

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 261.836 du 19 décembre 2024

A. 232.297/VI-21.916

En cause : **la société à responsabilité limitée
TD PIERRE GILLOTEAUX,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Olivier BARTHELEMY et
Barbara ROUARD, avocats,
rue Barré 32
5500 Dinant,

contre :

**la société wallonne de financement complémentaire
des infrastructures (« SOFICO »),**

ayant élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER,
François VISEUR et Manon DE THIER, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 novembre 2020, la partie requérante demande l'annulation de « la décision prise par la partie adverse en date du 6 octobre 2020 aux termes de laquelle il a été décidé d'écarter l'offre de la partie requérante pour le marché "CSC n°08-08.01-20-0504-Lot n° 5" et d'initier une procédure concurrentielle avec négociation sur base de l'article 38, § 1^{er}, 2°, de la loi du 17 juin 2016, en vue d'assurer les prestations du service hivernal sur les routes gérées par le district de Wanlin pour le lot n° 5 ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur

la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 25 octobre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 décembre 2024.

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

M^e Yvonne Tilquin, *loco* M^{es} Barbara Rouard et Olivier Barthelemy, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Christophe Dubois, *loco* M^{es} Véronique Vanden Acker, François Viseur et Manon De Thier, avocat, comparaisant pour les parties adverses, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

1. Le 3 avril 2020, la Société wallonne de financement complémentaire des infrastructures (en abrégé « SOFICO ») publie au Bulletin des adjudications un avis de marché intitulé « Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District de Wanlin ». Un avis est également publié au Journal officiel de l'Union européenne du 7 avril 2020.

Le marché vise l'exécution des services relatifs à l'épandage des fondants chimiques et au déneigement sur les routes et autoroutes gérées par le District de Wanlin de la Direction des routes de Namur, ainsi que des opérations de mise en ordre des dépôts et/ou des stocks de sel de l'administration, des prestations de camion, de matériel spécifique et de main d'œuvre et de location sans chauffeur.

2. Le marché est composé de 6 lots et est régi par un cahier des charges portant le n° 018.08.01-20-0504 (que les parties désignent comme portant le n° portant le n° 08.08.01-20-0504). Le mode de passation retenu est la procédure ouverte

avec le prix pour seul critère d'attribution.

3. Lors de la séance d'ouverture des offres, il est constaté qu'outre la requérante, deux opérateurs économiques, la S.A. SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS et l'ENTREPRISE COSSE-CINEY, ont déposé une offre pour le lot 5.

4. Le 11 juin 2020, la partie adverse interroge comme il suit la SRL GILLOTEAUX, 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 :

« Après vérification, les prix que vous avez remis pour les postes n° 8.1 et 8.5 de l'inventaire semblent anormaux.

En conséquence, conformément à l'article 36, § 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, nous vous demandons de nous faire parvenir, dans un délai de 15 jours de calendrier à compter du lendemain de la date d'envoi du présent courrier, vos justifications écrites relatives au montant et à la composition du prix des postes précités.

Nous vous invitons également à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations applicables dans le domaine du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.

Plus particulièrement, nous vous demandons, 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. Ces barèmes et charges ainsi que vos coûts réels doivent être précisés dans votre réponse.

Les justifications fournies doivent être précises, concrètes et détaillées en ventilant les différents composants du prix du poste concerné ».

5. Le 17 juin 2020, la SRL GILLOTEAUX répond à cette demande en expliquant que l'entreprise souhaite récompenser les ouvriers travaillant de nuit et les week-ends. Les prix remis serviraient également à couvrir d'éventuels dépannages de nuit.

6. Le 13 août 2020, la partie adverse adresse une nouvelle demande à la requérante, dès lors qu'elle estime que la justification de prix relative au coût salarial est incomplète. Elle s'exprime comme suit :

« [...]

Nous vous demandons, 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. Ces barèmes et charges ainsi que vos coûts réels doivent être précisés dans votre réponse.

[...] »

7. Le 31 août 2020, la SRL GILLOTEAUX répond ce qui suit :

« [...]

Ensuite, en complément de notre mail du 17/06/20 et en accord avec nos ouvriers, nous payons un supplément de 40 € / heure.

Le reste étant une provision pour un éventuel dépannage de nuit. Si nous n'avons pas de dépannage à effectuer, ce montant servira d'éventuelle marge bénéficiaire.

[...] ».

8. Parallèlement, le 13 août 2020, la partie adverse demande des justifications de prix à la S.A. SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS concernant les mêmes postes 8.1 et 8.5 de l'inventaire. La SA SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS ne donne pas suite à cette demande.

9. Le 6 octobre 2020, la partie adverse constate que les offres des trois soumissionnaires sont affectées d'une irrégularité substantielle. L'offre de la société ENTREPRISE COSSE-CINEY est écartée en raison de l'absence de signature du rapport de dépôt de son offre. L'offre de la S.A. SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS et celle de la requérante sont écartées en raison de l'anormalité de leurs prix.

La partie adverse décide en conséquence de ne pas attribuer le marché et de relancer le marché par une procédure négociée sans publication préalable.

Il s'agit de la décision attaquée.

10. Par courrier du 28 octobre 2020, la partie adverse lance une nouvelle procédure d'attribution d'un marché ayant le même objet, *via* une procédure négociée sans publication préalable. Invitée à remettre prix, la requérante n'a pas déposé de nouvelle offre.

Le 14 décembre 2020, le marché a été attribué à la S.A. SOTRAPLANT, après négociation, pour un montant de 22.300,00 EUR HTVA pour une période hivernale et de 89.200,00. EUR HTVA pour quatre périodes hivernales.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un moyen unique pris de la « violation des principes généraux du droit administratif et principalement de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 33, 35, 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, [à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions], du principe général du droit du raisonnable, du détournement de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contradiction dans les causes ou les motifs qui servent de fondement à l'acte attaqué, du principe général de motivation interne des actes administratifs selon lequel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit ».

En une première branche, la requérante soutient que la décision attaquée ne contient aucun élément qui démontrerait qu'une vérification des prix concrète et effective a été effectuée. La décision attaquée se contente, selon elle, d'affirmer qu'une telle vérification a eu lieu, ce qui ne permettrait pas de démontrer que la procédure de vérification des prix a bien été réalisée.

En une deuxième branche, la requérante estime que la motivation formelle de l'acte attaqué, en ce qu'elle constate que la réponse qu'elle a fournie « ne justifie pas les prix remis pour les postes 8.1 et 8.5 », n'est ni pertinente ni complète. Elle reproche à la partie adverse d'écarter son offre sans préciser de quel alinéa de l'article 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 il est fait application. De son point de vue, la motivation formelle de l'acte attaqué ne permet pas de comprendre pourquoi, sur la base des justifications reçues de la requérante, le montant d'un ou plusieurs postes non négligeables ou le montant total de l'offre présenterait un caractère anormal.

Elle estime que si la partie adverse entendait écarter l'offre en raison de l'anormalité et du caractère non négligeable des postes 8.1 et 8.5, elle devait expliquer, dans la motivation formelle de son acte, en quoi ces postes étaient, ou non, négligeables et en quoi l'irrégularité constatée était substantielle. À l'inverse, si c'est en raison du caractère anormal du montant total de l'offre que celle-ci a été écartée, la

partie adverse devait expliquer « sur base de quel critère elle estim[ait] que le prix de l'offre globale [était] anormal ».

B. Mémoire en réponse

Concernant la première branche, la partie adverse affirme qu'il ressort de la décision motivée d'attribution que la vérification des prix a bien été effectuée puisque la requérante a été interrogée deux fois à ce sujet et que c'est au vu de ses réponses que son offre a été déclarée irrégulière. Elle souligne à cet égard que le second soumissionnaire régulier a également été interrogé dans le cadre de la vérification des prix. A son estime, la première branche du moyen manque dès lors en fait.

Concernant la deuxième branche, la partie adverse constate, après avoir rappelé l'historique de la correspondance échangée entre le pouvoir adjudicateur et la requérante à propos de la vérification des prix, qu'aucune preuve du coût salarial du respect des barèmes salariaux n'a été apportée par la requérante alors que c'est précisément ce qu'avait demandé le pouvoir adjudicateur dans son courrier du 13 août 2020. Elle observe que les réponses apportées par la requérante dans son courrier du 31 août 2020 ne répondaient pas aux demandes de la partie adverse et ne permettaient pas de justifier les prix proposés.

Elle soutient que la requérante est en mesure de comprendre ce qui lui est reproché puisqu'elle a été interrogée sur ces questions.

Elle souligne que les prix ont été divisés par plus de deux lors de la seconde procédure, ce qui témoigne, selon elle, de leur caractère anormalement élevé.

C. Mémoire en réplique

La requérante précise que les postes 8.1 et 8.5 représentent 2.400 EUR HTVA chacun, soit un total de 4.800 € HTVA sur un marché d'un total de 48.000 EUR HTVA. Elle estime qu'il s'agit de postes négligeables.

Quant au reproche qui lui est fait de n'avoir apporté aucune preuve du coût salarial ou du respect des barèmes salariaux, elle estime qu'il ne lui était pas possible de justifier davantage les sursalaires de ses ouvriers dès lors que ceux-ci sont indépendants, de telle sorte qu'elle ne dispose ni de fiches de paie, ni de règlement de travail.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse estime que l'acte attaqué est adéquatement motivé en la forme concernant la question du caractère négligeable ou non des postes anormaux relevés dans l'offre de la requérante.

Elle affirme que, dans le cadre de la vérification des prix, elle a respecté les articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Elle soutient qu'elle n'était pas tenue de motiver en la forme sa décision quant au caractère non négligeable des prix unitaires concernés. Selon elle, dès lors qu'elle a écarté une offre en raison des prix unitaires anormaux, cela implique qu'elle a considéré les postes concernés comme non négligeables. Considérer l'inverse reviendrait à exiger les motifs des motifs. Par ailleurs, elle soutient que « l'obligation de motivation décroît avec l'évidence d'un fait ». Elle relève que les deux postes litigieux étant liés au coût salarial du personnel, ils sont « de manière évidente d'une importance capitale pour le marché » et ne pourraient « en aucun cas être qualifiés de négligeables ». Elle ajoute que les postes concernés représentent chacun 5% de la valeur globale du marché, et donc ensemble 10 % de cette valeur, ce qui confirme qu'ils doivent être considérés comme des postes ayant une influence sur le marché.

À l'estime de la partie adverse, une motivation formelle spécifique au caractère négligeable ou non des postes concernés ne s'imposait donc pas.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

La requérante critique la motivation formelle de l'acte attaqué qui, en substance, ne permettrait pas de constater qu'une vérification des prix a eu lieu.

Aux termes de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

« Le pouvoir adjudicateur procède à la vérification des prix ou des coûts des offres introduites, conformément aux modalités fixées par le Roi. Le Roi peut prévoir des exceptions à la vérification des prix ou des coûts pour les marchés fixés par Lui.

À sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de

passation, toutes les indications permettant cette vérification. ».

L'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est quant à lui rédigé comme suit :

« Le pouvoir adjudicateur soumet les offres introduites à une vérification des prix ou des coûts. Pour ce faire, il peut, conformément à l'article 84, alinéa 2, de la loi, inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires ».

L'objectif du contrôle des prix est double : d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur en lui permettant de s'assurer que les prix proposés garantissent une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires et exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics ; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements qui y sont contraires et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence.

Conformément aux dispositions précitées, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder d'office à la vérification des prix. Il ne peut en aucun cas s'en abstenir. S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé concrètement à la vérification des prix.

L'acte attaqué repose en l'occurrence sur les motifs suivants, destinés à justifier l'écartement de l'offre de la requérante :

« Considérant qu'il a [...] été procédé à la vérification des prix conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;

Considérant que le pouvoir adjudicateur a invité par courrier recommandé daté du 11 juin 2020, le soumissionnaire TD PIERRE GILLOTEAUX SPRL à justifier les prix remis pour les postes 8.1 et 8.5 de l'inventaire conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;

Considérant que le soumissionnaire TD PIERRE GILLOTEAUX SPRL a répondu le 17 juin 2020, soit dans le délai imparti ;

Considérant que le soumissionnaire TD PIERRE GILLOTEAUX SPRL justifie les prix remis pour les sursalaires par le fait que l'entreprise souhaite récompenser les ouvriers travaillant de nuit et les weekends et que les prix remis servent également à couvrir d'éventuels dépannages de nuit ;

Considérant que la justification de prix relative au coût salarial était incomplète et que le pouvoir adjudicateur a par conséquent demandé une demande de

justification de prix complémentaire pour les postes 8.1 et 8.5 de l'inventaire par courrier recommandé daté du 13 août, en demandant de mettre en avant les coûts réels et le respect des barèmes salariaux ;

Considérant que le soumissionnaire TD PIERRE GILLOTEAUX SPRL a répondu le 31 août ;

Considérant que le soumissionnaire TD PIERRE GILLOTEAUX SPRL ajoute comme information complémentaire que le montant remis pour ces postes servira de marge bénéficiaire en cas d'absence de dépannage ;

Considérant que cette réponse ne justifie pas les prix remis pour les postes 8.1 et 8.5 de l'inventaire et n'apporte aucun élément complémentaire par rapport à la précédente justification de prix ;

Considérant qu'au vu de ce qui précède, l'offre de la société TD PIERRE GILLOTEAUX SPRL est écartée pour cause d'irrégularité substantielle quant au prix au sens de l'article 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ;

[...]

DECIDE

[...]

D'écarter l'offre de la société TD PIERRE GILLOTEAUX SPRL pour cause d'irrégularité substantielle quant au prix au sens de l'article 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

[...] ».

Cette motivation formelle permet de constater que la partie adverse a non seulement vérifié les prix unitaires de l'offre de la requérante, mais qu'elle les a également examinés. Elle identifie deux postes unitaires pour lesquels la requérante a été interrogée sur le fondement de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, indique que ces prix ont été considérés comme anormaux, et précise les motifs fondant cette appréciation.

Le dossier administratif permet par ailleurs de vérifier qu'outre la requérante, la société SOTRAPLANT TRAVAUX ROUTIERS a également été interrogée quant à certains prix unitaires de son offre, qui ont dès lors également fait l'objet d'un examen.

Le moyen, en sa première branche, manque donc en fait.

B. Quant à la deuxième branche

L'article 36, § 1^{er} et § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques fait obligation au pouvoir

adjudicateur, lorsque les prix ou les coûts d'une offre lui apparaissent anormalement bas ou élevés d'inviter le soumissionnaire à justifier par écrit la composition des prix ou des coûts considérés.

La même disposition, en son paragraphe 3, contraint le pouvoir adjudicateur à écarter l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée lorsqu'il constate, à la réception des justifications du soumissionnaire, que « le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal ».

La détermination du caractère négligeable ou non des postes considérés comme anormaux est requise pour conclure à l'existence d'une irrégularité substantielle affectant une offre, en raison de l'anormalité de ses prix. Elle fait partie des motifs devant être énoncés dans la décision motivée d'attribution, en application notamment de l'article 5, 8°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics.

L'acte attaqué ne contient aucun motif qui attesterait formellement que la partie adverse a examiné la question du caractère négligeable ou non des prix pour lesquels la requérante a été invitée à se justifier, ni *a fortiori* aucun motif expliquant une quelconque appréciation à cet égard.

La partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que l'écartement de l'offre de la requérante en raison de l'anormalité de certains de ses prix unitaires permet de comprendre que les postes concernés ont été jugés non négligeables. En l'absence de toute mention à ce sujet dans la motivation formelle de l'acte attaqué, la requérante n'a, au contraire, pas été en mesure de vérifier si la régularité de son offre avait été examinée de manière complète par la partie adverse, dans le respect de l'article 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité.

La partie adverse ne peut pas davantage être suivie en ce qu'elle affirme l'évidence du caractère non négligeable des postes concernés, en raison de leur importance relative dans le montant total du marché. Il n'appartient en effet pas au Conseil d'État de déterminer, en lieu et place du pouvoir adjudicateur, si un poste est ou non négligeable. Il ne peut par ailleurs être raisonnablement inféré du silence de la décision d'attribution que le pouvoir adjudicateur a porté une quelconque appréciation quant à cette question.

Le moyen unique est fondé en sa deuxième branche.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La requérante sollicite une indemnité de procédure de base. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

L'annulation de l'acte attaqué justifie que les autres dépens soient mis à charge de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La décision du 6 octobre 2020 écartant l'offre de la requérante et « d'initier une procédure concurrentielle avec négociation sur base de l'article 38, § 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016, en vue d'assurer les prestations du service hivernal sur les routes gérées par le district de Wanlin pour le lot n° 5 » est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 19 décembre 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,
Laurence Vancrayebeck,
Xavier Close,
Nathalie Roba,

président de chambre,
conseillère d'État,
conseiller d'État,
greffière.

La greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy