du marché en considérant – fût-ce sur la base de données initialement annoncées – qu'un écart du rendement, à la hausse (pour le poste 81), ou de la durée, à la baisse (pour le poste 82), au regard des seuils pris en considération, attestait nécessairement l'anormalité des prix proposés. Cette modification méconnaît le principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que le principe de transparence consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, dès lors qu'il apparaît – à la suite de la procédure de vérification des prix – que tous les soumissionnaires n'avaient pas été mis en mesure d'élaborer leurs prix en connaissance des conditions du marché, telles que les a finalement entendues et appliquées la partie adverse.

Dans ces circonstances, le grief formulé à l'encontre de la prise en considération des rendement et durée retenus par la partie adverse doit être considéré comme sérieux.

Compte tenu de ce que c'est de la combinaison des trois ordres de considérations précédemment rappelés que paraît, *prima facie*, procéder la décision attaquée, il est vain, pour la partie adverse, de se prévaloir du caractère lacunaire des justifications de prix apportées par la requérante, notamment en ce qui concerne les précisions qu'il lui avait été spécialement demandé d'apporter. Pour cette même raison, ne peut être accueillie l'exception d'irrecevabilité opposée à la première branche du moyen par l'intervenante, lorsque celle-ci tire argument de ce que l'offre de la requérante aurait été déclarée irrégulière pour plusieurs raisons qu'elle ne tenterait pas de critiquer.

Les développements qui précèdent imposent de conclure que le moyen est sérieux en sa première branche.

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'emporterait sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre (si celle-ci est versée au dossier administratif), ainsi que des justifications de prix qu'elle a apportées sur invitation de la partie adverse. Ces justifications sont contenues aux pièces 5 et 18 du dossier de la requérante.

L’intervenante sollicite également que soit maintenue la confidentialité de son offre, qu’elle ne dépose toutefois pas. Cette demande se comprend dans l’éventualité où l’offre est déposée par la partie adverse.

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces A à I du dossier administratif. Parmi celles-ci, figurent les offres de la requérante (pièce E) et de l’intervenante (pièce F).

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 adoptée le 20 juin 2023 par la SOFICO par laquelle le marché public de services régi par le Cahier spécial des charges (référence : SOFICO-21-1036) ayant pour objet « MI62 bail de brossage, curage, propreté, d’entretien des espaces verts autoroutier » est attribué à SA Krinkels est ordonnée.

Article 3.

L’exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 5 et 18 du dossier de la requérante, ainsi qu’A à I 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 des vacations siégeant en référé, le 27 juillet 2023 par :

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

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	David De Roy