

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

n° 260.285 du 27 juin 2024

A. 242.051/VI-22.842

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

contre :

Bruxelles Environnement,
ayant élu domicile chez
M^{es} Charles-Henri de LA VALLÉE POUSSIN
et Claire SPONAR, avocats,
chaussée de Charleroi 112
1060 Bruxelles.

Requérante en intervention :

la société anonyme KRINKELS,
ayant élu domicile chez
M^e Olivier ESCHWEILER, avocat,
rue de Mery 42
4130 Esneux
et ayant également pour conseil
M^e Gaël TILMAN, avocat.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 31 mai 2024, la partie requérante demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse à une date inconnue décidant de considérer l'offre de la requérante irrégulière et d'attribuer le lot 1 (Parc Elisabeth – Basilique) du marché d'entretien des Espaces Verts – zone Ouest (2 lots) à la société KRINKELS » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 4 juin 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 juin 2024

Par une requête introduite le 13 juin 2024, la SA KRINKELS demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

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

M. Xavier Close, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Lionel-Albert Baum, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Charles-Henri De La Vallée Poussin et Claire Sponar, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Gael Tilman, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

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

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. Le 19 décembre 2022, le Ministre de la Transition climatique, de l'Environnement, de l'Energie et de la Démocratie participative de la Région de Bruxelles-Capitale décide de passer, selon une procédure ouverte, un marché public de services pour « l'entretien des espaces verts – zone Ouest ».

Il approuve à cette occasion le cahier des charges n° 2022G0308 établi par Bruxelles Environnement.

2. Le marché, dont le montant total est estimé à 1.184.000,00 euros HTVA, est divisé en deux lots, le premier relatif au « Parc Elisabeth – Basilique », le second relatif à la « Peupleraie Nestor Martin » et à « Zavelemberg ».

Une durée initiale de 12 mois est prévue, une reconduction étant possible à trois reprises.

3. Les avis relatif à ce marché sont publiés au Bulletin des adjudications du 23 janvier 2023 et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) du 27 janvier 2023.

Il est prévu par les documents du marché que les offres peuvent être déposées jusqu'au 23 février 2023 à 14 heures.

Le prix est le seul critère d'attribution. Des inventaires sont, par ailleurs, mis à la disposition des soumissionnaires comportant 46 postes pour le lot 1 et 36 postes pour le lot 2, essentiellement en quantité présumées.

4. Un premier avis de marché rectificatif est publié le 1^{er} février 2023 au BDA et le 6 février 2023 au JOUE, avertissant les soumissionnaires d'une modification du cahier des charges.

5. Un deuxième avis rectificatif est publié le 17 février 2023 au BDA et le 22 février 2023 au JOUE, avertissant les soumissionnaires d'un report de la date ultime de dépôt des offres au 1^{er} mars 2023 à 14 heures et de la modification de l'inventaire du lot 1.

6. Lors de l'ouverture des offres le 1^{er} mars 2023, il est constaté que cinq soumissionnaires ont remis offre pour le lot 1, dont la SA EUROGREEN (requérante) et la SA KRINKELS (requérante en intervention).

7. Dans le cadre de l'examen des offres remises pour ce lot, la partie adverse demande à la requérante et à la requérante en intervention, par courriers du 24 avril 2023, une justification de leurs prix globaux respectifs, les deux offres étant inférieures de plus de 15 % à la moyenne des offres reçues.

La société EUROGREEN est également interrogée au sujet des prix des postes 0.1.5.2 et 0.9.1. de l'inventaire. La société KRINKELS est, quant à elle, interrogée concernant les prix des postes 0.1.2, 0.1.2.2.2, 0.1.12.1, 0.3.6.4, 0.4.1.2 et 0.9.2 de l'inventaire.

8. La société KRINKELS répond à cette demande par un courrier du 9 mai 2023. La société EUROGREEN y donne suite le 10 mai 2023.

9. Un rapport d'examen des offres est rédigé le 13 juin 2023.

Au sujet du lot 1, le rapport conclut à l'exclusion de deux soumissionnaires ne satisfaisant pas aux critères de sélection qualitative.

Dans le cadre de l'examen des prix de la société KRINKELS, le rapport constate à l'anormalité du poste 0.3.6.4 et du poste 0.4.1.2 du métré, et conclut à l'écartement de l'offre de cette société.

Les justifications apportées par la société EUROGREEN sont, quant à elle, toutes acceptées.

Le rapport d'examen des offres conclut au classement final suivant pour le lot 1 :

N°	Nom	Prix TVAC*	Classement
2	EUROGREEN sa	255.664,92	1er
1	A2-ABOG	653.398,40	2ème

Il propose dès lors d'attribuer le lot 1 du marché à la société EUROGREEN, pour un montant annuel de 211.293,33 euros HTVA.

10. Le 14 juillet 2023, la partie adverse approuve le rapport d'examen des offres, le fait sien et décide d'attribuer le marché à la société EUROGREEN.

11. Le 28 août 2023, la société KRINKELS introduit contre cette décision un recours en suspension selon la procédure d'extrême urgence auprès du Conseil d'État.

12. Par un arrêt n° 257.390 du 21 septembre 2023, le Conseil d'État suspend l'exécution de l'acte attaqué, pour le motif que la décision d'écarter l'offre de la société KRINKELS n'est pas adéquatement motivée en la forme, à défaut de montrer que le pouvoir adjudicateur a bien vérifié si les postes considérés comme anormaux sont ou non-négligeables (ECLI:BE:RVSCE:2023:ARR.257.390).

13. Un nouveau rapport d'examen des offres est rédigé le 15 décembre 2023.

14. Le 19 décembre 2023, la partie adverse décide « de retirer la décision d'attribution suspendue du 14 juillet 2023 », « d'approuver le rapport d'examen des offres du 15 décembre 2023 pour le lot 1 (Parc Elisabeth – Basilique)

[...], « de considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante » de la délibération, « de considérer l'offre de KRINKELS comme substantiellement irrégulière » et d'attribuer le marché à la société EUROGREEN.

15. Le 8 janvier 2024, la société KRINKELS sollicite, auprès du Conseil d'État, la suspension de cette deuxième décision selon la procédure d'extrême urgence.

16. Le 7 février 2024, la partie adverse retire la décision attaquée, « sauf en ce qu'elle procède elle-même au retrait de la décision déjà suspendue du 14 juillet 2023 », estimant en substance qu'elle ne respecte pas pleinement l'obligation de motivation formelle s'imposant à elle.

17. A la suite du retrait, une nouvelle vérification des prix des soumissionnaires est opérée.

La société EUROGREEN est interrogée, par courrier du 18 janvier 2024, sur le prix global de son offre, ainsi que sur la composition du prix ou du coût des postes 0.1.1.1, 0.1.2.1, 0.1.12.1, 0.3.5, 0.3.6.2, 0.3.6.4, 0.4.1.2, 0.8.1.3 et 0.9.3.

La société KRINKELS est quant à elle interrogée sur le prix global de son offre ainsi que sur la composition du prix ou du coût des postes 0.1.1.1, 0.1.2.1, 0.1.12.1, 0.3.5, 0.3.6.2, 0.3.6.4, 0.5.3, 0.8.1.3 et 0.9.3.

18. La société EUROGREEN apporte des justifications par un courrier du 25 janvier 2023. La société KRINKELS répond quant à elle à la demande de la partie adverse par un courrier du 29 janvier 2024.

19. Un nouveau rapport d'examen des offres est finalisé le 22 avril 2024.

Ce rapport conclut toujours à la non-sélection de deux soumissionnaires.

S'agissant de l'examen de la régularité des prix, le rapport conclut à la normalité des prix de la société KRINKELS. Il rejette en revanche les justifications de la société EUROGREEN quant au poste 0.8.1.3 de l'inventaire, conclut à l'anormalité de ce prix et propose de déclarer l'offre substantiellement irrégulière pour cette raison.

Le classement des offres est dès lors le suivant à l'issue de la comparaison des offres considérées comme régulières :

N°	Nom	Prix TVAC*	Classement
1	KRINKELS nv	202.593,97	1 ^{er}
3	A2-ABOG	653.398,40	2 ^e

Le rapport conclut à l'attribution du lot 1 du marché à la société KRINKELS.

19. Le 2 mai 2024, la partie adverse décide notamment « de considérer les offres d'A2 SA - Abog NV, EUROGREEN sa et KRINKELS nv comme complètes et régulières » (*sic*), d'approuver « le rapport d'examen des offres du 13 juin 2023 (*sic*) pour lot 1 (Parc Elisabeth - Basilique), rédigé par la Division des Espaces Verts », de considérer « le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération », et d'attribuer le marché à la société KRINKELS « aux prix unitaires mentionnés dans l'offre de ce soumissionnaire ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 13 juin 2024, la société KRINKELS demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du marché litigieux, elle dispose d'un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir son intervention.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation de « la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11 ; la loi sur les marchés publics du 17 juin 2016, notamment en ses articles 4 et 84 ; l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses articles 35 et 36 ; 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 en ses articles 4 et 5 ; la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3 ; du

CSC applicable en particulier l'article 0.3.6.4 page 50 ; des principes généraux de bonne administration, que sont les principes de confiance, de précaution et de proportionnalité, de minutie, de sécurité juridique, de transparence, d'appréciation, et du principe *patere legem quam ipse fecisti* ».

Elle s'abstient de résumer son moyen, qu'elle expose toutefois comme suit avant de le développer :

« En ce que :

Première branche : la partie adverse a estimé non négligeables les postes dont la moyenne des prix remis par les trois soumissionnaires sélectionnés pour le poste concerné, représentait plus de 2% de la moyenne des prix globaux des offres remises par les mêmes soumissionnaires ;

Deuxième branche : la partie adverse a jugé le poste 0.8.1.3 non-négligeable et le prix remis par la requérante pour ce poste anormal et écarté l'offre de la requérante ;

Troisième branche : la partie adverse a considéré les justifications de la SA KRINKELS pour les postes 0.1.1.1., 0.8.1.3., 0.3.5., et 0.3.6.4 acceptables ;

Alors que :

Première branche : conformément aux dispositions visées au moyen, le caractère négligeable ou non d'un poste s'analyse par rapport à son importance pour l'offre d'un soumissionnaire et non sur la base d'une moyenne des prix remis par l'ensemble des soumissionnaires sélectionnés ;

Deuxième branche : la partie adverse a commis une erreur manifeste et violé les dispositions visées au moyen en considérant le poste 0.8.1.3 non négligeable et en rejetant les justifications fournies par la requérante et, partant en considérant son prix comme anormal et en écartant l'offre remise par la requérante la jugeant atteinte d'une irrégularité substantielle ;

Troisième branche : la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé son propre CSC et les dispositions visées au moyen en acceptant les justifications émises par la SA KRINKELS pour les postes 0.1.1.1., 0.8.1.3., 0.3.5., et 0.3.6.4. »

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste le sérieux du moyen et résume son argumentation comme il suit.

Au sujet de la première branche :

« La partie adverse estime que la méthode dont elle a fait usage pour qualifier un poste de négligeable n'est pas déraisonnable. C'est au contraire la méthode que propose la requérante qui est déraisonnable et illégale ».

Au sujet de la deuxième branche :

« La partie adverse soutient à titre principal, qu'elle n'a commise aucune erreur manifeste en considérant que les justifications transmises par la requérante n'étaient pas suffisantes pour démontrer la normalité du prix proposé pour le poste 0.8.1.3.

À titre subsidiaire, la partie adverse n'était pas tenue de réinterroger la requérante sur normalité des prix qu'elle a proposé pour le poste 0.8.1.3. ».

Au sujet de la troisième branche :

« À titre principal, la partie adverse soutient que la requérante n'a pas intérêt à la troisième branche du moyen.

À titre subsidiaire, la partie adverse estime ne pas avoir commis d'erreur manifeste en acceptant les justifications de la SA KRINKELS et lui octroyant le présent marché ».

C. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante estime que le moyen n'est pas sérieux, et résume son argumentation comme il suit :

« En ce qui concerne la première branche, la requérante n'établit aucune illégalité ni caractère déraisonnable, pas plus qu'elle ne démontre que la motivation ne serait pas adéquate.

En ce qui concerne la deuxième branche, la requérante ne démontre pas que la partie adverse a commis une erreur d'appréciation en rejetant ses justifications de prix.

En ce qui concerne la troisième branche, l'intervenante dénie à la requérante un intérêt au moyen et démontre qu'aucune disposition visée au moyen n'a été violée par la partie adverse lors de l'acceptation des justifications de prix de KRINKELS ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

Le rapport d'examen des offres explique comme il suit les critères appliqués par la partie adverse pour déterminer les prix anormaux :

« II.5. Vérification des prix

III.5.1. Généralités

L'adjudicateur a considéré comme suspect d'anormalité les prix globaux qui s'écartaient de plus de 15%, à la baisse, de la moyenne des prix globaux des trois offres retenues au terme de la sélection qualitative. Il n'a pas été fixé de seuil de dépassement à la hausse, dès lors que, le seul critère d'attribution étant le prix, une offre dont le prix global serait plus élevé que la moyenne n'a aucune chance de se voir attribuer le marché.

Concernant les prix des postes, l'adjudicateur a considéré comme négligeables ceux dont la moyenne des prix remis par les trois soumissionnaires précités pour le poste concerné, représentait moins de 2% de la moyenne des prix globaux des offres remises par les mêmes soumissionnaires.

Parmi les postes non-négligeables, ont été jugés suspects d'anormalité et contrôlés ceux qui s'écartaient de plus de 15% à la baisse ou de plus de 200% à la hausse de la moyenne des prix remis par les trois soumissionnaires précités pour le poste concerné ».

La requérante relève que, dans le cadre du contrôle des prix, la partie adverse a estimé non négligeables les postes dont la moyenne des prix remis par les trois soumissionnaires sélectionnés représentait plus de 2% de la moyenne des prix globaux des offres remises par les mêmes soumissionnaires. Selon elle, cette manière de procéder est soit illégale, soit manifestement déraisonnable, soit encore inadéquatement motivée en la forme. De son point de vue en effet, « le caractère négligeable ou non d'un poste doit s'analyser sur la seule base de l'offre déposée par un soumissionnaire et non par rapport à une moyenne de prix de l'ensemble des offres reçues ». Elle relève à cet égard que le poste pour lequel son offre a été écartée « représente à peine 0,7 % » du montant de son offre.

Cet argument de la requérante ne peut être suivi.

Le pouvoir adjudicateur n'est 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 dès lors 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 qu'affirme la requérante, le pouvoir adjudicateur, dans son appréciation du caractère négligeable ou non des postes du marché, n'est donc nullement tenu de se référer exclusivement aux prix de l'offre déposée par un soumissionnaire déterminé.

En ce qu'il affirme le contraire, le moyen manque en droit.

La requérante ne démontre par ailleurs pas que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, qui s'entend de l'erreur qu'aucune

autre autorité administrative n'aurait commise dans les mêmes circonstances, lorsqu'elle s'est référée aux prix moyens des offres sélectionnées pour fonder son appréciation du caractère négligeable des postes du marché.

Sur le plan de la motivation formelle, 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'occurrence, la motivation du rapport d'examen des offres, à laquelle se réfère l'acte attaqué expose que « l'adjudicateur a considéré comme négligeables [les postes] dont la moyenne des prix remis par les trois soumissionnaires précités pour le poste concerné, représentait moins de 2% de la moyenne des prix globaux des offres remises par les mêmes soumissionnaires ». Le rapport d'attribution précise par ailleurs le « poids », exprimé en pourcentage, de la moyenne des postes examinés par rapport à la moyenne des prix globaux.

À la lecture du rapport d'attribution, les soumissionnaires ont donc pu prendre connaissance des critères qui ont été appliqués pour déterminer les postes non négligeables, et vérifier que les différents postes examinés correspondaient bien à ces critères.

L'obligation de motivation formelle n'impose pas à l'autorité d'exposer les motifs de ses motifs. Le pouvoir adjudicateur n'est donc pas tenu de justifier en la forme le choix de ces critères. Il suffit que ceux-ci ne soient pas manifestement déraisonnables, qu'ils soient appliqués de la même manière à l'ensemble des offres et qu'ils soient portés à la connaissance des soumissionnaires dans la motivation formelle de la décision d'attribution.

Contrairement aux affirmations de la requérante, la partie adverse n'a, pour le surplus, pas faussé la concurrence « en tenant compte de prix trop élevés, émis par des soumissionnaires ne disposant pas du bon matériel ou de l'expérience requise », pas plus qu'elle n'a « artificiellement gonflé l'importance des postes examinés ». À cet égard, la requérante semble partir du postulat – *prima facie* illogique – que la partie adverse aurait dû exclure une offre en raison de ses prix anormalement haut avant de procéder à un examen des prix.

Le moyen unique, en sa première branche, n'est pas sérieux.

B. Quant à la deuxième branche

La requérante a été interrogée au sujet de la normalité du prix du poste 0.8.1.3 de son offre sur le fondement de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Le poste « entretien des bancs, poubelles, mâts des luminaires » est expliqué en ces termes par le cahier spécial des charges :

« 0.8.1. Entretien des bancs, poubelles, mâts des luminaires

A. Contenu du poste

Le poste "entretien des bancs publics, poubelles, mats des luminaires " comprend à la fréquence de huit fois par an :

- 0.8.1.1. le lavage des :
 - a. bancs,
 - b. siège d'une place
- 0.8.1.2. le lavage des poubelles,
- 0.8.1.3. le lavage des mâts des luminaires ;
- 0.8.1.4. les tables de picnic
- 0.8.1.5. entretien des fontaines à boire
- 0.8.1.6. entretien de l'agoraspace
- 0.8.1.7. entretien du coffre
- le dégagement de la végétation ;
- l'enlèvement des déchets.

B. Méthode d'exécution

1. Les bancs (armatures, pieds et planches), poubelles et mats des luminaires sont lavés à l'aide d'une solution savonneuse et d'une brosse dure, et ensuite rincés à l'eau claire.

2. Le bon maintien de toutes les pièces mécaniques est vérifié. Un rapport succinct sur l'état des bancs, poubelles et mats des luminaires est rédigé.

3. Les bancs, poubelles et mats des luminaires sont également dégagés de toute végétation trop envahissante dans un rayon de 2 mètres autour du banc, et de 50 cm autour des poubelles et mats de luminaires.

[...] ».

Le rapport d'attribution, dans sa version communiquée aux soumissionnaires, énonce comme il suit la réponse apportée par la requérante à la demande de justification de prix qui lui a été communiquée au sujet du poste concerné :

N°	Description du poste	Quantité	Unité	Poids [%]	Écart [%]	Prix unit. offre
0.8.1.3.	Entretien des mats des luminaires	816	m²	3,51%	-84,81%	XxX€
Justification du soumissionnaire Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante : <ul style="list-style-type: none"> - le coût de la main d'œuvre pour un jardinier à XxX €/h ; - le coût du matériel : nettoyeur de haute pression à XxX€/h et eau 4m³ à XxX€/h (1h) ; - le coût du déplacement : camionnette à XxX€/h ; - le coût de déversement : déchets verts de 1t à XxX € par biométhanisation ; - Un rendement proposé à 204pc par opération (1jour). Conclusion : $(XxX + XxX + XxX) / 204 = XxX$ arrondi à XxX€						

Le rapport d'attribution contient par ailleurs l'analyse suivante, amenant la conclusion de l'anormalité du prix concerné :

- « - La décomposition reprend tous les éléments attendus qui constituent le prix du poste concerné. La décomposition est donc complète.
- Le rendement de 204 pc pour 1 jardinier/j représente 25,5pc/h donc 1 pc par 2'35'' avec déplacement d'une lumière à une autre et sans pause pour le jardinier. Même dans les limites du contrôle qu'exerce l'adjudicateur de ce point de vue, un tel rendement ne peut être jugé réaliste [et] accepté.

Conclusion : Il ressort de l'analyse des justifications apportées par le soumissionnaire que le prix du poste présente un caractère anormal qui ne lui permet pas d'exécuter le marché dans le respect des obligations qui résultent du cahier spécial des charges ainsi que des autres normes applicables ».

La requérante conteste la régularité de l'appréciation ainsi portée au sujet de la normalité du prix du poste 0.8.1.3. de son offre. Selon la requérante, les justifications offertes pour ce poste étaient claires, précises et détaillées, et elles auraient dû être acceptées par la partie adverse. Elle fait, à cet égard, essentiellement valoir qu'en tant que prestataire actuellement en charge du marché, elle en a une connaissance parfaite et connaît précisément le temps nécessaire pour accomplir la prestation visée par le poste. Elle dépose, pour appuyer ses propos, deux vidéos démontrant à son estime que le rendement affirmé dans sa justification est réaliste.

Il ressort de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques que les justifications de prix fournies par un soumissionnaire à la demande du pouvoir adjudicateur sont soumises à l'appréciation de celui-ci, laquelle appréciation suppose un examen concret et effectif de ces justifications. Lorsque le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier certains prix en application de la disposition réglementaire précitée, la décision de considérer – ou de ne pas considérer – comme anormaux les prix de l'offre doit faire l'objet d'une motivation

précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels l'adjudicateur a fondé cette décision.

Il ressort de la description du poste concerné par le cahier des charges que la prestation à accomplir ne se limite pas à nettoyer « à l'aide d'une solution savonneuse et d'une brosse dure, et ensuite rincés à l'eau claire », mais qu'il convient également de vérifier le « bon maintien de toutes les pièces mécaniques » et de dégager la « végétation trop envahissante » dans un rayon de [...] 50 cm autour des [...] mats de luminaires ».

La partie adverse a évalué – sans être critiquée quant à cette question par la requérante – que, pour respecter le rendement prévu par la requérante, un ouvrier devrait accomplir l'ensemble de ces prestations en 2 minutes 35 secondes par lampadaire « avec déplacement d'une lumière à une autre et sans pause ».

La requérante ne démontre pas qu'en estimant un tel rendement irréaliste, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, qui s'entend de l'erreur qu'aucune autre autorité administrative n'aurait commise dans les mêmes circonstances.

Les vidéos que la requérante dépose, montrant le nettoyage de lampadaires, et le fait que la requérante soit actuellement la prestataire en charge du marché, ne permettent pas de démontrer que l'acte attaqué est affecté d'une erreur manifeste d'appréciation.

D'une part, il est à la fois possible de connaître la durée de l'accomplissement normal d'une prestation et de néanmoins sous-évaluer cette durée, par erreur ou intentionnellement, à l'occasion du dépôt d'une offre la concernant. D'autre part, les vidéos déposées n'ont pas été soumises à la partie adverse lors de la justification du prix – de sorte qu'elle n'a pu y avoir égard – et elles ne rendent pas compte de la réalisation de l'ensemble des actes nécessaires à l'accomplissement des prestations décrites par le cahier des charges.

La motivation formelle de la décision d'attribution permet par ailleurs à la requérante de comprendre précisément le motif pour lequel son offre a été rejetée, et elle lui a permis d'introduire son recours en connaissance de cause. Cette motivation formelle est dès lors adéquate.

Le premier moyen, en sa deuxième branche, n'est pas sérieux.

C. Quant à la troisième branche

C.1. Quant à l'intérêt à la troisième branche

En application des articles 14 et 15 la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, l'intérêt d'une partie requérante à invoquer un moyen existe si elle a été lésée ou a risqué d'être lésée par la violation qu'elle allègue.

Dans la troisième branche de son moyen unique, la requérante critique les motifs matériels et formels de la décision de la partie adverse concernant la régularité des prix de certains postes de l'adjudicataire du marché.

Les violations ainsi dénoncées sont susceptibles d'avoir lésé la requérante, dès lors qu'elles ont pu conduire la partie adverse à attribuer le marché à un soumissionnaire qui, comme elle, a remis une offre irrégulière.

La requérante dispose dès lors d'un intérêt à la troisième branche du moyen.

C. 2. Quant au fond

a. Poste 0.8.1.3. – Entretien des mats et luminaires

La requérante conteste la justification, par la société KRINKELS, du prix remis pour le poste 0.8.1.3. de l'inventaire.

Selon le rapport d'attribution, dans la version communiquée aux soumissionnaires, la société KRINKELS a expliqué ce qui suit au sujet de ce poste dans son courrier du 29 janvier 2024 :

<i>N°</i>	<i>Description du poste</i>	<i>Quantité</i>	<i>Unité</i>	<i>Poids [%]</i>	<i>Écart [%]</i>	<i>Prix offre</i>	<i>unit.</i>
0.8.1.3.	Entretien des mats des luminaires	816	m²	3,51%	-81,01%	XxX €	
Justifications du soumissionnaire Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante : <ul style="list-style-type: none">- le coût de la main d'œuvre pour deux jardiniers avec outils motorisés à XX€/h ;- le coût des machines : camionnette à XxX €/h ;- un rendement proposé à 255pc par opération ;- nombre de jour de travail 3,2 jours. Conclusion : (XxX + XxX) / 816 = XxX arrondis à XxX €							

Le rapport d'attribution fait l'analyse suivante de cette justification :

- « - La décomposition reprend tous les éléments attendus qui constituent le prix du poste concerné. La décomposition est donc complète.
- Les prix des différents éléments de décomposition sont conformes aux prix habituellement constatés et attestent du respect du droit environnemental, social et du travail. Il en va ainsi, notamment, du coût de la main d'œuvre qui respecte les minima sociaux.
- Le rendement de 406 pc pour 1 jardinier 3,2 jours est réaliste et acceptable (=15,85pc/h).

Conclusion : Il ressort de l'analyse des justifications apportées par le soumissionnaire que le prix du poste présente un caractère normal qui lui permet d'exécuter le marché dans le respect des obligations qui résultent du cahier spécial des charges ainsi que des autres normes applicables ».

Du point de vue de la requérante, cette motivation ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la justification de la société KRINKELS est acceptée, puisqu'il est fait référence à 255 pc par opération, alors qu'il n'y a que 204 luminaires et non 255.

Dans sa note d'observations, la partie adverse soutient que la requérante se méprend sur la manière dont la justification de la société KRINKELS est structurée. Elle explique que le nombre de 255 pièces par opération désigne seulement un rendement, soit la quantité de mats que cette société affirme pouvoir entretenir en un jour avec deux jardiniers, et que c'est sur base de ce rendement que ce soumissionnaire a calculé son prix.

À l'audience, la requérante ne conteste pas l'explication de la partie adverse et indique s'en référer à la sagesse du Conseil d'État quant à ce premier argument.

Il ressort de la justification de la société KRINKELS, adéquatement résumée dans le rapport d'attribution, que celle-ci a calculé le rendement de deux jardiniers pour l'exécution du poste concerné et que, sur base de ce rendement, elle a bien remis un prix pour l'entretien de 204 luminaires. La motivation formelle de l'acceptation de cette justification est par ailleurs adéquate.

La critique de la requérante n'est pas sérieuse.

b. Poste 0.3.6.4. - Tonte sans bac récolteur

La requérante conteste la régularité de l'appréciation de la partie adverse au sujet de la normalité du prix du poste 0.3.6.4 de l'offre de la société KRINKELS.

Selon elle, les justifications offertes par ce soumissionnaire pour le poste en question ne pouvaient être admises. Cette société a en effet justifié le rendement de ses ouvriers quant à ce poste en se référant à l'usage de deux tondeuses dont le plateau de coupe est large de 2,7 mètres de large, alors que le cahier des charges énonce que « la largeur de coupe ne peut excéder 1,20 m pour les surfaces inférieures à deux hectares ». Selon la requérante, « cette disposition est pleinement applicable au poste litigieux de sorte que la partie adverse ne pouvait accepter une justification contenant l'aveu du non-respect des prescriptions du CSC de la partie adverse et violant donc les prescriptions applicables ». Elle soutient par ailleurs que la motivation formelle de la décision d'accepter ce prix n'est en toute hypothèse pas adéquate à défaut d'exposer les raisons pour lesquelles la justification serait acceptable malgré l'utilisation d'un matériel irrégulier. À l'audience, la requérante précise qu'il n'y a pas, à son estime, dans le parc Elisabeth de surfaces de 2 hectares « d'un seul tenant ».

Dans sa note d'observations, la partie adverse conteste l'argument. Elle relève que « les surfaces de tonte pour le poste 0.3.6.4 représentent, selon l'inventaire [...], 42.000,00 m², soit 4,2 ha ». Selon elle, la SA KRINKELS peut donc utiliser des tondeuses autoportées avec plateau de coupe de 2,7 mètres. À l'audience, elle conteste par ailleurs que la surface de deux hectares devrait être calculée d'un seul tenant. Elle affirme également qu'une tondeuse peut relier les différentes pelouses du parc en traversant les voiries internes sans interrompre le travail.

Le poste 0.3.6.4. du cahier spécial des charges, consacré à la « tonte sans bac récolteur » des pelouses du parc, est rédigé comme suit :

« > 0.3.6. Tonte des pelouses

A. Contenu du poste

Le poste "tonte des pelouses" comprend selon les prescriptions des clauses techniques décrites ci-dessous, à raison du nombre d'opérations précisé au mètre, par ordre chronologique :

> une fois par an et ce minimum une semaine avant la première opération de tontes (mars/avril), si nécessaire il sera procédé à l'appréciation du fonctionnaire dirigeant ou de son délégué, à une opération dite d'étaupinage (étalement des taupinières) suivi d'un roulage au droit des surfaces et dommages causés par les

taupes au moyen d'un rouleau dont le masse est de 100 kg par 50 cm de large du rouleau.

- le ramassage des déchets de toute nature et/ou de tout corps étranger à la pelouse (pierres, branches, papiers, feuilles hors saison, etc.) ;
- la tonte ;
- l'enlèvement des déchets et du produit de la tonte ;
- la réparation des dégâts éventuels.

Quatre postes sont distingués suivant la technique de tonte :

[...]

0.3.6.4. Tonte sans bac récolteur

La répartition des déchets de tonte doit être régulière se fait d'une manière homogène sur toute la surface (*mulching*). À défaut, les déchets, amas, etc. doivent être enlevés immédiatement et évacués du domaine public. La tondeuse doit être agréée par le fonctionnaire dirigeant ou son délégué.

B. Fréquence

La première opération de tonte se fait sur ordre de service spécial. Le fonctionnaire dirigeant ou son délégué se réserve le droit de changer la périodicité et le nombre des tontes si les circonstances l'exigent. Ces changements ne donnent pas droit à une augmentation des prix. Aucun refus de procéder à la tonte n'est admissible.

C. Méthode d'exécution

1. Le ramassage de tout déchet et/ou de tout corps étranger à la pelouse inclut aussi l'épandage des taupinières et amas de terre de plus de 0,10 m de hauteur.

2. La tonte se fait à l'aide d'un matériel adapté à la topographie, la nature du sol et les conditions climatiques. Le matériel utilisé est sujet à l'approbation du fonctionnaire dirigeant. La largeur de coupe ne peut excéder 1,20 m pour les surfaces inférieures à deux hectares. L'entrepreneur veille à ce qu'il n'y ait pas de traces de roue visibles.

[...] ».

Le poste est par ailleurs repris comme il suit dans l'inventaire en annexe du cahier des charges :

<i>Lot 1</i>	ENTRETIEN PARC Elizabeth / ONDERHOUD Elizabeth PARK					
Poste Post	Désignation des travaux et fourniture Beschrijving van werken en leveringen	Délai (J.O.) / Termijn (W.D.)	QP/VH	Fréq/Freq	QTP/TVH	Unité Eenheid
O.3.6.4	Tonte sans bac récolteur (mulching)/ Maaien zonder opvangbak (mulching)	2	42.000	25	1.050.000	m ²

La société KRINKELS, interrogée par la partie adverse sur la normalité du prix de ce poste, a apporté la justification suivante, selon la relation qu'en fait le rapport d'examen des offres, dans la version communiquée aux soumissionnaires :

N°	Description du poste	Quantité	Unité	Poids [%]	Écart [%]	Prix offre unit.
0.3.6.4.	Tonte sans bac récolteur	1.050.000	m²	6,06%	-43,40%	XxX €
Justifications du soumissionnaire Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante : <ul style="list-style-type: none"> - le coût de la main d'œuvre pour deux jardiniers avec outils motorisés à XxX €/h ; - le coût des machines : camionnette à XxX €/h, remorque à XxX €/h, camion à XxX €/h et deux tondeuses autoportée avec plateau de coupe de 2,7m à XxX €/h ; - un rendement proposé à 120.000m² pour 2 jardiniers/j ; - nombre de jour de travail : 8,75 jours. Remarque du soumissionnaire : Les deux tondeuses tondent à une vitesse de 5 km/h. Cela donne 13.500 m²/h/tondeuse ou 108.000 m²/jour/tondeuse. Pour les deux tondeuses ensemble, cela donne 216000 m²/jour. Une perte de 45% est prévue pour la tonte autour des obstacles, des arbres, des zones non accessibles avec une tondeuse autoportée, etc. Conclusion : $(XxX + XxX) / 1050000 = XxX$ arrondi à XxX €						

La partie adverse a accepté cette justification pour les motifs suivants :

« Analyse :

- La décomposition reprend tous les éléments attendus qui constituent le prix du poste concerné. La décomposition est donc complète.
- Les prix des différents éléments de décomposition sont conformes aux prix habituellement constatés et attestent du respect du droit environnemental, social et du travail. Il en va ainsi, notamment, du cout de la main d'œuvre qui respecte les minima sociaux.
- Le rendement de 60.000m²/jardinier/8,75 jours avec un plateau de coupe de 2,7m de largeur est réaliste et acceptable.

Conclusion : Il ressort de l'analyse des justifications apportées par le soumissionnaire que le prix du poste présente un caractère normal qui lui permet d'exécuter le marché dans le respect des obligations qui résultent du cahier spécial des charges ainsi que des autres normes applicables ».

L'énoncé de la « méthode d'exécution » contenu dans le poste 0.3.6.4 du cahier spécial des charges se limite à proscrire qu'au stade de l'exécution du marché, « la largeur de coupe » des tondeuses utilisées excède « 1,20 m » lorsque la prestation concerne des « surfaces inférieures à deux hectares ».

Ce texte n'impose pas que ces surfaces soient calculées d'un seul tenant. La requérante n'offre par ailleurs, dans sa requête ou en termes de plaidoirie, aucun argument qui permettrait de rejeter l'affirmation de la partie adverse selon laquelle le minimum de « deux hectares » se vérifie au regard de la surface prévue par le poste concerné de l'inventaire, en l'occurrence une surface de 4,2 hectares.

Prima facie, dans le cadre d'un examen en extrême urgence, l'argument de la requérante manque donc en droit.

La requérante s'abstient par ailleurs d'identifier concrètement, en fait, quelles seraient les surfaces de pelouse qui, à son estime, ne seraient pas d'une

superficie d'au moins 2 hectares. Il n'appartient pas au Conseil d'État d'identifier ces espaces, s'ils existent, en lieu et place de la requérante.

La requérante ne rencontre pas non plus, dans sa requête ou en plaidoirie, l'affirmation de la partie adverse selon laquelle le passage aisé des tondeuses d'une pelouse du parc à une autre, à travers les voies de circulation internes au parc, permet bien de considérer que ces diverses surfaces sont d'un seul tenant.

L'argument semble donc également manquer en fait.

Sur le plan de la motivation formelle, la partie adverse n'était pas tenue de justifier son acceptation, dans le cadre de l'examen des prix, de la mention d'un moyen d'exécution qui, *prima facie*, est conforme au cahier des charges.

La critique de la requérante n'est donc pas sérieuse.

c. Poste 0.3.5. – débroussaillage

La requérante conteste l'acceptation, par la partie adverse, de la justification donnée par la société KRINKELS au sujet du prix remis pour le poste 0.3.5 de son offre, consacré au « débroussaillage ».

Elle affirme ne pas comprendre « pour quels motifs la partie adverse a accepté que le prix d'évacuation des déchets soit repris dans les frais généraux », alors que ce n'est pas le cas dans d'autres postes. Elle indique ne pas s'expliquer « que ce coût soit tantôt repris en frais généraux, tantôt envoyés en décharge » et elle estime que cette « contradiction aurait dû être relevée par la partie adverse et aurait dû l'amen[er] à rejeter l'offre de la SA KRINKELS ».

L'analyse, par la partie adverse, des justifications de la société KRINKELS au sujet de ce poste est la suivante :

« - La décomposition reprend tous les éléments attendus qui constituent le prix du poste concerné, sauf le traitement des déchets. Invité à s'expliquer sur ce point, le soumissionnaire a précisé, dans son courrier du 11 mars 2024, que le ramassage et l'enlèvement des déchets étaient inclus dans le rendement de chaque poste. Il a également expliqué comment les déchets du poste étaient rassemblés avec d'autres déchets avant que le tout ne soit évacué en une seule fois. Le prix de cette évacuation globale est inclus dans les frais généraux. Cette explication est acceptable. La décomposition est donc complète.

- Les prix des différents éléments de décomposition sont conformes aux prix habituellement constatés et attestent du respect du droit environnemental, social

et du travail. Il en va ainsi, notamment, du cout de la main d'œuvre qui respecte les minima sociaux.

- Le rendement de 70.000 m² pour 3 jardiniers est réaliste et acceptable.

Conclusion : Il ressort de l'analyse des justifications apportées par le soumissionnaire que le prix du poste présente un caractère normal qui lui permet d'exécuter le marché dans le respect des obligations qui résultent du cahier spécial des charges ainsi que des autres normes applicables ».

Les motifs formels de cette analyse sont clairs. Contrairement à ce qu'affirme la requérante, ils lui permettent de comprendre que, s'agissant de ce poste, la société KRINKELS a calculé son prix sans y insérer le coût de l'évacuation des déchets engendrés par le débroussaillage, ceux-ci étant rassemblés et évacués avec les déchets résultant d'autres prestations.

Au vu de ces motifs, la requérante pouvait formuler une critique de l'appréciation de la partie adverse quant à la normalité du prix de ce poste, ce qu'elle s'est abstenue de faire.

La requérante ne peut par ailleurs pas soutenir qu'il existe une contradiction dans l'offre de la société KRINKELS quant à la prise en considération du coût de l'évacuation des déchets de ce poste, puisqu'elle a elle-même justifié le prix remis pour le poste 0.3.5. en évaluant à 0 euros le prix relatif au « déversement des matériaux » (déchets).

L'argument n'est pas sérieux.

d. Poste 0.1.1.1. – Entretien des surfaces en dur

La requérante critique l'appréciation de la partie adverse au sujet de la justification remise par la société KRINKELS au sujet du prix du poste 0.1.1.1 de son offre.

La justification en question est relatée comme il suit, dans la version du rapport d'examen des offres communiquée aux soumissionnaires :

N°	Description du poste	Quantité	Unité	Poids [%]	Écart [%]	Prix unit. offre
0.1.1.1.	Entretien des surfaces en dur : opération régulière	463.800	m²	7,47%	-69,59%	XxX€
Justifications du soumissionnaire Le soumissionnaire décompose son prix de la façon suivante : <ul style="list-style-type: none"> - le coût de la main d'œuvre pour deux jardiniers avec outils motorisé (brosse à main) à XxX€/h ; - le coût machines : camionnette à XxX€/h et remorque à XxX €/h ; - un rendement proposé à 42.000m² par opération (11,04285714 jours). Conclusion : $(XxX+XxX) / 463800 = XxX€$						

Au vu de ces explications, la partie adverse a estimé que « le rendement de 42.000 m² pour 2 jardiniers » travaillant avec des « outils motorisés (brosse à main) » était « réaliste et acceptable ».

La requérante conteste cette appréciation, qu'elle estime manifestement déraisonnable. Selon elle, un tel rendement est impossible compte tenu de la main d'œuvre et des outils utilisés. Elle compare ce rendement avec celui de son offre, établie en prenant en considération l'intervention de trois ouvriers, d'un camion-brosse, d'une débrousailluse et d'un outil « Kersteen ». Elle estime qu'en acceptant cette justification, la partie adverse a violé les dispositions visées au moyen et a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Dans la matière du contrôle des prix, imposé par la réglementation des marchés publics, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour estimer le caractère apparemment anormal d'un prix, déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications et examiner la validité des justifications apportées par le soumissionnaire concerné. Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, son contrôle étant, à cet égard, limité aux erreurs de fait et aux erreurs manifestes d'appréciation.

Il ressort de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques que les justifications de prix fournies par un soumissionnaire à la demande du pouvoir adjudicateur sont soumises à l'appréciation de celui-ci, laquelle appréciation suppose un examen concret et effectif de ces justifications. Lorsque le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier certains prix en application de la disposition réglementaire précitée, la décision de considérer – ou de ne pas considérer – comme anormaux les prix de l'offre doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels l'adjudicateur a fondé cette décision.

Comme l'indique la requérante, l'offre de la société KRINKELS fait état, dans sa justification du 29 janvier 2024, d'un rendement supérieur au sien pour l'exécution de ce poste, malgré l'affectation d'une main d'œuvre moins importante et l'utilisation d'un outillage différent.

La comparaison que la requérante opère entre ses moyens d'exécution et ceux proposés par la requérante ne suffit toutefois pas à prouver l'existence d'une erreur manifeste d'appréciation de la partie adverse quant au caractère réaliste ou non du rendement affirmé par la société KRINKELS pour justifier son prix. L'existence d'une telle erreur ne peut en effet être constatée que lorsqu'il est démontré que l'erreur dénoncée par la partie requérante n'aurait été commise par aucune autre autorité dans les mêmes circonstances. Tel n'est *prima facie* pas le cas en l'espèce, au vu des arguments avancés par la requérante.

La critique formulée par la requérante au sujet de ce poste ne peut donc être retenue.

Le moyen unique n'est donc sérieux en aucune de ses trois branches.

VI. Confidentialité

La partie adverse sollicite le maintien de la confidentialité des pièces 9 à 26, 37, 44 à 50*bis*, 51*bis* et 55 du dossier administratif.

La requérante dépose les pièces 4 (justification de prix du 25 janvier 2024), 5 (fichier vidéo), 6 (fichier vidéo) et 7 (courriel du 29 avril 2024 de la partie adverse) de son dossier à titre confidentiel.

La partie intervenante sollicite le maintien de la confidentialité de son offre (pièce A de son dossier).

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 S.A. KRINKELS est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 9 à 26, 37, 44 à 50*bis*, 51*bis* et 55 du dossier administratif, les pièces 4 à 7 du dossier de la requérante et la pièce A du dossier de la partie intervenante 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 27 juin 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Xavier Close,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Xavier Close