

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

n° 257.390 du 21 septembre 2023

A. 239.911/VI-22.634

En cause : **la société anonyme KRINKELS,**
ayant élu domicile chez
M^e Olivier ESCHWEILER, avocat,
rue de Mery 42
4130 Esneux,

contre :

BRUXELLES ENVIRONNEMENT,
ayant élu domicile chez
M^e Charles-Henri de la VALLÉE POUSSIN, avocat,
place Eugène Flagey 7
1050 Bruxelles,

Requérante en intervention :

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le lundi 28 août 2023, la société anonyme Krinkels demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise le 14 juillet 2023, et dont des extraits ont été communiqués par courrier daté du 8 août 2023, mais adressé le 11 août 2023, de considérer l'offre de la requérante comme irrégulière et d'attribuer le lot 1 du marché ayant pour objet "Entretien des espaces verts – zone ouest à la société EUROGREEN" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 29 août 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 septembre 2023.

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

Par une requête introduite le 11 septembre 2023, la société anonyme Eurogreen demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Valentine De Dobbeleer, *loco* M^e Olivier Eschweiler, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Charles-Henri de la Vallée Poussin, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Lionel-Albert Baum, 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. Faits utiles à l'examen de la demande

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

- « 1. La présente procédure concerne un marché public de services intitulé "ENTRETIEN DES ESPACES VERTS – ZONE OUEST – 2 lots". Le marché est donc divisé en deux lots :
- Lot 1 : "Parc Elisabeth – Basilique (et ses 3 reconductions)" ;
 - Lot 2 : "Peupleraie Nestor Martin – PV Zavelemberg (et ses 3 reconductions)".

L'objet de la requête est limité au lot 1.

2. Le 23 janvier 2023, un avis de marché est publié au Bulletin des Adjudications, sous la référence 2023-502678 (pièce 3).

Le 27 janvier 2023, l'avis est publié au Journal officiel de l'Union européenne (pièce 4).

Des avis rectificatifs seront également publiés le 1er février 2023 et le 17 février 2023 (pièces 6 et 7).

3. Le marché est régi par un cahier spécial des charges (ci-après "CSC") portant la référence "2022G0308" (pièce 5).

Pour chacun des lots, l'unique critère d'attribution est le prix.

4. La date limite de réception des offres était fixée au 1^{er} mars 2023.

Selon le PV d'ouverture (pièce 8), 5 opérateurs économiques ont remis offre (pièces 9 à 16) dont la requérante (pièce 9) qui a remis offre pour les deux lots.

5. Dans le cadre de l'analyse des offres, la partie adverse a procédé – comme il se doit – à la vérification des prix, conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après, "AR passation").

Dans ce cadre, elle a invité plusieurs soumissionnaires à justifier le prix global de leur offre et/ou le prix d'un ou plusieurs postes de leur inventaire. Il s'agissait plus précisément des soumissionnaires A2-ABOG (pièces 20 et 21), Eurogreen (pièce 22) et de la requérante (pièce 23).

La requérante a donné suite à la demande de justification qui lui était adressée par un courrier daté du 9 mai 2023 (pièce 24).

6. Le 13 juin 2023, la partie adverse a établi le rapport d'examen des offres (pièce 27).

La partie de ce rapport relative à la vérification des prix est rédigée de la façon suivante en ce qu'elle concerne la requérante et son offre pour le lot 1 :

“ Le soumissionnaire a envoyé sa justifications de prix le 9 mai 2023 soit dans les délais impartis.

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 le dossier administratif du pouvoir adjudicateur et ne seront pas divulgués ici pour des raisons relatives au secret d'affaires notamment.

Le coût d'un jardinier, d'un élagueur et d'un maçon, est justifié par un tableau reprenant le coût social par heure travaillée avec des frais supplémentaires comme les vêtements, médecin de travail, l'assurance, autres charges et avantages avec une marge de bénéfice.

Le coût du matériel est justifié, dans un tableau, par le prix d'achat, d'entretien, de réparation, d'assurance et de consommation, ainsi que la marge bénéficiaire.

Le coût du petit matériel est mentionné par un coût forfaitaire.

Dans sa justification, le soumissionnaire justifie l'ensemble de l'offre total par le coût total des matériels et déchets, des coûts des ouvriers, des coûts des machines.

Le soumissionnaire a joint le contrat d'accord cadre avec De Bree Solution (boues) pour la gestion des déchets, avec Renewi (déchet verts). Les offres de prix pour les fournitures (en détaillant le prix, le transport et l'énergie de production) avec FransAgro (gravier de lave), Van Nieuwpoort (dolomie) et Disaghor-Dockx.

Les prix unitaires sont justifiés comme suit :

0.1.2.1. Entretien des surfaces en dolomie : opération régulière

Q.P. 24.071 m²

Q.P.T. 264.781 m²

Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante :

- le coût de la main d'œuvre pour quatre jardiniers avec des outils à moteur ;
- le coût de déplacement avec une camionnette sans chauffeur et remorque.

Le rendement proposé est de 32.750m²/j

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. Le rendement estimé de 32.750m²/j pour quatre jardiniers est acceptable.

De ce fait la justification de prix est acceptée.

0.1.2.2.2. Fourniture et mise en œuvre de dolomie

Q.P. 24.071 m²

Q.P.T. 24.071 m²

Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante :

- le coût de fourniture avec livraison : la dolomie 0/6 ;
- le coût de la main d'œuvre pour trois jardiniers avec des outils à moteur ;
- le coût du matériel et de déplacement : camionnette sans chauffeur, camion avec charge de 10 à 15t avec chauffeur, dumper et remorque.

Un rendement proposé à 4.250m²/j.

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. Le rendement de 4.250m² pour trois jardiniers est acceptable.

De ce fait la justification de prix est acceptée.

0.1.12.1. Vidange et nettoyage manuel des avaloirs

Q.P. 319 pc

Q.P.T. 3.828 pc

Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante :

- le coût de traitement des déchets : enfouissement des boues ;
- le coût de la main d'œuvre pour cinq jardiniers avec des outils ;
- le coût de déplacement : camionnette sans chauffeur, camion avec charge de 10 à 15t avec chauffeur, remorque.

Un rendement d'équipe proposé à 800pc.

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. Le rendement de 20pc/h par jardinier est acceptable.

De ce fait la justification de prix est acceptée.

0.3.6.4. Tonte sans bac récolteur

Q.P. 42.000 m²

Q.P.T. 1.050.000m²

Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante :

- coût de la main d'œuvre d'un jardinier avec outils à moteur ;
- coût du matériel : deux tondeuses à mulching ;
- coût de déplacement avec une camionnette sans chauffeur, une remorque, un camion.

Un rendement proposé de 120.000 m²/j.

Le rendement estimé à 120.000 m²/j pour un jardinier n'est pas réaliste. En effet, 120.000 m² / j équivaldrait environ à 11 terrains de football, ce qui apparaît manifestement déraisonnable et disproportionné pour le travail d'un homme sur une journée. De ce fait, le pouvoir adjudicateur craint légitimement que le prix ainsi proposé pour ce poste ne permette pas la réalisation du travail corrélatif conformément aux prescriptions techniques de ce marché. Nonobstant la circonstance que les explications sur les différents coûts soient complètes, il manque le coût d'un deuxième jardinier

Au regard des éléments relevés ci-avant, la justification ne peut pas être acceptée pour ce poste, le prix demeurant dès lors anormal.

0.4.1.2. Taille des haies : 3 fois par an

Q.P. 8.870 m²

Q.P.T. 26.610 m²

Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante :

- coût de la main d'œuvre de cinq jardiniers avec outils à moteur à 32 €/h ;
- coût du matériel : un taille-haies ;
- cout de déplacement avec une camionnette sans chauffeur, une remorque, un camion.

Un rendement proposé de 3.500 m²/j.

Le soumissionnaire précise que le résultat de la taille est réutilisé comme paillis sur d'autres chantiers.

Le rendement est accepté cependant pour cinq jardiniers il aurait fallu proposer minimum trois taille-haies et non un ainsi le prix par m² aurait été de 0,55€.

De ce fait, la justification ne peut pas être acceptée.

0.9.2. Ramassage des feuilles et des déchets

Q.P. 177.100 m²

Q.P.T. 1.062.600 m²

Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante :

- coût de la main d'œuvre de cinq jardiniers avec outils à moteur ;
- coût du matériel : deux tondeuses avec ramassage ;
- cout de déplacement avec une camionnette sans chauffeur, une remorque, un camion ;
- coût de traitement de déchet avec un estimatif de 212,52t.

Le rendement proposé est de 180.000 m²/j.

Le rendement de 180.000m²/j est réaliste avec la main d'œuvre et les tondeuses proposés. De ce fait, la justification est acceptée.

Conclusion : Fort de l'analyse sur les prix unitaires pour 6 postes, considérant que deux postes ont été rejetés nous considérons que les justifications ne sont pas acceptables et l'offre de Krinkels est écartée”.

En conclusion, le rapport d'analyse des offres préconisait d'écarter l'offre de la requérante pour le lot 1 et d'attribuer ce lot à la société Eurogreen.

7. Par une décision datée du 29 juin 2023 mais signée le 14 juillet (pièce 28), l'organe compétent, approuvant le rapport d'examen des offres et le faisant sien, a décidé, notamment, d'écarter l'offre de la requérante et d'attribuer le lot 1 du marché à la société Eurogreen.

Il s'agit de l'acte attaqué.

8. Par un courrier recommandé à la poste le 11 aout 2023 et un e-mail du même jour, la partie adverse a communiqué à la requérante les motifs du rejet de son offre, extraits de la décision d'attribution du marché (pièce 33).

IV. Intervention

Par une requête introduite le 11 septembre 2023, la SA Eurogreen demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du lot 1 du marché, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de son article 84, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de son article

36, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, notamment de son article 4, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, des principes de bonne administration, notamment du devoir de minutie, et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une première branche, la requérante reproche à la décision attaquée de ne pas se prononcer sur le caractère négligeable des deux postes pour lesquels elle considère que les prix sont anormaux, alors qu'une offre ne peut être écartée en raison du caractère anormal du prix d'un ou plusieurs postes que si ce ou ces postes présentent un caractère non négligeable. Elle explique ce qui suit :

« En s'abstenant de prendre position sur le caractère négligeable ou non des postes concernés, la partie adverse viole l'article 36, puisqu'elle écarte l'offre de la requérante au motif que son offre présenterait des prix unitaires anormaux, alors que l'arrêté royal précise expressément que l'offre ne peut être écartée que si cette anomalie est constatée pour des postes non négligeables. Une des deux conditions prévues par le Roi n'est donc pas prise en considération. La partie adverse viole également son obligation de motivation, découlant des dispositions visées au moyen, puisqu'elle ne fait pas reposer sa décision sur des motifs adéquats et pertinents ».

À l'audience, la requérante déclare, quant à la première branche du moyen, qu'il ne ressort en tout cas pas des motifs qui lui ont été communiqués que la partie adverse se serait prononcée sur le caractère (non) négligeable des deux postes litigieux et que le seuil de 2% dont fait état la partie adverse dans sa note d'observations n'a pas été porté à sa connaissance avant l'introduction de son recours. Elle en déduit que la partie adverse a, à tout le moins, violé son devoir de motivation formelle.

B. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la requérante répond, quant à la première branche du moyen unique, qu'il est inexact d'affirmer qu'un poste négligeable affecté d'un prix anormal ne peut jamais entraîner l'écartement de l'offre. Selon elle, il suit de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques que le pouvoir adjudicateur peut demander des justifications de prix de postes négligeables, ce qui implique le droit de vérifier celles-ci, de les juger, le cas échéant, incomplètes et/ou insuffisantes et d'écarter l'offre concernée, ce que confirme d'ailleurs le commentaire de l'article 36 contenu dans le rapport au Roi. Ainsi, selon elle, si l'offre doit être rejetée dans deux hypothèses – « en raison du caractère anormal du montant total de l'offre et/ou en raison du caractère anormal d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) » – il

existe d'autres hypothèses où elle peut être rejetée, lorsque le pouvoir adjudicateur est confronté au caractère anormal d'un ou de plusieurs poste(s) négligeable(s). Elle déduit de ces éléments ce qui suit :

« [...] contrairement à ce qu'affirme la requérante, le pouvoir adjudicateur n'a pas, en toute hypothèse, l'interdiction d'écarter une offre sur la base d'un poste négligeable affecté d'un prix anormal. Dans un tel contexte, le fait de se prononcer sur le caractère négligeable ou non d'un poste affecté d'un prix anormal – et de le juger non négligeable – n'est pas, comme le soutient la requérante, une condition préalable *sine qua non* à l'écartement de l'offre sur la base du poste concerné. »

La partie adverse ajoute qu'elle a pu juger les deux postes litigieux comme étant non négligeables sans que cela apparaisse explicitement dans l'acte attaqué. Elle affirme qu'elle a mené cette analyse, mais qu'aucune norme ne lui imposait d'en faire état dans sa décision. Elle explique avoir, en l'occurrence, fixé à 2% le seuil au-dessus duquel elle considérerait un poste comme non négligeable tandis que « les postes litigieux se situaient largement au-dessus de ce seuil ».

La partie adverse estime qu'en toute hypothèse, la requérante n'a pas intérêt au moyen. Elle fait valoir, à ce sujet, ce qui suit :

« [...] Il est surprenant que, dans sa requête, la requérante n'avance pas même un commencement de démonstration destiné à établir qu'en l'espèce, les postes 0.3.6.4 et 0.4.1.2 auraient raisonnablement pu ou dû être considérés comme négligeables et qu'elle possède donc un intérêt à critiquer le fait que, selon elle, la partie adverse n'ait pas examiné la question. Et pour cause, cette démonstration est impossible à fournir, car les postes 0.3.6.4 et 0.4.1.2 sont incontestablement non négligeables.

[...] En effet, il résulte de la jurisprudence construite au fil des années que le seuil en dessous duquel le prix d'un poste peut être considéré comme négligeable est, en toute hypothèse, très faible.

Dans un arrêt du 14 août 2019, le Conseil d'État a validé le fait qu'un poste puisse être jugé négligeable en dessous d'un seuil fixé à 1% et 2,2% du montant total du marché. Dans un arrêt du 8 février 2023, le Conseil d'État a considéré qu'un adjudicateur avait raisonnablement pu considérer comme non négligeables des postes dont le montant représentait, respectivement, 1,44% et 2,52% du montant total du marché.

[...] En l'espèce, les postes 0.3.6.4 et 0.4.1.2 représentaient systématiquement un pourcentage important du montant total de chaque offre, tel que cela ressort des différentes offres reçues et du document d'analyse des prix contenu dans le dossier administratif (pièce 37, voir, pour chaque soumissionnaire, la colonne « %1 » au regard du poste concerné, dans l'onglet « Calcul des soumissions »).

En effet, sur toutes les offres reçues, le pourcentage moyen de ce que représente le poste 0.3.6.4 par rapport au montant total de l'offre correspondante est de 7,89%. Pour ce qui concerne le poste 0.4.1.2, cette moyenne est de 5,65%. De tels pourcentages se situent largement au-dessus de ce qui peut être raisonnablement considéré comme un poste négligeable.

Il résulte de ce qui précède que les deux postes litigieux ne pouvaient en aucun cas être jugés négligeables. Il en résulte également que la première branche du moyen unique repose en réalité sur une argumentation exclusivement formaliste qui invoque une violation théorique des règles relatives aux postes négligeables.

Ceci a comme conséquence que la requérante n'a, en toute hypothèse, pas intérêt à la première branche de son moyen, dès lors que les illégalités qu'elle y invoque – à les supposer fondées, *quod non* – n'ont pu exercer aucune influence sur le sens de la décision adoptée. »

A l'audience, la partie adverse relève, quant à la première branche du moyen, que le rapport d'examen des offres – auquel renvoie la décision attaquée – fait bien référence au seuil de 2 % évoqué dans sa note d'observations. Elle reconnaît que cet extrait du rapport n'a pas été communiqué à la requérante, mais que le courrier de notification contient bien les raisons qui ont justifié l'écartement de son offre. Elle explique qu'elle ne reproche pas à la requérante de ne pas avoir contesté, dans sa requête, ce seuil de 2 %, dont elle ignorait alors l'existence. Elle constate toutefois qu'après en avoir pris connaissance (à la lecture de la note d'observations), la requérante n'élève aucune critique de fond quant à celui-ci, se limitant à soulever des griefs de pure forme à cet endroit. Elle répète que le rapport d'examen des offres – auquel renvoie la décision attaquée – se prononce bien sur le caractère non négligeable des deux postes litigieux et estime qu'elle ne devait pas motiver davantage le seuil de 2 % devant servir à identifier les postes non négligeables.

C. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante formule, dans sa requête, quant à la première branche du moyen unique, les observations suivantes :

« [...] [L]a partie adverse a démontré le caractère erroné de la prémisse du raisonnement de la requérante. En effet, si la législation précise que le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé d'interpeller un soumissionnaire en présence de prix anormaux concernant des postes négligeables, rien ne le lui interdit. Au contraire, une accumulation de prix anormaux concernant des postes négligeables peut aboutir à considérer une offre irrégulière. De même, un pouvoir adjudicateur pourrait toujours solliciter des justifications pour des prix anormaux concernant des postes négligeables.

Il n'y a donc aucune interdiction de solliciter des justifications de postes négligeables.

On peut ajouter que si un soumissionnaire interrogé estime que les postes pour lesquels des justifications sont demandées sont négligeables pris individuellement ou ensemble, il lui appartient de formuler ses observations à ce sujet dans sa justification, ce que la requérante n'a pas fait en l'espèce. À aucun moment, elle n'a critiqué l'interpellation qui lui était faite de justifier plusieurs postes en son fondement.

[...] Par ailleurs, en l'espèce, les postes litigieux ne sont pas négligeables et ont un impact sur le prix total de l'offre. Comme l'indique la partie adverse, le poste 0.3.6.4 correspond à un 7,89 % de l'offre de la requérante, ce qui est manifestement non-négligeable. Pour la parfaite information de Votre Conseil, ce poste représente 6 % du montant total de l'offre de l'intervenante. De même, le poste 0.4.1.2 représente 5,65 % du montant total de l'offre de la requérante et 5 % de l'offre de l'intervenante.

Il ne s'agit pas de poste non négligeable et la requérante le sait dès lors qu'elle ne tente même pas de le soutenir et ne l'a jamais soutenu.

Compte tenu de l'évidence de ce caractère non négligeable, une motivation renforcée n'était pas requise. Il ressort à suffisance du dossier que ces postes ne sont pas négligeables et devaient faire l'objet d'une vérification approfondie et pouvaient entraîner l'irrégularité de l'offre déposée.

La requérante ne démontre donc pas avoir intérêt à ce moyen, à défaut de démontrer d'une part qu'il s'agirait de postes négligeables et, d'autre part, que l'illégalité soulevée ait eu une influence sur le sens de la décision adoptée.

En tout état de cause, le moyen n'est pas sérieux, la motivation étant suffisante et adéquate au vu du caractère manifestement non négligeable des postes litigieux. »

À l'audience, la partie intervenante ajoute, quant à la première branche du moyen, que le rapport d'examen des offres identifie bien les postes pour lesquels les soumissionnaires doivent être interrogés et répète que la requérante ne conteste pas que les deux postes litigieux ne sont pas négligeables.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 36, §§ 1^{er} à 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme il suit :

« § 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 [...]

§ 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 [...]

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 rapport au Roi joint à l'arrêté royal du 18 avril 2017 apporte à ce sujet les précisions suivantes :

« De plus, l'alinéa 5 du paragraphe 2 prévoit expressément que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter formellement à fournir des justifications concernant les prix pour des postes d'une importance négligeable. Il peut en effet être présumé que ceux-ci n'auront aucune influence, en raison de leur caractère négligeable. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur procéderait malgré tout à un examen des prix des postes négligeables dans le cadre de marchés qui contiennent par exemple plusieurs prix considérés comme anormaux et qu'il apparaîtrait que les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité, l'offre pourrait toujours être considérée comme régulière. En effet, il est clarifié au paragraphe 3 que l'offre doit uniquement être rejetée dans deux hypothèses : en raison du caractère anormal du montant total de l'offre et/ou en raison du caractère anormal d'un ou plusieurs poste(s) non négligeable(s). Il n'a pas été donné suite à la remarque du Conseil d'État d'insérer des exemples pratiques dans le rapport au Roi. Le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné ».

L'article 76, §§ 1^{er} à 3, de l'arrêté royal précité dispose comme il suit :

« § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres.
L'offre peut être affectée d'une irrégularité substantielle ou non substantielle. Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.
Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :
1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;
2° le non-respect des exigences visées aux articles 38, 42, 43, § 1^{er}, 44, 48, § 2, alinéa 1^{er}, 54, § 2, 55, 83 et 92 du présent arrêté et par l'article 14 de la loi, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires ;
3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents du marché.

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

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

Il résulte de l'article 36 de l'arrêté royal précité que, pour les postes non négligeables, le pouvoir adjudicateur est tenu de demander les justifications des prix qui lui paraissent anormaux et, s'il n'accepte pas les justifications reçues, d'écarter

l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée. Le pouvoir adjudicateur ne dispose alors d'aucun pouvoir d'appréciation. En revanche, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables, mais peut toutefois y procéder. Un tel choix relève de son pouvoir d'appréciation. De plus, en énonçant que lorsque le pouvoir adjudicateur procède « malgré tout » à un examen des prix des postes négligeables, l'offre « pourrait toujours être considérée comme régulière » s'il apparaît que « que les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité », le rapport au Roi laisse entendre qu'il s'agit d'une faculté et que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de considérer comme régulière une offre qui contient des postes négligeables présentant des prix anormaux. Dans une telle hypothèse, il incombe au pouvoir adjudicateur de déterminer, en exerçant un pouvoir d'appréciation, si cette offre doit, pour ce motif, être déclarée nulle en application de l'article 76, § 3, de l'arrêté royal précité.

Comme les règles de contrôle des prix diffèrent selon que les postes concernés sont négligeables ou ne le sont pas, le pouvoir adjudicateur doit vérifier s'ils présentent ce caractère. L'arrêté royal précité n'impose toutefois aucun ordre à respecter dans les opérations à effectuer. Une demande de justification de prix ne signifie pas nécessairement que le poste concerné est considéré comme non négligeable. Ainsi, le pouvoir adjudicateur peut décider d'interroger un soumissionnaire sur tous postes des prix qui lui paraissent anormaux et ensuite vérifier si ces postes sont négligeables ou ne le sont pas.

Le pouvoir adjudicateur n'est, par ailleurs, pas tenu au respect de critères déterminés lorsqu'il s'agit de juger du caractère négligeable ou non des postes de l'offre. À cet égard, le rapport au Roi précédant l'arrêté royal précité précise qu'il n'a pas été donné suite à une observation de la section de législation du Conseil d'État, qui proposait d'illustrer la notion de « postes négligeables » par des exemples, car « le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné ». Le pouvoir adjudicateur dispose donc d'un pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur quant à ce, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur.

Contrairement à ce que suggèrent les parties adverse et intervenante, il n'appartient pas *prima facie* au Conseil d'État de constater, à la place du pouvoir adjudicateur, que les deux postes litigieux seraient « incontestablement » ou « manifestement » non négligeables.

En vertu des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, la motivation dont doit faire l'objet chaque acte administratif consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait qui ont déterminé son adoption.

L'article 4, alinéa 1^{er}, 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 dispose que :

« Dans le cadre de la passation d'un marché, l'autorité adjudicatrice rédige une décision motivée : [...] 8° lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure ».

La loi du 17 juin 2013 ne déroge pas à la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'autorité est tenue, doit notamment permettre aux destinataires d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont ils peuvent disposer.

La décision qui écarte une offre en raison du caractère anormal du prix d'un ou plusieurs poste(s) doit montrer que le pouvoir adjudicateur a vérifié si les postes en cause sont négligeables ou ne le sont pas. La qualification du caractère négligeable ou non négligeable d'un poste sert de fondement à la décision d'écarter l'offre. Si cette qualification n'est pas indiquée dans l'acte, une étape du raisonnement du pouvoir adjudicateur n'est pas exprimée et la décision d'écartement est affectée d'un vice de motivation formelle.

En l'espèce, la décision d'attribution du 14 juillet 2023 conclut notamment que l'offre de la requérante est « nulle suite au contrôle des prix ». Cette décision renvoie au rapport d'examen des offres qui « fait partie intégrante de la présente délibération » et contient les motifs de fait et de droit qui la sous-tendent.

S'il est admis que la décision d'attribution d'un marché public soit motivée par référence à un rapport d'examen des offres dont le pouvoir adjudicateur déclare s'approprier la teneur, encore faut-il – pour que cette autorité respecte l'obligation de motivation formelle qui s'impose à elle – que les motifs de droit et de fait contenus dans ce rapport que l'autorité entend faire sien pour justifier sa décision soient portés à la connaissance du destinataire de celle-ci au plus tard lors de sa communication. À défaut, le moyen pris de la violation du devoir de motivation formelle est sérieux.

En l'espèce, si le rapport d'analyse des offres indique que les soumissionnaires n'ont été interrogés que pour les postes dépassant certains seuils – ce qui, soutient la partie adverse, permettrait de considérer ces postes comme non négligeables, force est de constater que ces différentes considérations ne sont pas reprises dans le courrier de communication de la décision attaquée, qui a été adressé à la requérante. Le courrier de demande de justification des prix envoyé plus tôt à la requérante ne fait pas, non plus, mention de ces éléments.

Ce faisant, la partie adverse n'a pas satisfait à son obligation de motivation formelle. Comme il vient d'être exposé, pour vérifier la légalité d'un acte au regard du devoir de motivation formelle, le Conseil d'État ne peut avoir égard qu'aux motifs de la décision qui ont été communiqués à son destinataire.

Certes, la requérante a pu prendre connaissance du contenu de l'entièreté du rapport d'examen des offres à la faveur du dépôt du dossier administratif. La circonstance que la requérante ne conteste pas, dans un moyen nouveau, les motifs qu'il contient, mais qui ne lui avaient pas été communiqués avant l'introduction de son recours, ne permet pas de couvrir le vice de motivation formelle qui affecte la décision attaquée.

La requérante justifie bien d'un intérêt au grief pris du défaut de motivation formelle qu'elle invoque. L'insuffisance de motivation que la requérante dénonce a pu la léser en la privant de la possibilité d'apprécier en connaissance de cause l'opportunité de diriger un recours contre cet acte et d'organiser ce recours, également en connaissance de cause. Elle l'a, en outre, privée de la garantie contre l'arbitraire administratif que constitue l'obligation de motivation formelle des actes administratifs.

Le moyen, en sa première branche, est sérieux.

Il n'y a pas lieu d'examiner la deuxième branche du moyen unique.

VI. Balance des intérêts

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

VII. Confidentialité

La requérante demande que l'offre qu'elle a déposée ainsi que ses justifications de prix soient déclarées confidentielles de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à maintenir une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des pièces A.1.1, A.1.2 et A.2 du dossier confidentiel annexé à la requête.

La partie adverse formule la même demande pour les pièces 9 à 26 et 37 du dossier administratif. Il s'agit des offres déposées par les différents soumissionnaires, des demandes de clarification et de justification de prix qui leur ont été adressées, des réponses qu'ils y ont apportées et de l'analyse des prix à laquelle la partie adverse a procédé.

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 EUROGREEN est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du 14 juillet 2023 de considérer l'offre de la SA Krinkels comme nulle et d'attribuer, à la SA Eurogreen, le lot 1 (Parc Elisabeth – Basilique) du marché ayant pour objet « Entretien des espaces verts – Zone Ouest [...] » (cahier spécial des charges n° 2022G0308) est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 9 à 26 et 37 du dossier administratif et les pièces A.1.1, A.1.2 et A.2 du dossier confidentiel annexé à la requête 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 le 21 septembre 2023, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret