

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

n° 248.853 du 9 novembre 2020

A. 231.887/VI-21.874

En cause : **1. la société anonyme WILLEMEN INFRA,**
2. la société anonyme COLAS BELGIUM,
formant ensemble la société momentanée
WILLEMEN INFRA – COLAS BELGIUM
ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

contre :

la ville de Charleroi, représentée
par son collègue communal,
ayant élu domicile chez
M^{es} Marc UYTENDAELE
et Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

Parties requérantes en intervention :

1. la société à responsabilité limitée BAM GALÈRE,
2. la société anonyme VIABUILD SUD,
formant ensemble la société momentanée
GALÈRE-VIABUILD² SUD
ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR, Mathilde VILAIN XIII
et Léa TREFON, avocats,
chaussée de la Hulpe 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 septembre 2020, les sociétés anonymes Willemen Infra et Colas Belgium demandent, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse du 8 septembre 2020 "d'attribuer le marché relatif à 'La redynamisation urbaine – Les espaces publics' et 'La redynamisation urbaine – Les grands axes' pour la somme de 30.139.793,80 € HTVA, soit 36.469.150,50 € TVAC, à l'entreprise en Société

Momentanée GALÈRE – VIABUILD² SUD, rue Joseph Dupont 73, 4053 CHAUDFONTAINE, qui a remis l'offre régulière la plus avantageuse » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 30 septembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 octobre 2020.

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

Par une requête introduite le 13 octobre 2020, la SRL BAM GALÈRE et la SA VIABUILD SUD demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

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

M^e Marie Vastmans, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, M^e Anne Feyt, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Virginie Dor et Léa Trefon, avocats, comparaissant pour les parties intervenantes, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Geneviève Martou, 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

Les faits préliminaires ont été exposés dans l'arrêt n° 247.973 du 30 juin 2020.

Par deux courriers du 24 juin 2020, la partie adverse a demandé aux parties requérantes et intervenantes leur accord sur une prolongation de la validité de

leurs offres respectives de 180 jours. Les deux soumissionnaires ont marqué leurs accords sur une telle prolongation par deux courriers du 3 juillet 2020.

Par un courrier du 9 juillet 2020, la partie adverse a demandé aux parties intervenantes de justifier le prix du poste repris « dans le lot 1 – Tranches fermes P4 et P5 n° art. C1.11-006 C1.11 A code FEDER VA08 intitulé "11.1.3 - Étanchéité bitumeuse bicouche" », dans les 12 jours calendrier. Les parties intervenantes ont, le 16 juillet 2020, adressé leurs justifications de prix pour le poste précité. Par un courriel du lendemain, la partie adverse a demandé un complément de justifications, ce que les parties intervenantes ont remis par courriel du 20 juillet 2020.

Le 13 août 2020, le bureau d'études de la partie adverse a établi un nouveau rapport d'analyse des offres. Certaines dernières vérifications ont encore, par après, été effectuées.

Par une décision du 8 septembre 2020, le collège communal de la ville de Charleroi décide, d'une part, de retirer la décision du 31 mars 2020 dont l'arrêt n° 247.973 du 30 juin 2020 a ordonné la suspension de l'exécution et, d'autre part, d'attribuer le marché relatif à « La redynamisation urbaine — Les espaces publics » et « La redynamisation urbaine — Les grands axes » pour la somme de 30.139.793,80 € HTVA, soit 36.469.150,50 € TVAC, à l'entreprise en Société Momentanée GALÈRE — VIABUILD² SUD, qui « a remis l'offre régulière la plus avantageuse ».

Il s'agit de l'acte attaqué dans le cadre du présent recours, qui a été notifié aux deux soumissionnaires par mail et courrier recommandé du 15 septembre 2020.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 13 octobre 2020, la SRL BAM GALÈRE et la SA VIABUILD SUD demandent à intervenir dans la présente procédure.

En tant que bénéficiaires du marché litigieux, elles ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Premier moyen

V.1. Thèse des parties requérantes

Les requérantes prennent un premier moyen de la violation des articles 4, 38 et 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 33 et suivants et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes généraux du droit et, particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de transparence et de libre concurrence et de l'obligation de motivation matérielle, du cahier spécial des charges, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans une première branche, les requérantes font grief à la partie adverse d'avoir considéré que les modifications de quantités, présumées et forfaitaires, apportées par l'attributaire du marché dans le métré récapitulatif joint à la demande de BAFO sont des « erreurs matérielles purement formelles » et de les avoir, en conséquence, rectifiées pour les ramener aux valeurs initialement prévues par les documents du marché, en se fondant sur la note jointe à la BAFO de l'attributaire. Elles exposent que les modifications du métré récapitulatif ne peuvent être qualifiées d'erreurs matérielles, mais constituent des corrections volontaires des quantités, présumées et forfaitaires, du métré récapitulatif, que c'est – non par erreur – mais sciemment que l'attributaire a modifié ces quantités, comme le relève l'acte attaqué, en application de l'article 79 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 (cette disposition n'étant cependant pas applicable au présent marché), qu'il a d'ailleurs expressément justifié ces corrections dans la note jointe à sa BAFO, qu'il est peu plausible de commettre quinze erreurs purement matérielles lors de l'établissement de son offre (en mentionnant des chiffres fondamentalement différents de ceux indiqués dans le métré récapitulatif établi par la partie adverse), que ces corrections étaient expressément interdites par les documents du marché, qu'elles constituent des irrégularités substantielles et portent sur des montants importants (898.057,40 euros et 24.060,81 euros – soit près de 4% du montant de l'offre de l'attributaire), qu'elles impliquent une modification du prix et ont dès lors trait à une condition essentielle du marché, qu'en conséquence, elles ne pouvaient pas être pratiquées par l'attributaire et rectifiées ensuite par la partie adverse. Les requérantes ajoutent que « [p]lus loin dans le rapport d'attribution [...], la partie adverse a par ailleurs rectifié des quantités forfaitaires corrigées – irrégulièrement – par l'attributaire pressenti du

marché, en violation du cahier spécial des charges, et par voie de conséquence a encore réduit avantageusement de la sorte son offre de 123.443,58 euros ». Elles soutiennent qu'en validant les diminutions de quantités apportées par l'attributaire pour l'ensemble des postes concernés, la partie adverse a violé le principe d'égalité au préjudice de ceux qui, comme elles, ont respecté l'interdiction de modifications des quantités du métré récapitulatif ainsi que le principe *Patere legem quam ipse fecisti*. Les requérantes concluent en résumant leur argumentation comme il suit :

« Au vu de ce qui précède, la partie adverse ne pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation et sans violer les principes et dispositions visées au moyen, qualifier les modifications des quantités présumées et forfaitaires d'"erreurs matérielles purement formelles" et procéder à leur rectification. Au lieu de cela, la partie adverse aurait dû qualifier ces "modifications" de "corrections des quantités présumées et forfaitaires" et constater que pareille manière de procéder est interdite par les documents du marché. Elle aurait dès lors dû en tirer les conséquences qui s'imposent concernant la régularité de l'offre de l'attributaire pressenti du marché. La partie adverse ne pouvait en effet pas valablement considérer que, malgré ces corrections, l'offre de l'attributaire du marché est régulière. Elle aurait dû, au contraire, l'écarter au motif qu'elle est entachée d'une cause d'irrégularité substantielle en ce que la modification des quantités présumées et forfaitaires lui donne clairement un avantage concurrentiel puisqu'il a pu substantiellement revoir son offre à la baisse. Cela entraîne donc une distorsion de concurrence au détriment des requérantes qui ont strictement respecté les documents du marché et l'interdiction qu'ils comportent de modifier les quantités présumées et forfaitaires. Ces modifications empêchent par ailleurs la comparaison des offres reçues. L'attitude de la partie adverse est d'autant plus critiquable qu'elle ne s'est pas contentée de rectifier une erreur purement matérielle, mais s'est en réalité livrée à une modification de celle-ci en vue de sa régularisation. »

Dans une deuxième branche, les requérantes font valoir que l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé, la partie adverse se contredisant quant à l'applicabilité ou non de l'article 79 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, puisque le rapport d'analyse des offres indique, dans un premier temps, que cette disposition n'est pas applicable à la procédure concurrentielle avec négociation, puis, dans un second temps, qu'il est applicable, cette procédure faisant suite à une procédure ouverte européenne et le pouvoir adjudicateur ayant choisi de le rendre applicable. Elles relèvent que les articles 18 et 19.4 du cahier spécial des charges excluent pourtant toute modification des quantités forfaitaires et présumées dans le métré récapitulatif et donc expressément l'application de l'article 79, admettant uniquement que les soumissionnaires puissent dénoncer les erreurs et omissions relevées dans les documents du marché. Elles en déduisent qu'il est impossible de déterminer la base légale sur laquelle la partie adverse a admis les modifications apportées par l'attributaire pressenti du marché au métré récapitulatif et par conséquent de vérifier la légalité de la décision attaquée. Elles soutiennent également qu'en qualifiant les modifications de quantités du métré récapitulatif tantôt d'« erreurs matérielles » au sens de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, tantôt de « corrections du métré récapitulatif » au sens de l'article 79 du même

arrêté royal et tantôt de « rectifications des erreurs et omissions » au sens de l'article 86 du même arrêté royal, la partie adverse a manqué à son devoir de motivation formelle, lequel exigeait de qualifier correctement ces modifications pour déterminer le régime juridique applicable et en tirer les conséquences qui s'imposent, à savoir que l'offre de l'attributaire était entachée d'une irrégularité substantielle et devait être écartée. Elles reprochent à la partie adverse d'avoir admis les rectifications au métré au seul bénéfice de l'attributaire qui a profité seul de l'irrégularité qu'il a commise, à l'exclusion des requérantes. Elles en déduisent que l'acte attaqué n'est pas adéquatement motivé en ce qu'il ne permet pas aux requérantes de comprendre pour quels motifs la partie adverse a considéré que l'offre de l'attributaire était régulière.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 79 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit ce qui suit :

- « § 1^{er}. Si les documents du marché comprennent un métré récapitulatif ou un inventaire, le soumissionnaire y porte les indications requises et effectue les opérations arithmétiques nécessaires.
§ 2. En tenant compte des documents du marché, de ses connaissances professionnelles ou de ses constatations personnelles, le soumissionnaire :
1° corrige les erreurs qu'il découvre dans les quantités forfaitaires;
2° corrige les erreurs qu'il découvre dans les quantités présumées pour lesquelles les documents du marché autorisent cette correction et à condition que la correction en plus ou en moins qu'il propose atteigne au moins dix pour cent du poste considéré;
3° répare les omissions dans le métré récapitulatif ou l'inventaire.
Il joint à son offre une note justifiant ces modifications. »

Cette disposition est applicable aux procédures ouverte et restreinte. Elle ne s'applique aux procédures avec négociation que si les documents du marché le prévoient expressément. En l'occurrence, l'article 18 du cahier spécial des charges, applicable à la procédure concurrentielle avec négociation en cause, dispose, sous l'intitulé « Erreurs et omissions dans les documents du marché », ce qui suit :

- « Le soumissionnaire qui découvre une erreur ou omission dans les documents du marché (en particulier, plans, métrés, *etc.*) le dénonce immédiatement au représentant du Pouvoir adjudicateur ou, à tout le moins, le décrit dans une note distincte jointe à son offre. Aucune correction ne peut être apportée au métré (notamment quantités forfaitaires ou présumées). »

Dans un point « 4. Rectification des erreurs arithmétiques et matérielles », le rapport d'analyse des offres indique notamment ce qui suit :

- « 4.1.1. SM BAM-Galère-Viabuild Sud
[...]

En application de l'art. 79 de l'arrêté du 18 avril 2017, corrigé directement dans le métré les erreurs qu'il a par ailleurs, dans la note jointe à sa BAFO, dénoncées et explicitées en détail (QP de base, QP rectifiées et prix unitaires). L'art. 79 n'est pas applicable en l'espèce ; si le Cahier spécial des charges interdisait toute modification dans le métré, il invitait toutefois les soumissionnaires à joindre à leur offre une note dénonçant des erreurs ou omissions dans le métré, notamment au regard des quantités (voir art. 18 et 19.4 Cahier spécial des charges). Les corrections apportées directement dans le métré par ce soumissionnaire sont considérées comme des erreurs matérielles (purement formelles) ; elles peuvent en effet être rectifiées et le métré "ramené à la base", en se fondant sur la note jointe à son offre qui identifie parfaitement les éléments nécessaires à cette rectification et traduit sans aucun doute l'intention réelle du soumissionnaire (quantités et prix unitaires).

Ces rectifications concernent les quantités relatives aux postes suivants :
[tableau qui reprend, pour chaque poste concerné, les modifications de quantités apportées par le soumissionnaire, les quantités du métré récapitulatif établi par la partie adverse et les montants à ajouter après avoir ramené les quantités proposées à celles du métré] »

Il ressort de cet extrait que les parties intervenantes se sont méprises sur la disposition applicable à la procédure de passation du marché litigieux. En application de l'article 79 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, elles ont non seulement produit, en annexe de leur offre, une note qui indique clairement les quantités forfaitaires et présumées à modifier dans le métré récapitulatif ainsi que les conséquences de ces modifications sur les prix unitaires et totaux – ce que permet l'article 18 du cahier spécial des charges – mais elles ont aussi reporté directement ces modifications dans le métré récapitulatif – ce que permet l'article 79 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, mais pas l'article 18 du cahier spécial des charges.

De leur côté, les requérantes ont, conformément à l'article 18 du cahier spécial des charges, fourni une note jointe à leur offre, en indiquant les quantités forfaitaires et présumées à modifier, mais sans reporter directement ces modifications dans le métré récapitulatif. Elles ont, par contre, produit des extraits du métré modifié en annexe de la note justificative jointe à leur offre.

Dans la BAFO des parties intervenantes, les propositions de modifications de quantités sont directement intégrées dans le métré. Dans celle remise par les requérantes, elles sont reproduites dans un métré fourni en annexe. Les unes comme les autres identifient clairement dans leurs notes justificatives les corrections de quantités et leurs incidences sur les prix de leurs offres.

Certes, les parties intervenantes ont cru – à tort – pouvoir modifier directement les quantités du métré récapitulatif. La partie adverse a cependant pu considérer que l'erreur commise était constitutive d'« une erreur matérielle (purement formelle) » au sens de l'article 34, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 puisque, dans les faits, l'erreur se limite à reporter dans le métré des modifications qui figurent par ailleurs dans une note annexe. Après avoir considéré qu'il s'agissait

d'une erreur purement matérielle, le pouvoir adjudicateur a pu la rectifier, en application de la disposition réglementaire précitée, en ramenant à la base les quantités forfaitaires et présumées. La partie adverse a, comme elle l'indique dans le rapport d'analyse, pu procéder à ces corrections en se fondant sur la note jointe à l'offre des parties intervenantes, dans laquelle les éléments nécessaires pour procéder à cette opération sont clairement identifiés. Ce faisant, la partie adverse ne se livre à aucune supputation, mais à un simple ajustement sur la base des informations contenues dans l'offre des parties intervenantes.

L'article 34, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 – qui est applicable aux procédures avec négociation – permet au pouvoir adjudicateur de rectifier les erreurs purement matérielles dans une offre, en recherchant l'intention réelle du soumissionnaire notamment par une analyse de l'offre dans sa globalité. En l'espèce, l'intention réelle du soumissionnaire est explicitée dans la note justificative. Comme le relève le rapport d'analyse des offres, cette intention ne fait, en l'occurrence, aucun doute. L'erreur – qui se limite à reporter les propositions de modifications de quantités directement dans le métré – ne prête pas à discussion et est confirmée par les pièces du dossier administratif. Il est certain que les parties intervenantes se sont « trompées » en procédant à ces modifications interdites et que cette erreur ne procède pas d'une intention de leur part d'imposer, sans les justifier, des modifications de quantités au pouvoir adjudicateur. Par ailleurs, l'erreur de manipulation commise ne constitue pas une irrégularité substantielle. D'une part, elle n'affecte pas, par elle-même, les prix de l'offre. Les propositions de modifications de quantités ne sont susceptibles d'avoir un impact sur les prix que parce qu'elles figurent dans la note justificative jointe à l'offre et à la condition d'être acceptées par le pouvoir adjudicateur. D'autre part, il n'apparaît pas des documents du marché que l'interdiction de modifier directement les quantités dans le métré constituerait une exigence essentielle ou qu'elle serait prescrite à peine de nullité. Cette erreur n'apporte, par ailleurs, aucun avantage aux parties intervenantes, ni n'empêche de comparer les offres entre elles, puisque, conformément à l'article 18 du cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur ne peut prendre en considération que les modifications qui sont proposées dans la note annexée à l'offre, les requérantes ayant elles-mêmes suggéré, dans leur propre note, des corrections de quantités du métré. Enfin, la rectification de l'erreur opérée par la partie adverse, en application de l'article 34, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, ne déroge pas, non plus, au principe de l'intangibilité des offres, puisque les propositions de modifications de quantités formulées par les parties intervenantes sont clairement indiquées dans la note justificative qui fait partie intégrante de l'offre qu'elles ont déposée.

