CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n^o^ 258.032 du 27 novembre 2023

A. 240.357/VI-22.669

En cause : **la société à responsabilité limitée THEIS MARCEL**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Aurélie KETTELS, avocat,
avenue Constantin de Gerlache 41
4000 Liège,

contre :

la SOCIÉTÉ WALLONNE DE FINANCEMENT COMPLÉMENTAIRE DES INFRASTRUCTURES,
en abrégé SOFICO,
ayant élu domicile chez
M^es^ Emmanuelle BERTRAND, Jean-Luc TEHEUX et Antoine SCHOUBEN, avocats,
avenue de l'observatoire 10
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 octobre 2023, la SRL Theis Marcel demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision adoptée par la Sofico le 29 septembre 2023, portant attribution de l'accord-cadre pour un marché de services consistant en un bail de brossage et curage routier - district de Ciney (lot n°5 dans les documents initiaux), à la S.R.L. Entreprises Bruno Sandri, laquelle fut notifiée par un courrier portant la date du 10 octobre 2023 [...] » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 26 octobre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 16 novembre 2023.

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

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

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

M^e^ Aurélie Kettels, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^es^ Emmanuelle Bertrand, Jean-Luc Teheux et Antoine Schouben, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Muriel Vanderhelst, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

1. Par un avis de marché publié les 18 et 23 décembre 2020 au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, la partie adverse lance un marché public de services ayant pour objet « Bail de brossage et de curage routier ».

Ce marché comporte sept lots, en ce compris le lot 5 – district de Ciney. Chaque lot constitue un accord-cadre dont le pouvoir adjudicateur est la partie adverse, agissant en tant que centrale d'achat. Il est passé par procédure ouverte et régi par le cahier spécial des charges 08.08.01-20-2785. L'unique critère d'attribution est le prix. Sous le titre « objet des marchés et description des services de l'accord-cadre », il est précisé que « dans le cadre du présent marché, le pouvoir adjudicateur entend lutter contre le dumping social et la fraude sociale ». Parmi les documents à joindre à l'offre, le cahier mentionne « la déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale contre le dumping social, dûment signée ». Il s'agit de l'annexe 2 du cahier qui a pour intitulé « Déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social applicable aux entrepreneurs ressortissant à la Commission paritaire 124 (Construction) ».

Plusieurs entreprises déposent offre, dont la SA Eurogreen et la requérante.

Par décision du 10 août 2021, le lot 5 du marché est attribué à la SA Eurogreen. Par un arrêt n° 251.696 du 30 septembre 2021, le Conseil d'État ordonne la suspension de l'exécution de cette décision, sur la base des considérants suivants :

« Si les documents du marché ne comportent aucune indication directe relative à la question des commissions paritaires et si le critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle est rédigé de manière très générale, il convient de relever que, parmi les "Documents, modèles et échantillons à joindre à l'offre" repris au cahier spécial des charges, sous le titre "Forme et contenu de l'offre" (page 18, point 11.3) figure notamment "la déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social dûment signée".

En l'occurrence, l'annexe 2 du cahier spécial des charges est intitulée "Déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social applicable aux entrepreneurs ressortissant à la commission paritaire 124 (Construction)". Il y est notamment expressément indiqué que le soumissionnaire ou le sous-traitant s'engage à "respecter l'ensemble des dispositions en matière de taux de salaire minimal (y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires) et de modalités de paiement de la rémunération" et, en particulier, à "octroyer au moins le salaire minimum fixé par la Convention collective de travail du secteur de la Construction, conformément à la qualification du travailleur", ce qui permet de penser que la partie adverse s'attendait à ce que les soumissionnaires ressortissent à la commission paritaire 124.

L'offre d'EUROGREEN comporte l'annexe 2 susvisée, signée, et aucune réserve n'est apportée quant à la commission paritaire dont relèverait ce soumissionnaire.

Par un courrier du 12 avril 2021, la Région wallonne, qui assiste la partie adverse dans la procédure de passation de l'accord-cadre litigieux, invite l'intervenante à fournir des explications concernant plusieurs postes. Elle demande également, « pour les postes comportant de la main-d'œuvre, de justifier du coût salarial et, au minimum, du respect des barèmes salariaux applicables, majorés de toutes les charges sociales », précisant que « Ces barèmes et charges ainsi que [les] coûts réels doivent être précisés dans [la] réponse ».

Dans sa réponse du 26 avril 2021, EUROGREEN indique notamment qu'elle est affiliée à la Confédération des Entreprises de la Construction et au Fonds social des parcs et Jardins à Gand et que ce dernier organisme est compétent pour le paiement des primes et avantages accordés au personnel ressortant de la commission paritaire 145.040 – Parcs et Jardins.

La Région wallonne envoie ensuite à EUROGREEN un nouveau courrier daté du 25 mai 2021, constatant que son offre s'écarte d'au moins 15 % de la moyenne des offres et demandant "de préciser tous les éléments pertinents qui expliquent ce faible montant total".

Dans sa réponse du 2 juin 2021, EUROGREEN expose que son activité principale est l'aménagement et l'entretien des espaces verts et que ses travailleurs dépendent donc de la commission paritaire 145.40 – Parcs et Jardins, ce qui permet d'avoir des prix plus avantageux.

La décision d'attribution énonce ce qui suit à propos de la justification du montant global de l'offre de l'attributaire pressenti :

[…]

Force est de constater qu'alors que, dans sa réponse, la société EUROGREEN s'était prévalue de ce que ses ouvriers relevaient de la commission paritaire 145 et que leurs salaires étaient donc inférieurs à ceux des ouvriers relevant de la commission paritaire 124, l'acte attaqué ne fait pas état de cet élément mis en avant par ce soumissionnaire lui-même pour justifier son prix.

Le but de la vérification des prix, prévue par l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, est de rechercher d'éventuels prix anormaux. L'objectif poursuivi par la réglementation est double : d'une part, protéger l'adjudicateur en lui donnant le moyen de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui découlent du cahier spécial des charges ; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence.

En l'espèce, il semble que le moyen ne se limite pas à poser la question de savoir si le personnel ouvrier affecté à l'exécution du marché en cause peut, en vertu de la réglementation, être payé conformément aux barèmes de la commission paritaire 145, mais qu'il tend, plus largement, à reprocher au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir motivé les raisons pour lesquelles il a estimé qu'une telle situation était admissible eu égard aux objectifs de la vérification des prix. À cet égard, en ne faisant pas état de l'élément de justification, formulé par l'attributaire, relatif aux barèmes auxquels seront payés les ouvriers, alors même que rien ne permet, *prima facie*, de considérer qu'il s'agit d'un élément secondaire, l'acte attaqué paraît, dans les circonstances particulières de l'espèce, devoir être considéré comme étant insuffisamment motivé. En effet, il convient de souligner que le cahier spécial des charges exigeait expressément une "déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale […]" par laquelle ils s'engagent à "octroyer au moins le salaire minimum fixé par la Convention collective de travail du secteur de la Construction" et que la société EUROGREEN a signé une telle déclaration. C'est apparemment à juste titre que la requérante soutient que, même à supposer que la société EUROGREEN peut rémunérer le personnel ouvrier affecté à l'exécution du marché en cause selon les barèmes de la commission paritaire 145, il incombait au pouvoir adjudicateur de vérifier si ce personnel ne serait pas "sous-payé". Dans ces conditions, il semble que le pouvoir adjudicateur devait s'interroger sur l'admissibilité de la justification en cause, spécialement au regard des exigences d'une saine concurrence, cette question présentant, en l'espèce, un haut degré de pertinence.

En ce qu'il dénonce une insuffisance de la motivation formelle, le moyen est sérieux ».

2. Le 29 octobre 2021, la partie adverse retire sa décision du 10 août 2021 attribuant le lot 5 (district de Ciney) de l'accord-cadre précité à la SA Eurogreen et, le 7 juin 2022, elle décide d'attribuer, à nouveau, ce lot à cette société. Cette nouvelle décision contient notamment les motifs suivants :

« […]

2.6.2. Vérification du prix total

Considérant que le prix total de l'offre du soumissionnaire Eurogreen S.A. est présumé anormal car il s'écarte d'au moins 15% en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires sélectionnés calculée conformément à l'article 36, § 4, de l'AR du 18 avril 2017 ;

Qu'une demande de justification du prix total a été adressée au soumissionnaire en date du 25 mai 2021 ; Que celui-ci a répondu le 2 juin 2021 ;

Considérant qu'à l'occasion de cette demande de justification de prix, la société Eurogreen S.A. s'est prévalue de ce que ses ouvriers relèvent de la commission paritaire 145 et que leurs salaires sont donc inférieurs à ceux des ouvriers de la commission paritaire 124, ce qui lui permet d'avoir des prix de revient plus avantageux et de justifier le montant total de son offre ;

Considérant que le pouvoir adjudicateur estime cette justification admissible pour les raisons suivantes :

- le choix de la commission paritaire dont elle relève appartient à l'entreprise. Il ne revient pas à l'Adjudicateur de vérifier, en tant que telle, la pertinence de la commission paritaire dont elle dit relever. Cela étant, il apparaît, en l'occurrence que la commission paritaire 145 Parc et Jardins renseignée par la S.A. Eurogreen est légalement justifiée, dès lors que son activité principale est l'aménagement et l'entretien des espaces verts. Selon l'article 1 de l'AR 17 mars 1972, la commission paritaire 145 est, en effet, "compétente pour les travailleurs dont l'occupation est de caractère principalement manuel et leurs employeurs, et ce pour :

  […]

  6. l'implantation et/ou l'entretien de parcs, jardins, plaines de sports, domaines de récréation, zones vertes, cimetières, y compris les cimetières de militaires étrangers en Belgique ;

  7. l'implantation et/ou l'entretien en régie de parcs, jardins, plaines de sports, domaines de récréation ou zones vertes, lorsque les ouvriers de l'entreprise sont occupés principalement à ces activités" ;

- il est admis sur la base de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires qu'une entreprise relève d'une seule commission paritaire. Cela ne l'empêche pas d'exercer, à titre accessoire, une activité autre que celle ressortissant de cette commission et ce sur base du principe "l'accessoire suit le principal". La S.A. Eurogreen est donc légalement autorisée à effectuer les activités de brossage et curage, objet du marché, tout en relevant de la CP 145 et non de la CP 124, puisque ces activités sont accessoires à celle principale, d'entretien de parcs et jardins ;

- dans le cadre du contrôle qu'il fait des prix, il revient à l'Adjudicateur de vérifier le paiement par le soumissionnaire de la rémunération minimale selon la commission paritaire dont il dit relever. La loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit l'exclusion d'une offre qui viole le droit social. Cette exclusion est obligatoire lorsque le non-respect de l'obligation concernée est sanctionné pénalement. L'article 162 du Code pénal social sanctionne le paiement d'une rémunération inférieure au montant minimal applicable dans le secteur concerné. À ce stade de la vérification, l'Adjudicateur doit donc être informé de la commission paritaire dont relève l'opérateur économique.

  La S.A. Eurogreen relève de la CP 145. Elle produit, dans le cadre de ses justifications de prix, une fiche de paie établie par SDWORX, secrétariat extérieur. L'Adjudicateur constate que le salaire qui y est calculé est conforme au barème de la commission paritaire 145 et que la société Eurogreen S.A. respecte donc ses obligations en la matière.

  Il est encore relevé que la S.A. Eurogreen est également affiliée au Fonds Social des Parcs et Jardins dont la mission est de prévoir un système complémentaire de sécurité sociale / sécurité d'existence en plus du système légal de sécurité sociale. Ce système est adapté aux besoins du secteur. Le

Fonds Social assure également le financement, l'attribution et le versement des avantages sociaux ;

- pour autant que de besoin, il est encore relevé que le fait pour la S.A. Eurogreen d'avoir signé l'annexe intitulée "Déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social applicable aux entrepreneurs ressortissants à la Commission paritaire 124 (Construction)" n'emporte pas engagement contractuel dans son chef d'appliquer les avantages sociaux relatifs à cette commission paritaire, et ce quand bien même elle n'en relève pas.

  Telle n'est pas la portée de cette annexe. Les clauses administratives du CSCh prévoient, en leur article 11.3 l'obligation pour les soumissionnaires de joindre à leur offre "la déclaration pour une concurrence loyale et contre le dumping social dûment signée". Le formulaire d'offre invite également sous son point D les soumissionnaires à joindre cette déclaration. C'est dans ce contexte général qu'a été requise la signature de ce document, et que la S.A. Eurogreen l'a produit en annexe à son offre.

  Conformément à son libellé même, l'annexe 2 s'inscrit dans le cadre de la garantie de l'objectif de concurrence loyale et de lutte contre le dumping social. Sous peine de ne pas atteindre ces objectifs, voire même de les contrer, la signature de cette annexe n'emporte pas, et ne pourrait d'ailleurs le faire, obligation *sui generis* dans le chef de tout soumissionnaire d'appliquer les conditions salariales de la CP 124.

  En effet le fait pour un opérateur de pratiquer une rémunération horaire inférieure à un concurrent, mais respectant les barèmes légaux de sa CP ne consiste pas en un acte de concurrence déloyale ou de dumping social. Un tel engagement de paiement n'a donc pas à être exigé de sa part.

  Outre non légalement requise, une telle imposition fausserait la concurrence, dès lors que les opérateurs pratiquant légalement des barèmes inférieurs seraient limités dans leurs offres et ne répondraient pas au marché. Le résultat serait donc à l'opposé du but poursuivi par cette annexe, qui est, précisément, de garantir une concurrence loyale. Le fait pour un opérateur de pratiquer une rémunération horaire inférieure à un concurrent, tout en respectant les barèmes légaux de sa propre commission paritaire, ne constitue pas une concurrence déloyale ou du dumping social. Il ne peut donc être requis par un Pouvoir adjudicateur, et ne l'a d'ailleurs pas été, qu'un soumissionnaire respecte un barème supérieur à celui de la commission paritaire dont il dépend, sous peine de fausser la concurrence.

  Par la signature de cette annexe, la société Eurogreen S.A. a confirmé pratiquer les barèmes propres à sa commission paritaire et s'est ainsi engagée pour une concurrence loyale et contre le dumping social. Elle ne s'est d'ailleurs pas méprise quant à la portée de ce document dès lors qu'elle a pratiqué les barèmes de la commission paritaire 145 dans le cadre de son calcul des prix et justifié ceux pour lesquels elle était interrogée sur base de cette commission paritaire. Ses justificatifs sont admis, dès lors qu'ils sont conformes tant à la réglementation, qu'aux exigences du marché.

- Que la société Eurogreen S.A. a produit une fiche de salaire, dans le cadre de la justification de ses prix, établie par un secrétariat social ;

[…] ».

Par un arrêt n° 254.278 du 15 juillet 2022, le Conseil d'État ordonne la suspension de l'exécution de cette décision, sur la base des considérants suivants :

« L'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose ce qui suit :

" Le pouvoir adjudicateur vérifie la régularité des offres. Le Roi peut fixer les modalités additionnelles à cette fin".

L'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

" § 1er. 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, § 1er, 44, 48, § 2, alinéa 1er, 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 1er, 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 1er, alinéa 3.
§ 4. Sans préjudice de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.
Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.
Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation.
§ 5. Sans préjudice du paragraphe 2 et de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres, pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Le pouvoir adjudicateur décide soit de déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, soit de faire régulariser cette irrégularité. Il en va de même si l'offre est affectée de plusieurs irrégularités

non substantielles lorsque celles-ci, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1er, alinéa 3".

En l'espèce, le cahier spécial des charges prévoit un modèle d'offre dont l'annexe 2 est intitulée "Déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social applicable aux entrepreneurs ressortissants à la Commission paritaire 124 (Construction)" et qui comporte notamment l'engagement suivant :

" Octroyer au moins le salaire minimum fixé par la Convention collective de travail du secteur de la Construction, conformément à la qualification du travailleur".

L'arrêt n° 251.696 du 30 septembre 2021 a déjà relevé l'existence de cet engagement, mais, dans le cadre de la réfection de l'acte attaqué, le cahier spécial des charges initial n'a pas été modifié pour supprimer toute référence à la "commission paritaire 124" ou au "salaire minimum fixé par la Convention collective de travail du secteur de la Construction".

Or, cette référence est susceptible d'avoir eu une influence sur la concurrence puisque des entrepreneurs ne relevant pas de cette commission paritaire et dont les salaires ne sont pas au niveau minimum fixé par cette convention collective ont pu être dissuadés de soumissionner alors que, selon la position de la partie adverse, ils auraient été admissibles à le faire. De même, l'offre d'entrepreneurs relevant de plusieurs commissions paritaires, comme la partie requérante, aurait pu être différente s'ils avaient su que le prix proposé pouvait se fonder sur le salaire d'ouvriers qui ne bénéficient pas du salaire minimum fixé par la convention collective de travail du secteur de la construction.

La partie intervenante a signé cette déclaration sans aucune réserve, notamment quant au fait qu'elle ne relève pas de la commission paritaire mentionnée, et que le salaire minimum serait en réalité celui prévu par la convention collective d'une autre commission paritaire, à savoir la commission paritaire 145. Contrairement à ce qu'indique la motivation formelle de l'acte attaqué, son offre ne comporte aucun engagement en ce qui concerne le respect des barèmes salariaux prévus par cette commission paritaire et ce n'est que dans le cadre du contrôle des prix qu'elle a déclaré les respecter.

Prima facie, l'offre de la partie intervenante est entachée d'une irrégularité substantielle liée à la contradiction entre la déclaration annexée à son offre d' "octroyer au moins le salaire minimum fixé par la convention collective de travail du secteur de la construction, conformément à la qualification du travailleur" et le prix proposé qui ne tient pas compte de ce salaire minimum, mais bien de celui prévu par une convention collective d'une autre commission paritaire que celle mentionnée dans cette déclaration et pour laquelle aucun engagement n'est prévu pour garantir une concurrence loyale et éviter le dumping social.

Le deuxième moyen est sérieux ».

Le recours en annulation (A.236.696/VI-22.373) introduit contre la décision du 7 juin 2022 précitée est toujours pendant.

3. Le 26 août 2022, la partie adverse décide :

« 1. De retirer la décision d'attribuer à la S.A. EUROGREEN le lot 5 du marché "Bail de brossage et de curage routier" régi par le cahier spécial des charges n° 08.08.01-2785.

2. De renoncer à attribuer le lot 5 du marché précité, et de relancer une nouvelle procédure ouverte en vue de la passation d'un bail similaire.

3. De notifier la présente décision à toutes les entreprises ayant déposé une offre dans le cadre de ce marché ».

Cette décision est motivée comme il suit :

«

Considérant que par décision notifiée aux soumissionnaires en date du 10/06/2022, la SOFICO a décidé d'attribuer le lot 5 du marché précité à la S.A. EUROGREEN, sur base de son offre au montant de 1 369 955,98 € TVAC ;

Considérant que les soumissionnaires ont, dans le même temps, été informés qu'un délai d'attente de 15 jours serait observé avant la conclusion du marché, conformément à l'article 11 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Considérant que le 27/06/2022, soit dans le délai d'attente précité, la société THEIS MARCEL SRL a introduit une requête au Conseil d'Etat en vue d'obtenir la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du marché ;

Considérant que par son arrêt n° 254.278 du 15 juillet 2022, le Conseil d'Etat a fait droit à la requête de la société THEIS et a suspendu l'exécution de la décision d'attribution du présent marché ;

Considérant qu'au regard des motifs de l'arrêt précité, il apparaît nécessaire de retirer la décision d'attribution notifiée aux soumissionnaires le 10 juin 2022 ;

Considérant que l'annexe 2 au modèle d'offre prévu au cahier de charges est une déclaration des soumissionnaires en faveur d'une concurrence loyale et contre le dumping social, impliquant l'engagement de ceux-ci de respecter les barèmes salariaux de la commission paritaire dont ils ressortissent ;

Considérant cependant que l'arrêt précité a mis en évidence le fait que, dès lors qu'elle se réfère expressément à la Commission paritaire 124 (secteur de la construction), cette annexe 2 pourrait porter à confusion et être interprétée par certains opérateurs économiques comme emportant leur engagement à respecter précisément les barèmes salariaux de ladite commission, même s'ils ne relèvent pas de celle-ci ;

Considérant que, selon le Conseil d'Etat, cette mention est dès lors susceptible d'avoir eu une influence sur la concurrence, puisque des entrepreneurs ne relevant pas de la commission paritaire 124, mais disposant néanmoins de la capacité à exécuter le marché, ont pu être dissuadés de soumissionner ;

Considérant qu'afin de préserver les principes de concurrence et de transparence, il s'avère opportun de modifier les documents du marché, afin d'éviter toute source de confusion dans le chef des soumissionnaires potentiels

Considérant que, dans ce contexte, il s'impose de :

- procéder au retrait de la décision d'attribuer à la SA EUROGREEN le lot 5 du marché «Bail de brossage et de curage routier » régi par le cahier spécial des charges n° 08.08.01-2785 ;

- de renoncer à l'attribution du lot 5 de ce marché sur base de ce cahier spécial des charges ;

- de relancer une nouvelle procédure sur base de documents qui ne seraient source d'aucune possible confusion dans le chef des soumissionnaires potentiels ;

».

Un recours en annulation (A.237.664/VI-22.450) est introduit contre cette décision. Il est toujours pendant.

4. Par un arrêt n° 256.545 du 17 mai 2023, le Conseil d'État lève la suspension ordonnée par l'arrêt n° 251.696 du 30 septembre 2021 et juge qu'à la suite du retrait de la décision du 10 août 2021 d'attribuer le lot 5 de l'accord-cadre litigieux à la SA Eurogreen, il n'y a plus lieu à statuer sur le recours en annulation introduit contre cette décision.

5. Entretemps, par un avis de marché publié les 16 et 21 mars 2023 au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, la partie adverse lance un nouveau marché public de services ayant pour objet « bail de brossage et curage routier - district de Ciney ».

Le marché prend la forme d'un accord-cadre dont le pouvoir adjudicateur est la partie adverse, agissant en tant que centrale d'achat. Il est passé par procédure ouverte et régi par un nouveau cahier spécial des charges (22-5125). L'unique critère d'attribution est le prix. Sous le titre « objet des marchés et description des services de l'accord-cadre », il est, à nouveau, précisé que « dans le cadre du présent marché, le pouvoir adjudicateur entend lutter contre le dumping social et la fraude sociale ». Le cahier ne comprend cependant plus d'annexe 2 à joindre à l'offre, devant contenir une « Déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social » qui serait applicable aux entrepreneurs relevant de l'une ou l'autre commission paritaire.

Plusieurs entreprises déposent offre, dont la SRL Entreprises Bruno Sandri et la requérante. Cette dernière propose le prix le plus élevé.

Par décision du 29 septembre 2023, le nouveau marché est attribué à la SRL Entreprises Bruno Sandri.

Il s'agit de l'acte attaqué, dont les parties s'accordent à dire qu'il a été communiqué le 10 octobre 2023.

IV. Premier, deuxième et troisième moyens

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de « l'article 159 de la Constitution, la violation de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, […] l'erreur de fait et de droit dans les motifs, […] la violation des exigences de motivation interne, du principe d'égalité des soumissionnaires, consacré notamment à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 et rappelé spécifiquement à l'article 76, § 1er, alinéa 3, de l'A.R. du 18 avril 2017, principe lu seul ou en combinaison avec l'interdiction d'interpréter un texte clair (doctrine et jurisprudence du sens clair), […] principes de sécurité juridique et de confiance légitime [et] l'inexistence de l'acte attaqué ».

Elle expose que l'acte attaqué n'existe qu'en raison de l'adoption de la décision du 26 août 2022, qui est irrégulière et qu'il convient d'écarter sur la base de l'article 159 de la Constitution. Elle expose que la décision du 26 août 2022 repose sur un double motif selon lequel, d'une part, l'annexe 2 qu'il convenait de joindre à l'offre impliquait l'engagement de respecter les barèmes salariaux de la commission paritaire dont ressortit le soumissionnaire qui la déposait et selon lequel, d'autre part, cette même annexe, telle que rédigée et annexée au cahier spécial des charges, pouvait être interprétée comme emportant l'engagement à respecter précisément les barèmes de la commission paritaire 124. Elle soutient qu'au contraire, cette annexe 2 était parfaitement claire et ne pouvait pas être légitimement et valablement interprétée comme autorisant le dépôt d'une offre ne respectant pas l'exigence précise de rémunération aux barèmes salariaux de la commission paritaire 124. Elle développe son argumentation comme il suit :

« […] Au regard des motifs de l'acte attaqué, la partie adverse estime donc que :
- D'une part, l'annexe 2 devait être interprétée comme portant engagement de respecter les barèmes salariaux de la CP à laquelle était affiliée le candidat déposant offre, et non pas spécifiquement ceux de la CP124 ;
- D'autre part, l'annexe 2 pouvait néanmoins être interprétée – et partant porter à confusion – en tant qu'elle exigerait le respect des barèmes spécifiques de la CP124.

Chacune de ces deux interprétations est contraire à la théorie de l'acte clair, dès lors qu'en réalité :
- La lettre de l'annexe 2 n'envisageait aucunement une exigence générale de respect des barèmes salariaux propres à la CP de chaque candidat, puisqu'elle ne visait que ceux de la CP124, en sorte qu'il est impossible de déduire de cette lettre que son interprétation "normale", correspondant à l'intention de la partie adverse, eût été de viser toute CP dont relèverait valablement chaque candidat ;
- Pour les mêmes raisons tenant à son contenu, l'annexe 2 visait expressément et exclusivement le respect des barèmes salariaux de la CP124, en sorte qu'il est impossible de soutenir que ce serait par voie d'une "interprétation possible" que des candidats aient pu croire que seules les exigences propres à cette CP étaient attendues.

Rien dans le CSC initial ne permettait de démontrer de manière certaine que l'exigence relative à la CP124 était une erreur et n'exprimait pas la volonté réelle de la SOFICO.
Tout au plus en effet, les autres exigences du CSC touchant à la question de la concurrence loyale et de la lutte contre le dumping social sont plus générales, moins précises que celles visées par l'annexe 2.
Néanmoins, il ne ressort aucunement de leur libellé que si ces exigences ne visent pas une commission paritaire en particulier (en l'espèce la CP124), c'est parce qu'il existait une volonté d'exclure toute référence à pareille commission.
L'absence de toute précision relative aux commissions paritaires, dans les autres clauses du C.S.C., ne signifie donc rien, en dehors du fait que la SOFICO voulait effectivement prôner la concurrence loyale et lutter contre le dumping social, ce qui est évident.
Autrement dit, rien n'établit que ces clauses sont contraires à l'exigence plus précise et claire de l'annexe 2.
La lecture de l'annexe 2, non plus isolément, mais au regard de l'ensemble du C.S.C., ne contredit donc en rien sa Lettre ni n'en tempère la portée. L'annexe 2 fournit, en réalité, une précision [pour les] autres clauses du C.S.C.
En conséquence, il convient de constater que l'annexe 2 est un texte clair, non contredit ni même remis partiellement en question, par aucun autre élément du C.S.C.
De ce constat découle que son texte ne peut tout simplement pas s'autoriser d'une recherche de l'intention de son auteur et de la prise en compte de celle-ci.
Il en découle encore que toute interprétation contraire à sa Lettre n'est tout simplement pas admissible et n'est donc pas "légitime".
Ajoutons encore, à propos du fait que le C.S.C. initial contenait une autre annexe (annexe 6) provenant également de documents types mis à disposition des pouvoirs adjudicateurs, laquelle reproduisait une donnée erronée (marché de travaux en lieu et place d'un marché de services), qu'il est sans aucune importance. En effet, ce n'est pas parce que le pouvoir adjudicateur a commis une erreur en reproduisant un document type sans l'adapter, qu'il démontre à suffisance avoir commis une erreur similaire pour un autre document.
Suivre pareil raisonnement serait extrêmement dangereux et inadmissible. Tout comme un justiciable ne peut être considéré comme ayant apporté la preuve d'une erreur administrative par la démonstration d'une autre erreur similaire, à l'inverse, l'administration ne peut démontrer son intention à propos d'une clause déterminée, en arguant de ce qui s'est produit à propos d'une autre clause.
Rien n'établit donc :
- Ni l'existence de la moindre clause contraire à la Lettre de l'annexe 2 et à l'intention d'exiger le respect des barèmes de la CP124 ;
- Ni l'existence d'une erreur, dans le contenu de l'annexe 2.

La Lettre de l'annexe 2 s'imposait donc à toutes les parties, en ce compris son auteur.

[…] La décision du [26 août] 2022 repose pourtant sur des interprétations de cette annexe, par la SOFICO elle-même, qui sont donc contraires à […] sa lettre.
Chacune de ces deux interprétations, faites par la SOFICO *a posteriori* et notamment dans la décision du [26 août] 2022, emporte donc la violation des termes clairs de l'annexe 2 au C.S.C. ; une telle interprétation se trouve, partant, en contradiction complète avec la théorie de l'acte clair.
[…]
Jurisprudence et doctrine sont unanimes sur le fait que les principes d'interprétation en droit ne peuvent jamais autoriser à interpréter un texte clair. Face à un texte clair au contraire, peu importe sa nature juridique, c'est le strict respect de son sens clair qui s'impose. Il n'est ainsi pas question non d'interpréter, mais d'appliquer.

[…] Il en va, en toutes matières du droit, du respect des exigences de sécurité juridique et de confiance légitime : le justiciable ou l'administré doit pouvoir faire confiance au sens clair et univoque d'un texte emportant des effets

juridiques, ne devant pas envisager des effets imprévisibles au regard de ce sens.
Dans le cadre des marchés publics, il en va également du respect du principe d'égalité entre les soumissionnaires : en effet, il convient de constater qu'en donnant à un document du C.S.C., un sens parfaitement contraire à sa lettre, l'autorité trompe et fausse nécessairement l'égalité entre les soumissionnaires puisqu'elle autorise alors l'avènement d'une concurrence qui s'avérait imprévisible dans le respect du texte clair. Tel fut le cas en l'espèce, puisque la requérante n'a jamais pu imaginer la concurrence d'une société dont le personnel relève de la CP145 et partant, n'a jamais pu tenir compte de cette possibilité en déposant et en composant son offre.

[…] Il ne fait aucun doute que les éléments de la théorie de l'acte clair sont applicables au texte de l'annexe 2, puisque non seulement elle se rapporte expressément, par son titre, à la CP124, mais qu'en outre, elle contient l'engagement exprès de respecter les salaires minimaux relevant de cette CP124.
Le caractère évident, clair et/ou univoque de ce document - qui emporte des effets juridiques - est incontestable.

[…] L'interprétation qu'en fait désormais la partie adverse viole donc la théorie de l'acte clair, tout autant que les exigences d'égalité des soumissionnaires et les principes de sécurité juridique et de confiance légitime. Sauf à modifier le sens de ce document, la partie adverse ne peut en aucun cas soutenir la double interprétation qu'elle en fait désormais.
Or, cette interprétation erronée en fait et/ou en droit, et contraire aux principes qui viennent d'être rappelés, constitue un motif essentiel de la décision du [26 août] 2022.
Celui-ci repose donc par ailleurs, sur une erreur de fait et/ou de droit.
S'agissant d'une renonciation à l'attribution d'un marché, les exigences de motivation interne et formelle sont particulièrement essentielles et le contrôle opéré par Votre Conseil doit être appliqué avec minutie.
En effet, l'autorité disposant d'un large pouvoir discrétionnaire pour décider d'ainsi renoncer à attribuer un marché, le contrôle des motifs qui fondent cette décision est essentiel.
En l'espèce, ce contrôle doit aboutir au constat que la renonciation n'est pas conforme à l'article [85] de la loi du 17 juin 2016, se fondant sur des motifs erronés tout autant que sur des motifs qui ne sont pas légalement admissibles, révélant eux-mêmes la violation des autres principes et dispositions visés au moyen.

[…] Les principes et dispositions visés au moyen sont donc violés par la décision du [26 août] 2022.
Cette décision doit être écartée par application de l'article 159 de la Constitution.

[…] Il en résulte le constat d'une irrégularité de l'acte attaqué tel qu'il doit être tenu pour inexistant.
En effet, à défaut de la décision du [26 août] 2022, qui doit être écartée, aucune décision d'attribution portant sur un CSC autre que le CSC initial ne pouvait être adoptée.
L'acte attaqué ne pouvait donc tout simplement pas exister à défaut de la décision du [26 août] 2022, dont l'illégalité doit être constatée.
Le premier moyen est fondé ».

La requérante prend un deuxième moyen de « l'article 159 de la Constitution, la violation de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016, des exigences de motivation interne, de l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 et de l'article 76 de l'A.R. du 18 avril 2017, de l'autorité de la chose jugée des arrêts 254.278 et 254.279

de Votre Conseil, […] l'erreur de fait et/ou de droit dans les motifs, et […] détournement de pouvoirs et de la loi [et] l'inexistence de l'acte attaqué ».

Elle fait valoir que la décision du 26 août 2022 de renoncer à l'attribution du lot litigieux se fonde sur le constat que les arrêts 254.278 et/ou 254.279 du Conseil d'État imposaient de revoir le cahier spécial des charges afin d'éviter qu'il entraîne des confusions dans le chef de soumissionnaires potentiels et partant de relancer une nouvelle procédure d'attribution sur la base d'un cahier spécial des charges corrigé, alors que ces arrêts n'exigeaient aucunement de revoir le cahier des charges, mais uniquement de constater qu'au regard de ce cahier, l'offre de la SA Eurogreen devait être déclarée nulle. Elle en déduit que « cette décision du [26 août] 2022 est partante irrégulière et [qu'] à son défaut, l'acte attaqué ne pouvait tout simplement pas exister ». Elle développe son argumentation comme il suit :

« […] Les arrêts de suspension prononcés par Votre Conseil en juillet 2022 évoquaient certes une possible confusion relative à l'annexe 2 au C.S.C.
Votre Conseil a ainsi reconnu que la référence à la CP124 était susceptible d'avoir eu une influence sur la concurrence, mais il n'a aucunement dit que c'était alors en contradiction avec le reste du C.S.C., ni moins encore que cette influence était inadmissible ou illégale. Votre Conseil n'a pas pris position à cet égard, parce que ce n'était pas l'objet de son raisonnement et du second moyen.
Toutefois, Votre Conseil n'a sanctionné aucune contradiction qui trouverait son siège dans le C.S.C. et ses différents éléments ; il n'a sanctionné de contradiction que dans l'offre de la S.A. EUROGREEN, au regard de l'engagement clair que représentait dans son chef, la signature de l'annexe 2, contredite ensuite par la justification de son prix.
Le seul énoncé des dispositions qui étaient alors visées au moyen que Votre Conseil a jugé sérieux suffit à le démontrer sans ambages : c'est uniquement le fait de n'avoir pas déclaré l'offre irrégulière qui est sanctionné dans le chef de la SOFICO, et non le contenu du C.S.C.
Les arrêts de Votre Conseil n'imposaient donc aucunement de renoncer au CSC initial ni n'imposaient de constater qu'une confusion ressortait du CSC.
La seule confusion évoquée ne résultait pas du texte de l'annexe 2, mais du sens que la partie adverse a prétendu *a posteriori* qu'elle serait celle qu'elle avait toujours voulu donner à ce document, malgré le sens clair de son texte, soit d'une interprétation inadmissible du document et de sa lettre.
Ce n'est donc pas le texte de l'annexe 2 qui a pu semer une confusion, mais l'interprétation inadmissible qu'en a fait ensuite la partie adverse.

[…] Encore et surtout et comme déjà exposé, Votre Conseil n'a pas déduit de la possible confusion pouvant découler de l'annexe 2, une irrégularité ou une illégalité du C.S.C. lui-même.
Tel n'a jamais été le fondement juridique de la suspension prononcée dans ses deux arrêts 254.278 et 254.279, par Votre Conseil.
Le seul fondement juridique de ces deux arrêts consiste au contraire à dire pour droit (certes au titre des apparences de droit) qu'au regard de l'annexe 2 et des exigences découlant du C.S.C., l'offre de la S.A. EUROGREEN devait être déclarée nulle par la partie adverse.

[…] La décision du [26 août] 2022 reposait donc sur un motif qui est :
Erroné, puisque les arrêts de Votre Conseil n'imposaient pas la solution de la renonciation à l'attribution du marché ; Contraire à l'autorité de la chose jugée des arrêts 254.278 et 254.279 ; Et partant, contraire à l'article [85] de la loi du 17 juin 2016.

[…] Il en découle également que la décision du [26 août] 2022 constitue un détournement de pouvoirs et de la Loi, visant à éviter de poser le constat qu'imposaient pourtant les arrêts 254.278 et 254.279, à savoir la déclaration de nullité de l'offre de la SA Eurogreen.
En opérant ce détournement, la partie adverse contourne et évite en effet le constat de violation des articles 83 de la loi du 17 juin 2016 et 76 de l'AR du 18 avril 2017□; il contourne donc l'exigence de respect de ces dispositions.
Il emporte ainsi violation de ces dernières.

[…] Enfin et pour toutes ces raisons, la décision du [26 août] 2022 repose sur des motifs internes qui ne sont pas légalement admissibles.
Se fondant en effet sur des motifs qui révèlent un détournement de pouvoirs et de la loi, et la violation des principes et dispositions visés au moyen, la [décision du 26 août 2022] repose sur des fondements eux-mêmes illégaux.

[…] La décision du [26 août] 2022 doit donc être écartée.
Sans cette décision, l'acte attaqué ne devait aucunement exister.
Le second moyen est donc fondé ».

La requérante prend un troisième moyen de « l'article 159 de la Constitution, […] la violation de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016, des exigences de motivation interne et en particulier […] l'insuffisance dans les motifs, […] exigences de saine concurrence et de bonne exécution du marché, ainsi que […] l'erreur manifeste d'appréciation [et] l'inexistence de l'acte attaqué ».

Elle fait valoir que la décision du 26 août 2022 repose sur des motifs tenant au respect de la concurrence et de la transparence, considérant que l'exigence imposant d'appliquer les barèmes salariaux de la CP124 telle qu'elle résulte de la lettre de l'annexe 2 du cahier des charges « originel » constituerait en réalité une restriction inadmissible de la concurrence, alors que la saine concurrence n'est pas équivalente à la concurrence libre et complète, laquelle fonde manifestement et erronément la conception de la partie adverse et partant la décision du 26 août 2022. Elle en déduit que cette décision doit être écartée et que partant l'acte attaqué est entaché d'une irrégularité telle qu'il doit être tenu pour inexistant, puisqu'il n'aurait jamais pu exister sans la décision du 26 août 2022. Elle développe son argumentation comme il suit :

« […] Diverses dispositions en droit des marchés publics tendent à assurer une saine concurrence tout autant que les garanties de bonne exécution du marché. Le processus de vérification des prix, - qui fut en l'espèce à l'origine de la révélation des irrégularités de l'offre de la S.A. EUROGREEN -, fait partie des règles de droit qui tendent à garantir ces principes fondamentaux.
Ainsi, la concurrence entre les candidats ne peut jouer de manière malsaine ni en contrariété aux exigences de la bonne exécution du marché. Il n'est donc pas seulement question pour le pouvoir adjudicateur d'assurer une pure et simple concurrence. Bien au contraire, ce pouvoir se doit d'assurer que cette concurrence respecte les limites tenant à ces deux exigences notamment.

[…] En l'espèce, la requérante a longuement exposé, dans les recours qu'elle a introduits à l'encontre des décisions passées d'attribution du marché à la S.A.

EUROGREEN, qu'elle estimait que la possibilité pour des sociétés relevant de la CP145 portait atteinte tant aux garanties de bonne exécution du marché qu'à l'exigence de saine concurrence.
La partie adverse, bien que parfaitement consciente de cette contestation, a uniquement invoqué le respect de la concurrence – non autrement qualifiée – pour justifier sa décision du [26 août] 2022.
S'agissant du reste de renoncer à l'attribution d'un marché ayant déjà fait l'objet de décisions d'attribution, toutes suspendues par Votre Conseil puis éventuellement retirées, la partie adverse ne pouvait se contenter d'invoquer la notion de concurrence "générale" pour fonder sa décision.
Elle se devait, au titre notamment des exigences de motivation interne, d'exposer en quoi elle estimait que la saine concurrence et les exigences de bonne exécution du marché seraient mieux servies par cette renonciation que par le respect des engagements pris par le biais de la publication du C.S.C. "originel", ayant déjà créé des droits acquis ou des attentes légitimes dans le chef des candidats dont la requérante.
La partie adverse ne l'a pas fait.

Les motifs de sa décision du [26 août] 2022, en tant qu'ils tiennent aux exigences de concurrence, ne sont donc pas suffisants pour permettre de comprendre ses fondements réels.

[…] La partie adverse commet du reste une erreur manifeste d'appréciation en considérant que l'exigence de respecter les barèmes de la CP124 restreindrait illégalement la concurrence.
En effet, cette exigence est parfaitement conforme aux exigences de saine concurrence et de garanties de bonne exécution du marché.
Outre que la partie adverse ne s'en explique pas, et n'expose notamment pas en quoi une société affiliée à la CP145 pourrait valablement assurer l'exécution du marché concerné, pas plus qu'en quoi la saine concurrence ne serait pas menacée par l'application d'un prix reprenant le paiement du personnel aux barèmes inférieurs de la CP145, force est de constater qu'elle a fait reposer sa décision du [26 août] 2022 sur une conception parfaitement erronée de la concurrence, laquelle devrait être assurée de manière totalement libre et complète.

[…] La décision du [26 août] 2022 doit donc être écartée, et l'acte attaqué être tenu pour inexistant en conséquence.
Le troisième moyen est donc fondé ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État sur les trois moyens réunis

Dans les trois moyens de la requête, la requérante conteste la décision du 29 septembre 2023 d'attribuer le marché public de services ayant pour objet « bail de brossage et curage routier - district de Ciney » (à conclure pour deux périodes d'un an - procédure lancée au mois de mars 2023), en invoquant l'illégalité de la décision du 26 août 2022 (1) de renoncer à attribuer le lot 5 « district de Ciney » d'un précédent marché public de services ayant le même objet (à conclure pour quatre périodes d'un an - procédure lancée au mois de décembre 2020) sur la base d'un autre cahier spécial des charges et (2) de relancer une nouvelle procédure de passation, laquelle a abouti à la décision d'attribution attaquée.

L'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

« L'accomplissement d'une procédure n'implique pas l'obligation d'attribuer ou de conclure le marché. Le pouvoir adjudicateur peut soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière […] ».

La décision de renoncer à une procédure d'attribution d'un marché – ou de certains lots d'un marché – et d'en recommencer une nouvelle relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur qui fait ce choix en opportunité. Cette décision doit cependant être fondée sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, repris dans une motivation formelle. Dans le cadre de son contrôle, qui doit demeurer marginal, il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, sauf à établir l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation.

La décision de renoncer à une procédure d'attribution et de relancer une nouvelle procédure n'est pas limitée à des cas exceptionnels ou à des motifs graves. La mise en œuvre de la possibilité prévue par l'article 85 précité n'est pas non plus conditionnée au respect d'une quelconque exigence quant à la légalité ou la régularité des phases antérieures de la procédure ; il est donc possible de ne pas conclure un marché, même si une décision d'attribution a déjà été prise et que cette décision n'est pas entachée d'irrégularité.

En l'espèce, la décision du 26 août 2022 de renoncer à attribuer le lot 5 du marché litigieux sur la base d'un premier cahier spécial des charges et de relancer une nouvelle procédure ouverte en vue de la passation d'un bail similaire fait suite à l'arrêt n° 254.278 du 15 juillet 2022 qui ordonne la suspension de l'exécution de la décision d'attribution de ce lot.

Dans cet arrêt, le Conseil d'État juge *prima facie* que l'offre de la SA Eurogreen est entachée d'irrégularité substantielle liée à la contradiction entre, d'une part, la déclaration annexée à son offre de respecter le salaire minimum fixé par la convention collective de travail du secteur de la construction et, d'autre part, le prix qu'elle propose, qui ne tient pas compte de ce salaire minimum, mais de celui fixé par une autre convention collective d'une autre commission paritaire pour laquelle aucun engagement n'est prévu pour garantir une concurrence loyale et éviter le dumping social. Le Conseil d'État relève, par ailleurs, les deux éléments suivants :

- d'une part, le fait que, dans un premier arrêt n° 251.696 du 30 septembre 2021, le Conseil d'État a déjà relevé l'existence de l'engagement d'« octroyer au moins le

salaire minimum fixé par la Convention collective de travail du secteur de la construction, conformément à la qualification du travailleur » contenu à l'annexe 2 du modèle d'offre, intitulée « Déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social applicable aux entrepreneurs ressortissant à la Commission paritaire 124 (Construction) », mais que, dans le cadre de la réfection de l'acte attaqué faisant suite à ce premier arrêt, le cahier spécial des charges initial n'a pas été modifié pour supprimer toute référence à la « commission paritaire 124 » ou au « salaire minimum fixé par la convention collective de travail du secteur de la construction » ;

- d'autre part, la référence à la commission paritaire 124 est susceptible d'avoir eu une influence sur la concurrence puisque, d'une part, des entrepreneurs ne relevant pas de cette commission et dont les salaires ne sont pas au niveau minimum fixé par cette convention collective ont pu être dissuadés de soumissionner alors que, selon la position de la partie adverse, ils auraient été admissibles à le faire et que, d'autre part, l'offre de soumissionnaires ayant déposé offre aurait pu être différente s'ils avaient su que le prix proposé pouvait se fonder sur le salaire d'ouvriers qui ne bénéficient pas du salaire minimum fixé par la convention collective de travail du secteur de la construction.

À la suite de l'arrêt du 15 juillet 2022, il s'imposait à la partie adverse de refaire l'examen des offres à la lumière des documents applicables à ce marché en tenant compte du dispositif de cet arrêt, des motifs qui en constituent le support nécessaire et indissociable, ainsi que des constats dont ils procèdent.

Certes, la partie adverse, dans la rédaction des motifs de la décision du 26 août 2022, paraît vouloir revenir sur la portée de l'engagement formulé dans l'annexe 2 du modèle d'offre, alors que le Conseil d'État a, dans son arrêt du 15 juillet 2022, jugé *prima facie* qu'il fallait s'en tenir à une application littérale de cette annexe. Ceci étant, la partie adverse n'en tire aucune conséquence sauf pour retenir que l'annexe 2 – appliquée littéralement ainsi que l'arrêt susvisé l'exige – pourrait porter à confusion et avoir des effets négatifs sur la concurrence, comme le Conseil d'État le relève par ailleurs dans son arrêt, et qu'il est dès lors souhaitable de modifier les documents du marché et de relancer une nouvelle procédure de passation sur la base d'un cahier modifié.

Prima facie, la décision du 26 août 2022 ne méconnaît pas la théorie de l'acte clair. En effet, la décision de renoncer à attribuer le lot 5 du marché n'est pas justifiée par une tentative d'interpréter les termes clairs de l'annexe 2 dans un sens qui leur serait contraire ; elle est justifiée par les effets potentiellement négatifs d'une application littérale de cette annexe sur la concurrence. De ce point de vue, il

importe peu que la confusion dont fait état la décision du 26 août 2022 soit ou non le fruit d'une erreur commise par la partie adverse ou que cette application littérale corresponde ou pas à l'intention initiale de la partie adverse.

Par ailleurs, la requérante fait une lecture erronée de la décision du 26 août 2022 lorsqu'elle affirme que cette décision se fonde sur le constat que les arrêts imposaient de revoir le cahier spécial des charges pour éviter une confusion possible. La partie adverse relève, dans cette décision, différents constats opérés par le Conseil d'État dans son arrêt n° 254.278 du 15 juillet 2022 et décide en opportunité qu'il convient d'abandonner la procédure d'attribution et d'en relancer une nouvelle sur la base d'un cahier modifié. *Prima facie*, cette décision ne viole pas l'autorité provisoire de chose jugée attachée à l'arrêt précité. Si cet arrêt conclut à l'irrégularité de l'offre de la SA Eurogreen, il n'impose pas de réattribuer le lot 5 du marché après avoir déclaré cette offre nulle. L'arrêt précité ne contient aucune considération de nature à faire obstacle à la mise en œuvre de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 précitée. Certes, l'arrêt ne relève pas d'irrégularité dans le cahier spécial des charges – la requérante ne dénonçant d'ailleurs, dans le recours ayant donné lieu à cet arrêt, aucune irrégularité à cet endroit –. Le dispositif et les motifs de l'arrêt du 15 juillet 2022 ne s'opposent toutefois pas à ce que la partie adverse – qui doit refaire l'examen des offres à la lumière des documents applicables au marché – revoie ceux-ci et, le cas échéant, conclue au caractère inadéquat de certaines exigences et à l'opportunité éventuelle de relancer une nouvelle procédure sur la base d'un cahier spécial des charges modifié.

Le grief pris du détournement de pouvoir reposant sur le postulat erroné que l'arrêt n° 254.278 du 15 juillet 2022 imposait à la partie adverse de déclarer nulle l'offre de la SA Eurogreen avant de réattribuer le lot 5 du marché à la requérante, il ne paraît pas non plus sérieux.

Dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, l'objectif de préservation des principes de concurrence et de transparence invoqués pour justifier la décision du 26 août 2022 paraît, au vu de l'ensemble des données du dossier, admissible. Pareil objectif est pertinent au regard des Traités et directives européens ainsi que de la législation interne qui les transpose. L'exigence d'un engagement des soumissionnaires au-delà de leurs obligations sociales peut être jugée inopportune dès lors qu'elle a pour effet négatif de limiter l'accès à un marché à un nombre inutilement restreint de soumissionnaires et porter ainsi atteinte à une saine concurrence. La relance de la procédure a permis à la requérante comme à d'autres sociétés de participer au nouveau marché et de déposer offre sur la base d'un cahier spécial des charges modifié. La requérante suggère que permettre à des entreprises qui ne relèvent pas de la commission paritaire 124 (secteur de la

construction) de déposer offre dans le cadre du marché – de services – litigieux porterait atteinte tant aux garanties de bonne exécution de celui-ci qu'à l'exigence d'une saine concurrence. Cette affirmation n'est toutefois pas établie dans la requête, où l'argument est soulevé de manière péremptoire sans démonstration concrète des allégations qui sont avancées. La requérante ne dirige, par ailleurs, aucune critique contre le nouveau cahier des charges – qui ne comporte pas d'annexe équivalente à l'annexe 2 du précédent marché – annexe 2 dont l'absence, à suivre la requérante, menacerait pourtant la bonne exécution du marché et la saine concurrence.

Contrairement à ce que la requérante soutient, les motifs de la décision du 26 août 2022, en tant qu'ils invoquent les principes de concurrence et de transparence, paraissent suffisants. La requérante n'établit pas que ces motifs seraient inadéquats ou que la décision du 26 août 2022 procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation.

Aucun des trois moyens de la requête n'est sérieux.

Il n'est pas nécessaire de procéder à l'examen d'autres causes éventuelles de rejet de la demande.

V. Confidentialité

La partie adverse dépose, à titre confidentiel, les offres qu'elle a reçues dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux (nouvelle procédure), différents courriers relatifs aux prix proposés par différents soumissionnaires ainsi qu'un tableau comparatif des prix. Il s'agit des pièces 1 à 10 du dossier confidentiel de la partie adverse.

Ce dépôt n'étant pas contesté, 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 demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L’exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 1 à 10 du dossier confidentiel de la partie adverse sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 27 novembre 2023, par la VI[e] chambre du Conseil d’État siégeant en référé composée de :

Florence Piret,	conseiller d’État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	Florence Piret