Après avoir procédé à la rectification de cette erreur matérielle et ramené l'offre des parties intervenante « à la base », c'est-à-dire aux quantités forfaitaires et présumées du métré récapitulatif joint à la demande de BAFO, la partie adverse a, dans un second temps, examiné les propositions de corrections de quantités contenues dans les notes justificatives des parties requérantes et intervenantes. À ce sujet, le rapport d'analyse des offres mentionne notamment ce qui suit :

« 6. Erreurs et rectifications au métré dénoncées par les soumissionnaires.

Réglementation :

art. 79 § 2 (art.18 et 19.4 Cahier des charges) et 86 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques

Ces dispositions sont comprises dans le Titre 2 de l'AR du 18 avril 2017 relatif à l'attribution en procédure ouverte et en procédure restreinte. Cependant, la présente procédure fait suite à une procédure ouverte européenne et le pouvoir adjudicateur a donc choisi de les rendre applicables.

6.1. Erreurs

Les deux soumissionnaires ont, dans leur note jointe à la BAFO, identifié la même erreur, à savoir :

[...]

6.2. Rectifications dans les quantités forfaitaires

Le calcul des quantités est effectué conformément à l'A.R. du 18/04/2017, art. 86.

Les modifications admises par rapport au tableau de calcul des quantités et qui ont pour effet de diminuer les quantités ne profitent qu'aux seuls soumissionnaires qui les ont signalées et seulement dans la mesure où les justifications sont acceptées.

6.2.1. SM BAM-Galère-Viabuild Sud

Les rectifications (modifications) de quantités forfaitaires proposées sont les suivantes :

(M1) Tranches fermes, postes A.01-003, 005, 006, 007 – Base-vie

Les rectifications visées sous M1 sont acceptées, pour un montant total de 123.443, 58 € en moins.

Détail [...]

Les justifications se trouvent dans le tableau ci-après (p27-29).

6.2.2. SM Willemen infra-Colas

Il n'y a pas de rectifications (modifications) de quantités forfaitaires proposées

[...]

6.3. Rectifications dans les quantités présumées

6.3.1. SM BAM-Galère-Viabuild Sud

Les rectifications (modifications) de quantités présumées proposées sont les suivantes :

(M2) [...]

(M3) tranches fermes, "modification B du chapitre/titre 'modifications pour BAFO' – revêtement en béton de la place du Manège, postes G1.01-001 à 011" ;

(M4) [...]

(M5) [...]

Les rectifications visées sous M2, M4 et M5 ne sont pas acceptées. Les rectifications de M3 qui sont acceptées sont mentionnées dans le tableau ci-après (p27-29).

Montant total de 653.034,93 € en moins.

Détail [...]

Les justifications se trouvent dans le tableau ci-après (p27-29)

6.3.2. SM Willemen Infra-Colas

Les rectifications (modifications) de quantités présumées proposées sont les suivantes :

(1)[...]

(2)[...]

(3)[...]

(4)tranches fermes, "modification B du chapitre 'modifications pour BAFO' – revêtement en béton de la place du Manège, conséquences sur postes G1.01-001-011"

Les rectifications visées sous (1), (2), (3) ne sont pas acceptées. Les rectifications (4) qui sont acceptées sont mentionnées sous le tableau ci-après (p27-29).

Montant total de 543.504,55 € en moins.

Détail [...]

Les justifications se trouvent dans le tableau ci-après (p27-29).

[...] ».

Il ressort du tableau (p27-29) du rapport d'analyse des offres que, pour les postes G1.01.001 à 011, les corrections de quantités présumées proposées par les deux soumissionnaires ont été acceptées, « après contrôle » dans une mesure identique, la partie adverse reconnaissant que des « détails de quantités [...] » sont comptabilisés deux fois dans le métré ». Ces corrections ont donc bénéficié dans la même mesure aux parties requérantes et intervenantes. Par contre, les parties intervenantes sont les seules à avoir profité de la modification de quantité forfaitaire proposée pour les postes A.01-007, 003, 005 et 006, à défaut pour les requérantes d'avoir proposé une modification similaire pour ces postes.

Les requérantes ne contestent pas le fait que la partie adverse ait pris en considération les corrections de quantités du métré proposées par les soumissionnaires, en ce compris celles qu'elles ont, elles-mêmes, suggérées dans la note annexée à leur offre. Elles ne critiquent pas non plus la référence faite à l'article 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elles font grief au rapport d'analyse des offres de se référer à l'article 79 de cet arrêté royal alors qu'il est indiqué plus tôt dans le rapport que cette disposition n'est pas applicable à la procédure de passation en cause. Or, il ressort de la lecture de ce rapport que la mention du défaut d'application de l'article 79 concerne la possibilité d'apporter des modifications directement dans le métré de l'offre, ce sur quoi les requérantes insistent à plusieurs reprises dans leur requête. Si le rapport d'analyse renvoie, par après, à cette disposition, c'est pour faire référence à la possibilité de proposer des corrections de quantités forfaitaires et présumées du métré dans une note jointe à l'offre, ce qui est conforme à l'article 18 du cahier spécial des charges. Cette dernière disposition est d'ailleurs citée, au point 6 du rapport d'analyse, juste à côté de la référence faite à l'article 79 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, de sorte que les requérantes ne peuvent se méprendre sur la portée de ce renvoi. La contradiction dans les motifs que dénoncent les requérantes n'est en réalité qu'apparente, la partie adverse n'admettant l'application de l'article 79 que dans la stricte mesure de ce que l'article 18 du cahier spécial des charges permet. Cette dernière disposition constitue la base légale sur laquelle la partie adverse a admis les modifications de quantités apportées par les

parties requérantes et intervenantes dans les notes jointes à leurs offres, combinée avec l'article 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, dont les requérantes ne critiquent pas l'application à la procédure de passation en cause.

Pour le reste, la lecture du rapport d'analyse des offres permet de rendre compte de la manière dont la partie adverse a examiné les modifications de quantités du métré proposées par les parties requérantes et intervenantes. Dans un premier temps, elle a qualifié d'« erreur matérielle (purement formelle) » les modifications apportées directement dans le métré par les parties intervenantes et procédé à la rectification de cette erreur en application de l'article 34, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elle a ensuite examiné les erreurs de quantités forfaitaires et présumées dénoncées par les soumissionnaires dans leurs notes jointes à leurs BAFO, en application de l'article 18 du cahier spécial des charges et, pour donner un effet utile à cette disposition, a validé, après les avoir contrôlées, certaines de ces modifications en y appliquant le dispositif de l'article 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Contrairement à ce qu'elles affirment, les requérantes sont parfaitement en mesure de comprendre les motifs pour lesquels l'offre des parties intervenantes n'a pas été écartée pour cause d'irrégularité ainsi que le raisonnement suivi par la partie adverse pour valider, dans un second temps, certaines des modifications de quantités du métré proposées par les deux soumissionnaires.

Il est par ailleurs inexact de soutenir que la partie adverse aurait admis les rectifications du métré au seul bénéfice des parties intervenantes. Les parties requérantes ont, comme les parties intervenantes, profité de ces corrections, dans la mesure où elles les ont signalées dans la note jointe à leur BAFO et où la partie adverse a accepté ces justifications.

Le premier moyen n'est sérieux en aucune de ses branches, sans qu'il soit utile d'examiner d'autres motifs éventuels de rejet.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse des parties requérantes

Les requérantes prennent un deuxième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 83 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 35 et suivants et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet

1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de motivation matérielle, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de non-discrimination, du principe de bonne administration, du principe de transparence et du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Dans une première branche, les requérantes font grief à la partie adverse de considérer que le prix unitaire proposé par l'attributaire pressenti du marché pour le poste C.1.11-006.11.1.3 « Étanchéité bitumeuse bicouche » serait normal, alors que la motivation de l'acte attaqué, qui s'apparente à une clause de style, ne permet pas de s'assurer que les parties intervenantes ont fourni les justifications concrètes, détaillées et argumentées de nature à dissiper l'apparence d'anormalité des prix concernés, ni de comprendre en quoi ces justifications seraient de nature à démontrer que le prix proposé permet d'exécuter correctement les obligations qui résultent du cahier spécial des charges tant au point de vue de la qualité technique des travaux qu'au point de vue du respect des délais, en excluant toute spéculation. Elles relèvent que le prix litigieux est suspecté d'être anormalement élevé et qu'un tel prix peut avoir un effet spéculatif important, d'autant que le poste en cause porte sur une quantité importante (6.745 m²) exprimée, qui plus est, en quantités présumées, ce qui est nature à augmenter encore les gains de l'attributaire pressenti du marché. Elles critiquent la motivation du rapport d'analyse des offres, en faisant valoir qu'une justification conforme au cahier spécial des charges ou portant sur l'entièreté du poste litigieux ne permet pas de conclure à la normalité d'un prix et que le seul fait de fournir des fiches techniques ou de se référer au prix de ses fournisseurs n'emporte pas justification du prix proposé. Elles en déduisent que la partie adverse aurait dû écarter l'offre de l'attributaire pressenti du marché en raison de son irrégularité substantielle, à défaut de pouvoir se fonder sur une justification valable du prix proposé.

Dans une seconde branche, les requérantes soutiennent que la motivation de l'acte attaqué ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a considéré que les prix globaux sont normaux et acceptables, alors que le prix global proposé pour le lot 1 dans le cadre de la présente procédure concurrentielle avec négociation est comparativement plus élevé que celui proposé pour ce même lot dans le cadre de la procédure ouverte, si l'on tient compte de la réduction de quantités de certains postes dans la seconde procédure.

VI.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Quant à la première branche

Le rapport d'analyse des offres rend compte de la manière dont la partie adverse a procédé à la vérification des prix, prévue par l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et les articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 déjà cité. Concernant la vérification du prix remis par les parties intervenantes pour le poste « C.1.11-006.11.1.3. – Étanchéité bitumeuse bicouche », il est indiqué ce qui suit :

« 5.2. Prix (unitaires) par postes

Les postes dont le prix unitaire est potentiellement anormal ont été identifiés au moyen d'une vérification en deux étapes, à savoir :

- 1) un poste dont le poids est supérieur à 2% du poids total du marché,
- 2) si pour ce poste repéré, le poids unitaire est supérieur à un écart d'au moins 30% (négatif ou positif) par rapport au prix moyen du poste établi sur base des prix des deux entreprises.

Si un poste vérifie ces deux situations, il est donc considéré comme potentiellement anormal.

Il en résulte que les prix des postes non négligeables suivants ont été identifiés comme particulièrement hauts ou bas :

SM BAM-Galère – Viabuild Sud

[...]

- Pour le poste "C.1.11-006 11.1.3 – étanchéité bitumeuse bicouche", le prix proposé par Galère Viabuld est nettement supérieur à celui proposé par Willemen/Colas et à l'estimation. Durant les négociations, le prix de ce poste a été discuté et expliqué. Galère n'a que peu diminué son prix dans l'offre finale, en toute cohérence avec les explications fournies en négociation. Une justification de prix a été demandée le 09/07/2020. Le 16-07-2020 la SM GALERE-VIABUILD-SUD a répondu par mail à cette demande de justification appliquant le modèle de décomposition de prix mis à disposition par le pouvoir adjudicateur. Le 20-07-2020 la SM GALERE-VIABUILD-SUD a ajouté des fiches techniques et une justification du prix. En annexe vous trouverez l'analyse de ces documents. Le prix pour le poste "C1.11-006.11.1.3 – Étanchéité bitumeuse bicouche" peut être considéré comme acceptable et normal dès lors que :

- o La justification est pertinente et légitime, car elle est conforme aux exigences du cahier des charges
- o La justification est exacte (suffisante à justifier le poste/tout le prix)
- o La justification est concrète/détaillée. Tous les éléments du prix sont justifiés, à l'appui de fiches techniques notamment et de justification des prix des fournisseurs [...]

Les requérantes critiquent essentiellement la motivation de la décision attaquée quant à l'existence et à la justification du prix remis par l'attributaire pressenti du marché pour le poste "C.11-006.11.1.3. – Étanchéité bitumeuse bicouche". Elles affirment, dans la foulée, que l'attributaire n'aurait pas justifié valablement son prix, avec la conséquence que son offre devait être écartée pour cause d'irrégularité.

La partie adverse a, concernant le poste précité, procédé à un contrôle de prix apparemment anormal, au sens de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elle a, à ce sujet, adressé deux courriers de demandes de justifications aux parties intervenantes, qui y ont répondu par deux courriers des 16 et 17 juillet 2020.

Il ressort de ces deux courriers que les parties intervenantes ont, comme le relève le rapport d'analyse, fourni une justification concrète et détaillée en différentes sections (pourcentage pour l'installation de chantier appliqué à tous les postes, fournitures propres au poste litigieux, mains d'œuvre et engins, matériels non compris dans l'installation du chantier, frais généraux et bénéfice) couvrant l'intégralité du prix soumis à vérification. Comme le mentionne encore l'acte attaqué, elles ont également justifié le prix de leur fournisseur, en produisant des fiches techniques, un fichier Excel détaillant les prix unitaires de fournitures de membranes, un extrait du catalogue des prix de leur fournisseur ainsi qu'une facture émise par ce dernier pour un autre chantier, permettant la comparaison avec la membrane 5mm AR à utiliser dans le cadre du marché litigieux.

Sur la base de ces éléments, le rapport d'analyse des offres motive, de manière succincte, mais suffisante, les raisons qui ont conduit la partie adverse à décider de la normalité du prix proposé, à savoir que la justification concrète et détaillée fournie par le soumissionnaire permet une vérification de tous les éléments du prix du poste litigieux et que les prix du fournisseur sont bien justifiés sur la base de différents documents probants. Ces éléments de motivation permettent, à tout le moins, de comprendre que la partie adverse a pu vérifier que le prix proposé ne constituait pas une charge exorbitante pour elle et ainsi écarter le risque de spéculation dénoncé par les requérantes. Pour le reste, un prix apparemment anormalement élevé ne fait *a priori* pas craindre que le soumissionnaire qui l'a proposé ne serait pas en mesure d'exécuter les obligations qui découlent du cahier spécial des charges. De même, lorsqu'est vérifié un prix anormalement haut, la question de l'égalité entre les soumissionnaires et celle de la libre concurrence ne se posent pas avec la même acuité. Dans cette hypothèse, il semble qu'une attitude plus flexible du pouvoir adjudicateur dans l'acceptation des justifications de prix puisse être autorisée et, dans la foulée, une motivation plus succincte des raisons qui l'ont déterminé à décider que certains prix qui apparaissent anormalement hauts sont finalement tenus pour normaux. Enfin, il ne peut être reproché à la motivation de ne pas rendre compte de toutes les précisions que contiennent les explications données par les parties intervenantes, dont certaines d'entre elles relèvent du secret des affaires et bénéficient, à ce titre, de la confidentialité. L'annexe à laquelle le rapport d'analyse fait référence confirme, par ailleurs, que la partie adverse a effectivement procédé à un examen sérieux des justifications du prix fournies par les parties intervenantes pour le poste litigieux.

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

Quant à la seconde branche

Quant au « prix total des offres finales », le rapport d'analyse renseigne ce qui suit :

« 5.1 Prix total des offres finales.

Pour rappel, l'abandon de la procédure ouverte et la remise en concurrence ont été justifiés par le caractère inacceptable des prix proposés dans ce cadre par les soumissionnaires, indépendamment du caractère éventuellement anormalement haut de certains postes importants (et de l'acceptabilité des justifications fournies).

À cet effet, lors de la remise en concurrence, le pouvoir adjudicateur a abandonné (à ce stade) les lots 2, 3 et 4 pour se limiter au lot 1. Dans le cadre du lot 1, objet du présent marché, les négociations ont eu pour objet d'envisager plusieurs modifications permettant de revoir les prix à la baisse, soit à l'initiative du pouvoir adjudicateur soit à celle des soumissionnaires. Le résultat de ces négociations a été traduit dans les documents techniques et le métré joint à l'invitation de remettre la BAFO – (i) des réductions en quantités, (ii) la "mise en option" de certains postes, (iii) des modifications sur des méthodes d'exécution des travaux (par exemple, la réduction de la taille de certains arbres). En outre, pour deux postes, les soumissionnaires ont été autorisés à présenter des optimisations alternatives (voir ci-avant)

Les modifications "acceptables" traduites dans l'invitation à BAFO ont été considérées comme telles car elles ne touchent pas aux exigences minimales/essentiels initiales et notamment à ce titre les caractéristiques du marché traduites et imposées par le permis délivré qui a constitué le cadre des modifications faites pour la BAFO.

Le résultat en est que les prix globaux ne peuvent plus être considérés comme (apparemment) anormalement hauts ou inacceptables. Le résultat est compatible avec les budgets dont dispose le pouvoir adjudicateur tenant compte des options et tranches conditionnelles qui permettent une certaine flexibilité.

Par ailleurs, les prix totaux des soumissionnaires sont très proches.

Les prix globaux sont dès lors considérés comme acceptables. »

Les requérantes critiquent la motivation de l'acte attaqué, en ce qu'elle ne leur permettrait pas de comprendre les raisons pour lesquelles les prix totaux des offres finales seraient finalement considérés comme normaux et acceptables.

Force est tout d'abord de constater que les requérantes ne démontrent pas que le prix global de l'attributaire pour le lot 1 serait plus élevé que dans la première procédure. Elles n'apportent, à cet égard, aucune donnée chiffrée qui établirait, comme elles l'affirment, que ce prix serait « comparativement » plus élevé, si l'on tient compte des réductions de quantités. Il n'appartient pas au Conseil d'État de suppléer les carences de la requête en procédant lui-même aux calculs qu'elle suggère.

Il convient ensuite de distinguer la notion d'« offre inacceptable » qui peut justifier un abandon de la procédure et le recommencement de celle-ci selon un autre mode, en application, par exemple, de l'article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et celle de « prix (apparemment) anormal » visé à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 – dont la violation est invoquée dans le moyen. La notion de prix inacceptable ne constitue pas une donnée objective. Elle relève de l'appréciation du pouvoir adjudicateur. En l'espèce, le caractère inacceptable des offres proposées dans le cadre de la procédure ouverte pour l'ensemble des lots 1 à 4 du marché était uniquement motivé par un dépassement du budget FEDER alloué au projet. Dans la décision d'abandon de cette procédure pour le lot 1 et de renonciation de l'attribution des lots 2 à 4, la partie adverse ne fait pas mention de prix totaux des offres qui seraient anormaux, mais uniquement de prix anormaux pour plusieurs postes non négligeables.

Le rapport d'analyse des offres établi dans le cadre de la présente procédure de passation motive, à suffisance, les raisons pour lesquelles les prix totaux des offres sont désormais considérés comme acceptables. D'abord, la remise en concurrence s'est limitée au lot 1 du marché. Ensuite, les négociations ont permis de revoir les prix à la baisse par le recours à différents moyens (réduction de quantités, modification du contenu de certains postes, possibilité de présenter des optimisations alternatives). Enfin, la mise en option de certains postes et les tranches conditionnelles permettent une certaine flexibilité. Le pouvoir adjudicateur déduit de l'ensemble de ces éléments que le résultat est désormais compatible avec les budgets dont il dispose.

Quant à la considération selon laquelle les prix globaux ne sont pas considérés comme anormalement hauts, elle repose sur la considération que les prix totaux des soumissionnaires sont très proches l'un de l'autre et qu'ils font suite à des négociations qui ont permis de faire baisser les prix, à l'initiative du pouvoir adjudicateur et des soumissionnaires, dans des limites acceptables « traduites dans l'invitation à la BAFO ». Il est encore précisé que ce constat est posé « indépendamment du caractère éventuellement anormalement haut de certains postes importants (et de l'acceptabilité des justifications fournies) », la partie adverse s'étant, par ailleurs, livrée à une vérification des prix, poste par poste, conformément à l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

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

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse des parties requérantes

Les requérantes prennent un troisième moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 4 et 38 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de transparence et de libre concurrence, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elles reprochent à la partie adverse de ne pas leur avoir laissé suffisamment de temps pour leur permettre de réaliser les études requises pour soumettre des optimisations libres pour les postes « composition du béton désactivé (chapitre G.1.2.5 du cahier spécial des charges) » et « structure métallique tunnel (les éléments non visibles intégrés dans le chapitre C.4.36) », alors que ces optimisations libres résultent manifestement des négociations que la partie adverse a menées avec l'attributaire pressenti du marché.

Concernant la première optimisation libre pour le poste « composition du béton désactivé (chapitre G.1.2.5 du cahier spécial des charges) », les requérantes font valoir qu'il n'était pas possible de proposer une variante qui respecte les exigences du cahier spécial des charges parce que, selon le point G.1.2.5., le béton exigé était un « béton coloré » et que, dans cette hypothèse, le Qualiroutes C.14 (béton) impose le respect de toutes les spécifications techniques des documents du marché et donc, en l'espèce, du point G.1.2.5. du cahier spécial des charges. Elles font grief à la partie adverse d'avoir tardivement (l'avant-veille de la remise de la BAFO) supprimé l'exigence d'un « béton coloré », rendant, de ce fait, soudainement possible la présentation d'une variante qui ne tient plus compte de la nature et de la composition des gravillons ou de la teneur en ciment – requises par le point G.1.2.5. – , et qui ne répond plus à l'exigence de haute qualité visuelle, dont le permis d'urbanisme indique le rendu requis. Elles affirment que seul un soumissionnaire qui a étudié cette solution pendant la phase de négociation était en mesure de remettre une optimisation libre pour ce poste dans un délai aussi court.

Quant à la seconde optimisation libre pour le poste « structure métallique tunnel (les éléments non visibles intégrés dans le chapitre C.4.36) », qui, selon les requérantes, porte sur une partie importante du marché tant sur le plan technique qu'en termes financiers, elles soutiennent que le délai qui leur a été laissé était manifestement insuffisant pour réaliser les études en stabilité et les plans d'exécution requis, alors que l'attributaire pressenti du marché a pu établir ces

documents pendant la phase de négociation, ce qui a manifestement joué à son avantage.

Elles soutiennent encore que le délai de dix jours pour déposer leur BAFO doit être mis en perspective avec l'ensemble de la procédure de négociation, qui a débuté le 30 avril 2019 pour se terminer que le 31 mars 2020.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

L'annexe 3 jointe à la demande de BAFO, intitulée « Optimisations libres » mentionne ce qui suit :

« Dans le cadre des négociations, le Pouvoir adjudicateur a donné l'opportunité aux soumissionnaires de faire des propositions alternatives aux fins d'optimiser le coût des travaux objet du marché (lot 1). Ces propositions, confidentielles, ont été discutées et le Pouvoir adjudicateur a, sur ces bases, décidé d'autoriser les soumissionnaires pour leur BAFO à soumettre des variantes libres aux postes suivants :

- Composition du béton désactivé (chapitre G.1.2.5 du CSC)

Une variante libre peut être proposée dans les limites suivantes qui en détermineront sa validité et son acceptation :

- Conformité aux exigences du Qualiroutes,
- Pas de modifications au permis,
- Rendu visuel/esthétique identique au regard de la solution de base du métré.

- Structure métallique tunnel (les éléments non visibles intégrés dans le chapitre C.4.36)

Une variante libre peut être proposée dans les limites suivantes qui en détermineront sa validité et son acceptation :

- Conformité aux exigences techniques par rapport à la stabilité pour laquelle l'étude en stabilité et les plans d'exécution seront établis par l'entreprise (à vérifier par BET avant exécution)
- Pas de modification de permis,
- Rendu visuel/esthétique similaire à la solution de base du métré.

Le soumissionnaire qui désire introduire des variantes libres alternatives pour ces postes le fait dans une note jointe à son offre intitulée « variante libre alternative » pour en donner une description (plan, fiches techniques ou autres) permettant de vérifier la conformité de la solution proposée aux exigences précitées et indiquant son prix et l'économie qui en résulte au regard de la solution de base reprise dans le métré.

Ces solutions sont couvertes par la confidentialité. »

Le fait que les optimisations libres autorisées par la partie adverse résultent de propositions alternatives soumises lors des négociations ne pose, en tant que tel, pas de difficultés, pour autant que tous les soumissionnaires disposent d'une possibilité réelle de proposer également les variantes libres pour ces postes. La partie adverse a, le 27 juin 2019, invité les soumissionnaires à proposer, pour le 5 juillet 2019, les deux « optimisations libres » visées ci-dessus. Les requérantes ne démontrent pas qu'un délai de neuf jours n'était pas suffisant pour soumettre ces variantes.

Concernant, plus particulièrement, la première optimisation libre pour le poste « composition du béton désactivé (chapitre G.1.2.5 du cahier spécial des charges) », les requérantes ne convainquent pas lorsqu'elles affirment qu'il n'était pas possible de présenter une variante libre alternative. D'une part, elles n'établissent pas que l'exigence d'un « béton coloré » impliquait de devoir respecter l'ensemble des spécifications techniques du point G.1.2.5 du cahier spécial des charges, concernant notamment le type de granulats à utiliser. Pour autant qu'il soit applicable au « revêtement » avec un béton, le Qualiroutes C-14 indique seulement que les « bétons spéciaux, tels les bétons [...] colorés [...] font l'objet de spécifications complémentaires aux documents du marché ». Ces « spécifications complémentaires » ne concernent *a priori* que la coloration du béton, pas les éléments qui, repris dans le cahier spécial des charges au titre d'autres spécifications techniques, lui sont étrangers. Dès lors, l'affirmation selon laquelle la suppression de l'exigence d'un « béton coloré » l'avant-veille du dépôt de la BAFO aurait soudainement permis de présenter une variante alternative n'est, à ce stade, pas établie. Les requérantes ne démontrent pas non plus que le rendu visuel requis par le « permis » ne permettait pas la présentation de variantes pour le poste considéré. La pièce 17 annexée à la requête – présentée comme « permis » et intitulée « 2 – rapport urbanistique espace public » qui concerne le « revêtement » fait, à ce sujet, uniquement mention « d'asphalte ou de béton composés de granulats locaux [...] », sans autre précision. Par ailleurs, si, dans l'esprit des requérantes, il était techniquement impossible de proposer une variante pour le poste « composition de béton désactivé », il est pour le moins curieux qu'elles n'aient pas interpellé le pouvoir adjudicateur à ce sujet, ce d'autant qu'elles avaient évoqué, en cours de négociation, des possibilités de modifications pour ce poste, celles-ci ayant été suggérées, en amont, par les services techniques du pouvoir adjudicateur.

Concernant la seconde optimisation libre pour le poste « structure métallique tunnel (les éléments non visibles intégrés dans le chapitre C.4.36) », il est peu plausible qu'il n'ait pas été possible pour les requérantes – qui sont deux grandes sociétés de génie civil et routier – de présenter une variante alternative dans le délai imparti pour déposer leur BAFO. Le « caractère hautement technique de cette optimisation » est *prima facie* démenti par la variante proposée par l'attributaire du marché, laquelle tient en une seule page. De plus, il n'apparaît pas que les requérantes ont signalé à la partie adverse qu'elle les plaçait dans l'impossibilité de remettre une variante ou qu'elles auraient, pour cette raison, demandé une prolongation du délai de dépôt de cette offre.

Au regard de ces éléments, il n'apparaît pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, que les requérantes ont subi un désavantage

concurrentiel qui tiendrait au fait qu'elles auraient été traitées différemment de l'attributaire du marché.

Le troisième moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit utile d'examiner d'autres motifs de rejet.

VIII. Confidentialité

Les requérantes sollicitent la confidentialité de leur offre initiale et de leur BAFO, conformément à l'article 26 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, pour préserver le secret des affaires et ne pas nuire à une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des pièces A et B visées dans l'« inventaire des pièces confidentielles » et annexées à la requête.

La partie adverse demande que les pièces A à Z inventoriées séparément dans le dossier administratif soient tenues pour confidentielles, dès lors qu'elles contiennent « des données couvertes par le secret des affaires, telles que des plans, esquisses et éléments de décomposition des prix ».

Ces demandes n'étant pas contestées, il convient, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

IX. Remboursement

Il apparaît à la consultation du compte bancaire ouvert auprès du service désigné au sein du Service public fédéral des Finances comme compétent pour percevoir les droits au Conseil d'État que les parties requérantes ont payé 448 euros suite de l'introduction de leur requête au lieu des 420 euros réclamés. Il y a dès lors lieu de rembourser aux parties requérantes le montant de 28 euros indûment payé.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SRL BAM GALÈRE et la SA VIABUILD SUD est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces A et B visées dans l'« inventaire des pièces confidentielles » et annexées à la requête, ainsi que les pièces A à Z inventoriées séparément dans le dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Le montant de 28 euros versé indûment par les sociétés anonymes Willemen Infra et Colas Belgium leur sera remboursé par le service désigné au sein du service public fédéral des finances comme compétent pour encaisser les droits au Conseil d'État.

Article 6.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 9 novembre 2020, par :

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret