

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

n° 250.312 du 8 avril 2021

A. 232.847/VI-21.978

En cause : **1. la société anonyme NELLES FRÈRES,**
 2. la société anonyme BERNARD CONSTRUCTION,
 3. la société anonyme CORDEEL ZETEL HOESELT,
 4. la société anonyme AANNEMINGSBEDRIJF
 AERTSSEN,

ayant toutes élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et Lea TREFON, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public
Le Circuit de Spa-Francorchamps,

ayant élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

Parties requérantes en intervention :

1. la société anonyme BODARWÉ,
2. la société anonyme Ets Jean WUST,
3. la société anonyme SERBI,
formant ensemble le groupement **SOCIÉTÉ SIMPLE**
MOMENTANÉE BODARWÉ-SOCIÉTÉ SIMPLE
MOMENTANÉE WUST-SERBI, en abrégé
SSM BODARWÉ-SSM WUST-SERBI,
ayant élu domicile chez
M^{es} Valentine de Francquen, Isabelle Van Kruchten
et Katrijn Vermeulen, avocats,
place Flagey 15
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 5 février 2021, la SA Nelles Frères, la SA Bernard Construction, la SA Cordeel Zetel Hoeselt et la SA Aannemingsbedrijf

Aertssen demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la décision de la SA de droit public Le circuit de Spa-Francorchamps du 21 janvier 2021 d'attribuer le lot 1 « Travaux de démolitions et d'infrastructures au niveau de la piste et de construction de nouvelles tribunes » du marché public « travaux d'infrastructures pour la moto 2022 » à la SSM Bordawé - SSM Wust-Serbi et, par conséquent, de ne pas lui attribuer ledit marché.

Par une requête introduite le 22 mars 2021, les mêmes requérants demandent l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 9 février 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 22 février 2021.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et à l'article 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.

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

Par une requête introduite le 19 février 2021, la SA Bodarwé, la SA Ets Jean Wust et la SA Serbi, demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Virginie Dor, Léa Trefon et Elisabeth Kiekl, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, M^e Ann Lawrence Durviaux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Valentine de Francquen et Katrijn Vermeulen, avocats, comparaissant pour les parties requérantes en intervention, ont été entendues en leurs observations.

M^{me} Geneviève Martou, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Faits

La partie adverse expose comme suit les faits de la cause :

- « 1. Le marché a pour objet des travaux d'infrastructures pour la moto 2022 (Pièce 1, cahier spécial des charges).
2. Ce marché est divisé en lots :
- Lot 1 -Travaux de démolitions et d'infrastructures au niveau de la piste et de construction de nouvelles tribunes, estimé à € 19.456.504,16 hors TVA ou € 23.542.370,03, 21 % TVA comprise;
 - Ce lot est divisé en tranches :
 - Tranche ferme : Tranche de marché 1 (Estimé à : € 18.287.174,12 hors TVA ou € 22.127.480,69, 21 % TVA comprise)
 - Tranche conditionnelle : Tranche de marché 2 : Construction de la travée complémentaire de la tribune Raidillon (Estimé à : € 585.791,63 hors TVA ou € 708.807,87, 21 % TVA comprise)
 - Tranche conditionnelle : Tranche de marché 3 : Construction des gradins dans la zone 24H (Estimé à : € 583.538,41 hors TVA ou € 706.081,48, 21 % TVA comprise)
 - Lot 2 - Fourniture et pose de clôtures, estimé à € 290.208,50 hors TVA ou € 351.152,29, 21 % TVA comprise;
 - Lot 3 - Fourniture et pose d'équipements pour tribunes, estimé à € 130.689,59 hors TVA ou € 158.134,40, 21 % TVA comprise;
 - Ce lot est divisé en tranches :
 - Tranche ferme : Tranche de marché 1 (Estimé à : € 64.587,68 hors TVA ou € 78.151,09, 21 % TVA comprise)
 - Tranche conditionnelle : Tranche de marché 2 (Estimé à : € 53.002,74 hors TVA ou € 64.133,32, 21 % TVA comprise)
 - Tranche conditionnelle : Tranche de marché 3 (Estimé à : € 6.777,68 hors TVA ou € 8.200,99, 21 % TVA comprise)
 - Tranche conditionnelle : Tranche de marché 4 (Estimé à : € 6.321,49 hors TVA ou € 7.649,00, 21 % TVA comprise)
 - Lot 4 : Fourniture et installation de la sonorisation dans les tribunes et les gradins, estimé à € 284.961,23 hors TVA ou € 344.803,09, 21 % TVA comprise.
 - Ce lot est divisé en tranches :
 - Tranche ferme : Tranche de marché 1 : Tribune et Loges 24h - Tribune et Loges Raidillon (Estimé à : € 199.976,08 hors TVA ou € 241.971,06, 21 % TVA comprise)
 - Tranche conditionnelle : Tranche de marché 2 : Travée complémentaire Tribune Raidillon (Estimé à : € 12.005,31 hors TVA ou € 14.526,43, 21 % TVA comprise)
 - Tranche conditionnelle : Tranche de marché 3 : Gradins 24H (Estimé à : € 72.979,84 hors TVA ou € 88.305,61, 21 % TVA comprise)
- Le présent recours vise le lot 1 relatif Lot 1 - Travaux de démolitions et d'infrastructures au niveau de la piste et de construction de nouvelles tribunes.
3. Il a fait l'objet d'une procédure ouverte avec publicité européenne (pièces 2, avis de marché, BA et JOUE). Le cahier spécial des charges prévoit un seul critère d'attribution le prix.
4. La date prévue pour l'ouverture des offres, le 11 décembre 2020, 5 groupements d'entreprises ont remis une offre.

N°	Nom	CP	Localité/Ville	Prix TVAC*	Mode d'envoi
1	SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI	4960	Malmedy	€ 20.568.072,58	Offre électronique
2	SSM Nelles - Bernard Construction – Cordeel - Aertssen	4960	Malmedy	€ 21.199.301,34	Offre électronique
3	SSM Duchêne - Colas	4577	Strée	€ 25.718.839,90	Offre électronique
4	SSM BAM Galère - ELOY	4053	Chaufontaine	€ 27.936.528,10	Offre électronique
5	SSM BPC Liège – Moury - Wanty	4460	Grâce-Hollogne	€ 28.569.051,58	Offre électronique

5. Le 19 janvier 2021, le département technique a rédigé un rapport de comparaison des offres après analyse des 5 offres a formulé la proposition d'attribution suivante :

“ Sur base de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l'analyse de la régularité des offres et de la comparaison de celles-ci, il est suggéré il est suggéré d'attribuer le lot 1 - Travaux de démolitions et d'infrastructures au niveau de la piste et de construction de nouvelles tribunes à SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI, au prix contrôlé de 17.019.193,69 € HTVA”.

6. Le 21 janvier 2021, suivant l'analyse et la conclusion du rapport, le Circuit de Spa-Francorchamps, S.A. de Droit public a décidé de :

- “De sélectionner les soumissionnaires SOCIETE MOMENTANEE BPC Liège-MOURY-WANTY, SOCIETE MOMENTANEE DUCHENE-COLAS, Association momentanée Nelles - Bernard Construction - Cordeel – Aertssen, SOCIETE SIMPLE MOMENTANEE BAM GALERE-ELOY et SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI qui répondent aux critères de sélection qualitative.
- De considérer les offres de SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI, Association momentanée Nelles - Bernard Construction - Cordeel – Aertssen, SOCIETE MOMENTANEE DUCHENE-COLAS, SOCIETE SIMPLE MOMENTANEE BAM GALERE-ELOY et SOCIETE MOMENTANEE BPC Liège-MOURY-WANTY comme complètes et régulières.
- D'approuver le rapport d'examen des offres du 19 janvier 2021 pour Lot 1 - Travaux de démolitions et d'infrastructures au niveau de la piste et de construction de nouvelles tribunes, rédigé par le Département Technique.
- De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération et le tableau justificatif des prix.
- D'attribuer le marché 'Travaux d'infrastructures pour la moto 2022 - Lot 1 - Travaux de démolitions et d'infrastructures au niveau de la piste et de construction de nouvelles tribunes' au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), soit SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI, ROUTE DE LUXEMBOURG 16 à 4960 Malmedy, pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de € 17.019.193,69 hors TVA ou € 20.593.224,4, 21 % TVA comprise.
- L'exécution de chaque tranche conditionnelle dépend d'une décision qui sera communiquée après la conclusion du marché.
- L'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier des charges N° Le circuit 2020/053” ».

IV. Intervention

La requête en intervention introduite par la SA Bodarwé, la SA Ets Jean Wust et la SA Serbi est accueillie.

V. Recevabilité

Les requérantes demandent la suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le lot 1 du marché en cause à la SSM Bodarwé – SSM Wust-Serbi « et, par conséquent, de ne pas lui attribuer le marché ».

La requête est recevable en ce qu'elle a pour objet la décision explicite d'attribution du lot 1 du marché.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué. En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par les requérantes, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de leur attribuer le marché litigieux. Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse des requérantes

Un premier moyen est pris « de la violation :

- des articles 33, 36 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 et 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 principes généraux de saine concurrence, de prudence, d'égalité de traitement des soumissionnaires, de proportionnalité, de transparence, et de motivation;
- de l'erreur manifeste d'appréciation et du devoir de minutie »,

en ce que « le pouvoir adjudicateur a considéré que les justifications apportées par l'attributaire pressenti relatives à son prix global et à ses prix unitaires étaient acceptables et que, partant, son offre était régulière à cet égard »,

alors que, première branche, « l'appréciation reflétée dans le rapport d'attribution du prix global de l'attributaire ne permet pas de renverser la présomption d'anormalité dont est affectée ce prix et la motivation reprise dans le rapport ne permet pas à la partie requérante de comprendre la décision du pouvoir adjudicateur à cet égard; que, partant, le pouvoir adjudicateur aurait dû déclarer l'offre de l'attributaire pressenti irrégulière et l'écarter sur base de l'article 36, § 3, 2° de l'arrêté royal passation »,

et alors que, seconde branche, « c'est à tort que la partie adverse qualifie de postes négligeables 17 postes pour lesquelles elle a pourtant interrogée la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi et pour lesquels cette dernière n'a pas apporté de justification satisfaisante et que, partant, n'ayant pas reçu de justification satisfaisante permettant de renverser la présomption d'anormalité de ces prix, le pouvoir adjudicateur aurait dû déclarer l'offre de l'attributaire pressenti irrégulière et l'écarter sur base de l'article 36, § 3, 1° de l'arrêté royal passation ».

Après avoir exposé les principes applicables en ce qui concerne les deux branches, les requérantes font valoir ce qui suit quant à la première branche :

« 22. En l'espèce, il ressort du rapport d'analyse des offres (...) que la partie adverse a procédé à la vérification du prix global de l'offre de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi ainsi qu'à l'examen de celui-ci, conformément aux articles 35 et 36 précités de l'arrêté royal passation.

Dans la mesure où l'offre de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi (17.019.193,69 euros HTVA) présentait un écart de 17,46 % avec la moyenne des offres des autres soumissionnaires du marché, le pouvoir adjudicateur a interrogé l'attributaire pressenti sur son prix global.

23. D'après la justification de l'attributaire pressenti, cette différence serait justifiée principalement par les éléments suivants (...) :

L'entrepreneur a répondu avec un courrier du 07/01/2021. Dans sa réponse, il explique que l'écart par rapport à la moyenne de son prix global est justifié par les justificatifs demandés des prix unitaires. Il signale également que

- sa **proximité géographique** notamment au niveau des installations de production (carrière, centrale à béton, centrale à tarmac...),
- le fait que ces **installations font partiellement ou totalement partie du groupement**,
- sa **bonne connaissance** du site ainsi que l'**ampleur du chantier** qui lui permet de **répartir** les **frais fixes** sur un chiffre d'affaires important, lui permettent de remettre un prix compétitif.

Compte tenu de la justification apportée par la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi, la partie adverse est alors arrivée aux conclusions suivantes dans son rapport d'analyse des offres (...) :

L'entrepreneur a répondu avec un courrier du 07/01/2021. Dans sa réponse, il explique que l'écart par rapport à la moyenne de son prix global est justifié par les justificatifs demandés des prix unitaires. Il signale également que

- sa **proximité géographique** notamment au niveau des installations de production (carrière, centrale à béton, centrale à tarmac...),
- le fait que ces **installations font partiellement ou totalement partie du groupement**,
- sa **bonne connaissance** du site ainsi que l'**ampleur du chantier** qui lui permet de **répartir** les **frais fixes** sur un chiffre d'affaires important, lui permettent de remettre un prix compétitif.

Ainsi, selon le pouvoir adjudicateur, la justification apportée par l'attributaire pressenti est suffisante afin de démontrer que son prix global ne présente pas un caractère anormalement bas, malgré l'écart de 17,46 % avec la moyenne des offres des autres soumissionnaires.

La motivation de la partie adverse afin d'arriver à cette conclusion porte en effet (i) sur le fait que bénéficier d'installations de production propres à proximité géographique du chantier présente un réel avantage; et (ii) sur le fait qu'il n'existe qu'un « faible » écart entre le prix global de l'attributaire pressenti (17.019.193,69 euros HTVA) et celui de la partie requérante (17.644.518,88 euros HTVA), à savoir un écart de 2,46 %.

24. Concernant la motivation que doit apporter le pouvoir adjudicateur dans son analyse à l'égard des justifications des soumissionnaires relatives à leur prix, Votre Conseil estime de manière constante, et ce d'autant plus lorsque la présomption d'anormalité est écartée, que le caractère effectif et pertinent de cet examen doit ressortir clairement de la décision d'attribution :

“ Lorsque, conformément à l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la vérification du montant total d'une offre s'impose au pouvoir adjudicateur, ledit montant étant présumé ☐ anormalement bas ☐, l'appréciation qui conduit ce pouvoir adjudicateur à écarter cette présomption doit faire l'objet d'une motivation précise, de laquelle doit dûment ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur a fondé sa décision de ne pas considérer comme anormalement bas le prix global d'une offre” [...]

Une telle motivation doit dès lors permettre aux soumissionnaires de comprendre, à la lecture du rapport d'analyse des offres, les raisons exactes pour lesquelles le pouvoir adjudicateur est arrivé à l'une ou l'autre conclusion.

Dans le cas d'espèce, la motivation sommaire apportée par la partie adverse ne permet aucunement aux autres soumissionnaires du marché litigieux de comprendre le raisonnement du pouvoir adjudicateur qui lui a permis d'aboutir à la conclusion que l'offre de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi ne devait pas être écartée en raison de son prix global anormalement bas.

La partie adverse ne démontre pas non plus que les éléments pris en compte pouvaient constituer des justifications admissibles au sens de l'article 36 de l'arrêté royal passation, et pour cause.

25. En effet, concernant, premièrement, la motivation de la partie adverse relative à l'avantage dont jouit la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi grâce à sa proximité géographique du chantier, Votre Conseil a déjà estimé légitime l'écartement par le pouvoir adjudicateur de l'offre d'un soumissionnaire qui présentait un écart de plus de 15 % avec la moyenne des offres des autres soumissionnaires et qui justifiait cela par le fait que son entreprise se trouvait à proximité du chantier, sans pour autant apporter des preuves chiffrées de cet avantage :

“ En substance, la justification du prix par la partie requérante n'est pas acceptée, car les justifications avancées concernant la proximité de l'entreprise et son caractère familial, bien que plausibles, ne se traduisent pas en chiffres par une différence financière par rapport aux autres soumissionnaires” [...].

Il découle ainsi de cet exemple de jurisprudence que l'analyse des prix globaux doit être effective, et que les éléments concrets qui ont donné lieu au constat que les prix ne seraient pas anormaux doivent ressortir à suffisance de la décision motivée du pouvoir adjudicateur.

Dans le cas d'espèce, dans la mesure où la motivation de la partie adverse se limite à la phrase “le fait de bénéficier d'installations de production en propre (totalement ou partiellement), à proximité géographique du chantier, fournit un réel avantage (...)”, la partie requérante en déduit que les justifications qui ont été apportées par la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi relatives à son prix global n'étaient en réalité pas satisfaisantes.

Par ailleurs, de telles justifications pourraient également s'appliquer à la partie requérante qui, tout comme la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi, dispose d'une bonne connaissance du site et d'installations de production proches du site concerné. Or, le prix global de l'attributaire pressenti est encore inférieur à celui remis par la partie requérante, et ce de manière non négligeable, contrairement à ce que laisse entendre la décision d'attribution. Rien ne permet en l'occurrence d'expliquer cet écart.

26. Concernant précisément la motivation de la partie adverse relative au fait qu'il n'existe qu'un écart de 2,55 % entre le prix global de l'attributaire pressenti et celui de la partie requérante, un tel point de comparaison ne permet pas non plus de justifier le prix global de l'offre de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi.

Votre Conseil a en effet déjà jugé à cet égard qu'il ne s'agit pas pour un soumissionnaire de justifier ses prix par rapport aux offres des autres soumissionnaires, mais bien de justifier ses propres prix par rapport aux prestations à effectuer :

“ L'article 21 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux prévoit qu'un soumissionnaire peut être interrogé sur la composition de son prix lorsque celui-ci paraît anormalement bas par rapport aux prestations à effectuer, il ne s'agit pas de se

justifier par rapport aux offres des autres soumissionnaires, que le pouvoir adjudicateur aurait estimées normales, mais bien de justifier son propre prix par rapport aux prestations à effectuer” [...]

Ainsi, dans la mesure où un soumissionnaire ne peut renvoyer aux offres des autres soumissionnaires afin de justifier son prix, il en découle logiquement que le pouvoir adjudicateur ne peut pas non plus prévoir dans sa motivation que le prix d'un soumissionnaire est acceptable en renvoyant au prix global du soumissionnaire se rapprochant le plus de l'offre du soumissionnaire en question.

Il en va d'autant plus ainsi que 2,55 % n'est pas une différence négligeable, contrairement à ce que laisse entendre le pouvoir adjudicateur. Ce pourcentage se rapproche de la marge bénéficiaire annuelle raisonnablement attendue pour un marché tel que celui en l'espèce.

En effet, en se penchant sur les comptes de l'attributaire, on constate par exemple que la marge annuelle de la société Bodarwé s'élève à 1,46 % sur les 5 dernières années :

	2015			2016			2017			2018			2019		
	CA	BENEFICE	MARGE	CA	BENEFICE	MARGE	CA	BENEFICE	MARGE	CA	BENEFICE	MARGE	CA	BENEFICE	MARGE
NELLES FRERES	19.134.483,00	338.892,00	1,77%	21.055.089,00	-100.505,00	-0,48%	21.891.973,00	14.160,00	0,06%	26.024.746,00	6.769,00	0,03%	24.997.818,00	63.840,00	0,26%
BODARWÉ	18.600.705,00	-142.958,00	-0,77%	20.672.389,00	79.310,00	0,38%	23.085.858,00	-494.352,00	-2,14%	26.412.853,00	503.290,00	1,91%	27.818.189,00	204.021,00	0,73%
GEHLEN	14.381.929,00	-56.345,00	-0,39%	14.478.754,00	-239.273,00	-1,65%	15.530.096,00	-116.656,00	-0,75%	16.258.963,00	93.133,00	0,57%	16.933.612,00	150.486,00	0,89%
BAGUETTE	20.867.930,00	121.704,00	0,58%	17.461.784,00	75.038,00	0,43%	26.247.315,00	-579.078,00	-2,21%	28.977.139,00	1.057.551,00	3,65%	29.668.950,00	845.304,00	2,85%

Par conséquent, une telle différence revient précisément à la marge que pourrait faire (ou, précisément, ne pas faire) l'adjudicataire du marché. Cette différence ne fait l'objet d'aucune explication et la présomption de prix anormal du prix total de l'attributaire n'est donc aucunement levée en l'espèce.

Dans le cas d'espèce, la partie adverse ne pouvait dès lors se contenter de renvoyer à l'offre de la partie requérante afin de justifier de la prétendue normalité du prix global de l'attributaire pressenti.

Il découle de ce qui précède qu'il est incompréhensible pour la partie requérante, et il relève par conséquent de l'erreur manifeste d'appréciation, que le pouvoir adjudicateur ait considéré que la présomption d'anormalité du prix total de l'offre de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi ait été levée par les justifications fournies. La partie adverse devait au contraire écarter l'offre de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi, conformément à l'article 36, § 3, 2° de l'arrêté royal passation, qui, à titre de rappel, prévoit que “§ 3. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et (...) 2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée”.

De plus, et en tout état de cause, les éléments concrets qui ont donné lieu au constat du pouvoir adjudicateur que le prix global de l'attributaire pressenti ne serait pas anormal ne ressortent pas à suffisance de la décision motivée. Il en résulte dès lors une violation 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 ainsi que des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, la motivation apportée par la partie adverse n'étant ni adéquate ni légalement admissible ».

Quant à la seconde branche, les requérantes exposent ce qui suit :

- « 29. Il a été précisé ci-dessus que, conformément à l'article 36, § 3, 1^o et 2^o, de l'arrêté royal passation, une offre doit être écartée en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est affectée si, soit le montant total de l'offre, soit le montant d'un ou plusieurs postes non-négligeables, présente un caractère anormal.

Dans le cas d'espèce, la partie adverse a décidé de n'interroger les soumissionnaires que pour les postes supérieurs à 10.000 €.

Elle a donc implicitement mais certainement considéré que les postes dont le montant était inférieur à 10.000 € constituaient des postes négligeables, pour lesquels aucune demande de justification n'était requise.

A *contrario*, les autres postes (qui ont fait l'objet d'une demande de justification) ne constituent pas, selon la partie adverse elle-même, des postes négligeables.

En application de cette méthode, la partie adverse a interrogé, conformément à l'article 36 précité, la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi sur une série de prix unitaires indiqués dans son offre (...) :

En date du 17/12/2020, un courrier recommandé est envoyé à **SSM BODARWE - SSM WUST-SERBI - Avenue de Norvège, 16 - 4960 MALMEDY** pour demander la justification des prix unitaires suivants avec réponse souhaitée au plus tard pour le 08/01/2021 à 10H par courriel sur l'adresse procurement@spa-francorchamps.be et par porteur contre accusé de réception à l'attention du Circuit de Spa-Francorchamps, Route du Circuit, 55 à 4970 Stavelot ou par envoi recommandé :

Ensuite de cette demande de justification, le pouvoir adjudicateur a estimé que "la plupart des anomalies présumées se voient levées par l'analyse des justificatifs reçus", mais que les justifications apportées par la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi pour 17 des postes en question ne pouvaient être jugées "entièrement satisfaisantes" (...).

La partie adverse a toutefois considéré à cet égard que, dans la mesure où les prix de chacun de ces 17 postes ne représentaient à chaque fois qu'un infime pourcentage tant de l'offre globale du soumissionnaire (à savoir, à titre d'exemples 0,01 %, 0,003 %, ... de son offre) que du prix moyen des offres des soumissionnaires (à savoir, à titre d'exemples 0,3 %, 0,1 %, ... du prix moyen des offres), ces postes devaient être qualifiés de négligeables.

Sur cette base, la partie adverse a dès lors considéré que l'offre de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi ne pouvait être écartée en raison de l'anormalité de ses prix unitaires étant donné que, selon elle, les justifications insatisfaisantes auraient trait à des postes négligeables :

Le cumul des montants pour lesquels des anomalies subsistent en nous basant sur les prix unitaires remis par l'entreprise ne représente que +/- 1,054% de l'offre globale de la SSM BODARWE - SSM WUST-SERBI.

En calculant le même cumul des postes pour lesquels des anomalies subsistent, en nous basant sur les prix moyens des autres soumissionnaires, nous obtenons une importance de ±2,78% de l'offre globale de la SSM BODARWE - SSM WUST-SERBI.

Vu que le cumul reste dans les deux cas non significatifs par rapport à de l'offre montant global de l'offre, nous classons l'offre comme régulière.

30. Il découle pourtant du rapport d'analyse des offres que, selon la méthode décrite ci-dessus, le pouvoir adjudicateur prévoyait expressément que seuls les

prix unitaires des postes dont le montant total “normal” était de plus de 10.000 euros feraient l’objet d’une demande de justification. La partie adverse estimait dès lors que tout poste dont le montant était de moins de 10.000 euros ne ferait pas l’objet de demande de justification et constituerait ainsi un “poste négligeable”.

31. Comme développé ci-dessus, le principe selon lequel un pouvoir adjudicateur n’est pas tenu de demander les justifications des prix de postes négligeables est effectivement prévu à l’article 36, § 2, alinéa 5 de l’arrêté royal passation qui, à titre de rappel, stipule en substance que :

“ Le pouvoir adjudicateur n’est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables”.

En l’espèce, vu que le pouvoir adjudicateur a interrogé la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi sur une série de postes, cela signifie qu’il considérait qu’à tout le moins ces postes-là n’étaient pas négligeables.

Dès lors, étant donné que la partie adverse a interrogé la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi, les alinéas 1 et 2 du § 2 de l’article 36 précité de l’arrêté royal passation doivent s’appliquer au cas d’espèce :

“ § 2. Lors de l’examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l’invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu’il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

La charge de la preuve de l’envoi des justifications incombe au soumissionnaire” (...).

Dans le cadre du marché litigieux, étant donné que la partie adverse a décidé d’interroger la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi sur ses prix unitaires présentant un indice d’anormalité, peu importe la valeur des postes, la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi était tenue d’apporter des justifications satisfaisantes pour chacun de ces postes.

32. À la lecture du tableau établi par la partie adverse relatif à l’analyse des justifications apportées par la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi, la partie requérante peut facilement déduire que non seulement les réponses apportées par celle-ci n’étaient pas satisfaisantes pour les 17 postes en question, mais qu’en outre, la partie adverse suspecte pour deux d’entre eux (à savoir les postes 130 et 2427), une spéculation dans le chef de l’attributaire pressenti (...) :

130	Terrassement pour gaines, en PVC non plastifié annelé, diamètre : DN = 160 mm	l'anomalie n'est pas levée par le justificatif
	Prix des marchandises et offre d'un fournisseur comme pièce justificative	/
	Composition d'équipe et coût horaire	OK
	Rendement normal	rendement largement sous-estimé; suspicion de spéculation
	Calculs corrects	OK
	FG et bénéfices	OK
2427	Remblai, remblai général, sans fourniture, en provenance du chantier. en zone des gra	l'anomalie n'est pas levée par le justificatif
	Prix des marchandises et offre d'un fournisseur comme pièce justificative	/
	Composition d'équipe et coût horaire	OK
	Rendement normal	largement sous-estimé, suspicion de spéculation
	Calculs corrects	OK
	FG et bénéfices	OK

Votre Conseil soulève pourtant à juste titre à cet égard que l'objet du contrôle des prix apparemment anormaux est précisément d'éviter toute spéculation :

“ Le contrôle des prix apparemment anormaux, ainsi organisé, a essentiellement pour objet de vérifier si le prix offert permet d'exécuter les obligations qui résultent du cahier des charges, tant au point de vue de la qualité technique qu'au point de vue du délai, et d'exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics” (...).

La partie requérante soulève pour le surplus divers éléments interpellant dans ce même tableau, laissant potentiellement eux aussi penser à une forme de spéculation, à savoir (...) :

	FG et bénéfices	OK
87	Fourniture d'une structure et d'une bâche micro-perforée occultante	l'anomalie n'est pas levée par le justificatif
	Prix des marchandises et offre d'un fournisseur comme pièce justificative	le prix du poste ne permet même pas d'acheter la bâche (voir offre du sous-traitant)
	Composition d'équipe et coût horaire	/
	Rendement normal	/
	Calculs corrects	/
	FG et bénéfices	OK
88	Pose de la structure et de la bâche micro perforée	l'anomalie n'est pas levée par le justificatif
	Prix des marchandises et offre d'un fournisseur comme pièce justificative	/
	Composition d'équipe et coût horaire	pas d'engin prévu pour l'installation de la structure et que deux personnes
	Rendement normal	non OK
	Calculs corrects	OK
	FG et bénéfices	le coût calculé pour le poste dépasse le prix de la soumission
89	Dépose de la structure et la bâche micro-perforée	l'anomalie n'est pas levée par le justificatif
	Prix des marchandises et offre d'un fournisseur comme pièce justificative	/
	Composition d'équipe et coût horaire	pas d'engin prévu pour le démontage des bâches et de la structure
	Rendement normal	non OK
	Calculs corrects	OK
	FG et bénéfices	le coût calculé pour le poste dépasse le prix de la soumission

335	Pose de la structure et de la bâche micro perforée	l'anomalie n'est pas levée par le justificatif
	Prix des marchandises et offre d'un fournisseur comme pièce justificative	/
	Composition d'équipe et coût horaire	pas d'engin prévu pour l'installation de la structure
	Rendement normal	non OK
	Calculs corrects	OK
	FG et bénéfices	OK
336	Dépose de la structure et la bâche micro-perforée	l'anomalie n'est pas levée par le justificatif
	Prix des marchandises et offre d'un fournisseur comme pièce justificative	/
	Composition d'équipe et coût horaire	pas d'engin prévu pour le démontage des bâches et de la structure
	Rendement normal	non OK
	Calculs corrects	OK
	FG et bénéfices	le coût calculé pour le poste dépasse le prix de la soumission

335	Pose de la structure et de la bâche micro perforée	l'anomalie n'est pas levée par le justificatif
	Prix des marchandises et offre d'un fournisseur comme pièce justificative	/
	Composition d'équipe et coût horaire	pas d'engin prévu pour l'installation de la structure
	Rendement normal	non OK
	Calculs corrects	OK
	FG et bénéfices	OK
336	Dépose de la structure et la bâche micro-perforée	l'anomalie n'est pas levée par le justificatif
	Prix des marchandises et offre d'un fournisseur comme pièce justificative	/
	Composition d'équipe et coût horaire	pas d'engin prévu pour le démontage des bâches et de la structure
	Rendement normal	non OK
	Calculs corrects	OK
	FG et bénéfices	le coût calculé pour le poste dépasse le prix de la soumission

La partie requérante relève, concernant les postes 1038, 1074, 1095, 1114, 1145, 1158, 1176 et 1640 dont l'anomalie n'a pas non plus été soulevée par l'attributaire pressenti, que le pouvoir adjudicateur a exprimé des remarques importantes supplémentaires à l'égard, *inter alia*, du temps de travail sous-estimé par rapport au travail à effectuer ou encore à l'égard de marchandises non spécifiées dans l'offre de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi (...).

En effet, la partie requérante note que pour certains postes, outre l'existence de suspicion de spéculation dans le chef de l'attributaire pressenti :

- (i) le prix proposé par la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi ne permet même pas d'acheter le matériel nécessaire;
- (ii) la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi ne prévoit pas les engins essentiels au chantier;
- (iii) le coût calculé dépasse le prix de la soumission concernant les frais généraux et bénéfices;
- (iv) la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi sous-estime le temps de travail par rapport au travail à effectuer; et
- (v) la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi omet de prévoir certaines marchandises dans son offre.

Ces éléments constituent sans nul doute des éléments qui entérinent en réalité le caractère anormal des postes en question. Ils auraient par conséquent nécessairement dû mener à la conclusion de l'écartement de l'offre de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi en raison de ses prix unitaires anormaux.

34. Il convient par ailleurs de noter à cet égard que, quand bien même la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi aurait justifié les prix unitaires des postes en question par le fait que ceux-ci ont été établis par l'un de ses sous-traitants et non directement par celle-ci, une telle justification ne pourrait aucunement être accueillie par la partie adverse.

Le Rapport au Roi de l'arrêté royal passation explicite en effet cela à propos de l'article 36 :

“ A noter qu'un soumissionnaire ne peut simplement référer au prix d'un sous-traitant augmenté d'une marge bénéficiaire afin d'expliquer son prix. Une explication du prix du sous-traitant est alors nécessaire” [...].

Votre Conseil est arrivé à la même conclusion dans son arrêt du 21 octobre 2010 :

“ Le soumissionnaire qui reçoit une demande de justification de ses prix conformément à l'article 110 § 3 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 doit être conscient qu'il s'agit d'une question grave et qu'il doit justifier ses prix de manière concrète et motivée, car il court le risque de voir son offre déclarée irrégulière. Les soumissionnaires ne doivent donc pas se limiter à des imprécisions et des généralités. La simple référence aux prix du sous-traitant plus une marge bénéficiaire ne constitue pas, en principe, une justification suffisante” [...].

35. Dans le cas d'espèce, la partie adverse ne pouvait pas se contenter des justifications insatisfaisantes apportées à des postes dont il avait jugé lui-même qu'ils n'étaient pas négligeables (puisqu'ils avaient fait l'objet d'une interrogation) et ce d'autant plus face à un soupçon de spéculation.

36. Votre Conseil estime en outre à cet égard que lorsqu'un prix unitaire est reconnu comme anormalement bas et que les justifications fournies n'ont pas été admises par le pouvoir adjudicateur, celui-ci doit écarter l'offre comme irrégulière :

“ en vertu du même article 110, § 3, lorsque le prix unitaire pour un poste est reconnu comme anormalement bas, les justifications fournies n'ayant pas pu être admises, le pouvoir adjudicateur doit écarter l'offre comme irrégulière; que le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires empêche en effet de comparer une offre comportant un prix anormalement bas avec une offre régulière”.

Compte tenu de ce qui précède, la qualification *a posteriori* du caractère négligeable des postes en question par la partie adverse est irrégulière, dans la mesure où celle-ci devait déterminer précisément quels étaient les postes négligeables avant de procéder à la demande de justification des prix de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi (ce qu'elle a d'ailleurs fait et les postes en question ne répondaient pas, selon la partie adverse, à cette qualification).

Ainsi, en interrogeant l'attributaire pressenti sur les postes en cause, la partie adverse a déjà considéré que ces postes étaient non négligeables étant donné que si cette dernière estimait réellement que ces 17 postes étaient négligeables, elle n'aurait tout simplement pas interrogé la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi.

Le pouvoir adjudicateur ne pouvait dès lors plus se retrancher derrière ce prétendu caractère négligeable pour pallier l'absence de justification acceptable (et la présomption d'anormalité en réalité renforcée par les justifications). Il était donc dans l'obligation de déclarer l'offre de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi irrégulière, conformément à l'article 36, § 3, 1^o précité de l'arrêté royal passation.

37. Enfin, à supposer, *quod non*, que les 17 postes en question pouvaient être qualifiés de négligeables “*a posteriori*”, l'offre de l'attributaire pressenti aurait en tout état de cause dû être déclarée irrégulière en raison du nombre de postes en question n'ayant pas reçu de justification satisfaisante et, partant, être écartée

par la partie adverse. En effet, conformément aux prescrits du Rapport au Roi de la version antérieure de l'arrêté royal passation à propos de l'article 36 :

“ De plus, l'alinéa 5 du paragraphe 2 prévoit expressément que le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'inviter formellement à fournir des justifications concernant les prix pour des postes d'une importance négligeable. Il peut en effet être présumé que ceux-ci n'auront aucune influence, en raison de leur caractère négligeable. Dans le cas où le pouvoir adjudicateur procéderait malgré tout à un examen des prix des postes négligeables dans le cadre de marchés qui contiennent par exemple plusieurs prix considérés comme anormaux et qu'il apparaîtrait que les prix constatés sont anormaux pour un nombre de postes négligeables très limité, l'offre pourrait toujours être considérée comme régulière” [...].

En l'espèce, le nombre de postes pour lesquels le pouvoir adjudicateur n'a pas reçu de justification acceptable (soit 17) ne peut nullement être qualifié d'un “nombre de postes négligeables très limité”.

La partie requérante note par ailleurs que le cumul des montants pour lesquels des anomalies subsistent, qui, selon le pouvoir adjudicateur, ne s'élèvent “que plus ou moins à 1,054 %” ou “que à 2,78 %” si l'on se base sur les prix moyens des autres soumissionnaires (...), représentent en réalité à peu de chose près la marge bénéficiaire annuelle raisonnablement attendue pour un marché tel que celui en l'espèce et qui est conforme à la marge brute habituelle de l'attributaire, au cours des cinq dernières années.

Un tel pourcentage, que cela soit 1,054 % ou 2,78 % ne peut dès lors aucunement être qualifié de négligeable.

La partie requérante a, afin d'appuyer le fait qu'un tel pourcentage ne peut être qualifié de négligeable, établi un tableau reprenant entre autres la marge bénéficiaire de Nelles Frères, société membre de la société momentanée Nelles - Bernard Construction - Cordeel - Aertssen et Bodarwé, société membre de la SSM Bodarwé - SSM Wust-Serbi au cours des cinq dernières années :

	2015			2016			2017			2018			2019		
	CA	BENEFICE	MARGE	CA	BENEFICE	MARGE	CA	BENEFICE	MARGE	CA	BENEFICE	MARGE	CA	BENEFICE	MARGE
NELLES FRERES	19.134.483,00	338.892,00	1,77%	21.055.089,00	-100.505,00	-0,48%	21.891.973,00	14.160,00	0,06%	26.024.746,00	6.769,00	0,03%	24.997.818,00	63.840,00	0,26%
BODARWÉ	18.600.705,00	-142.958,00	-0,77%	20.672.389,00	79.310,00	0,38%	23.085.858,00	-494.352,00	-2,14%	26.412.853,00	503.290,00	1,91%	27.818.189,00	204.021,00	0,73%
GEHLEN	14.381.929,00	-56.345,00	-0,39%	14.478.754,00	-239.273,00	-1,65%	15.530.096,00	-116.656,00	-0,75%	16.258.963,00	93.133,00	0,57%	16.933.612,00	150.486,00	0,89%
BAGUETTE	20.867.930,00	121.704,00	0,58%	17.461.784,00	75.038,00	0,43%	26.247.315,00	-579.078,00	-2,21%	28.977.139,00	1.057.551,00	3,65%	29.668.950,00	845.304,00	2,85%

38. On constate sur la base de ce tableau que la marge moyenne annuelle des quatre entreprises visées dans le tableau ci-dessus s'élève à 0,516 % sur les cinq dernières années. Le pourcentage des postes non justifiés est donc supérieur à cette marge moyenne, ce qui suffit à le qualifier de non négligeable, en soi ».

VI.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse commence par rappeler le cadre normatif en reproduisant l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les articles 33 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ainsi que des extraits du rapport au Roi précédant cet arrêté.

Elle fait ensuite valoir ce qui suit :

« 25. Le dispositif normatif est très clair.

Il aurait été possible de ne pas demander de justification sur base de la notion de poste négligeables, comme l'indique l'article 36 de l'ARPASS. Il est cependant plus sain, comme l'a fait la partie adverse de solliciter des justifications. Le concept de poste négligeable reste cependant utile au stade de l'appréciation de la régularité des offres.

26. La notion de poste négligeable est laissée à l'appréciation du pouvoir adjudicateur, le gouvernement n'ayant pas donné suite aux remarques de la Section législation du Conseil d'État.

27. Dans le cadre du recours en suspension et du recours en annulation, le Conseil d'État exerce sur la manière dont le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications un contrôle marginal : selon la formule consacrée:

“ Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, il examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée”.

28. Dans le même arrêt rappelant ce contrôle marginal, le Conseil d'État a précisé la notion de poste.s. négligeable.s., en ces termes :

“ Pour écarter une offre comme affectée d'une irrégularité substantielle, l'adjudicateur est tenu d'établir le caractère anormal d'un ou de plusieurs prix unitaire(s), ainsi que le caractère non négligeable des postes concernés. S'agissant du caractère non négligeable, la partie adverse l'a justifié sur base de la motivation suivante :

□Attendu que le pourcentage cumulé des montants des neuf postes de l'offre reconnus anormaux atteint 6,75 % selon l'estimation, et que la valeur cumulée des erreurs démontrées y relatives atteint 4,96 % du montant de leur offre. Attendu que les valeurs relatives de ces postes et du montant des erreurs sont à considérer comme non négligeables□.

L'examen des deuxième et troisième branches du moyen a révélé que la requérante échouait à établir sérieusement que les valeurs ainsi fixées par la partie adverse procédaient d'erreurs manifestes d'appréciation qu'il appartenait au Conseil d'État de censurer.

En outre, il n'apparaît pas que cette même partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant, sur la base des valeurs ainsi prises en compte, que les postes concernés étaient non négligeables.”

29. Dans un arrêt n°245.302 du 14 août 2019, le Conseil d'État a indiqué que :

“ En l'espèce, pour conclure à l'importance négligeable des options 1 et 2 concernées, la partie adverse renvoie au cou□t global du marché, à savoir 950.000 euros, dont elles ne représentent respectivement que ‘moins d'1 %’ et ‘2,2 %’”.

30. Le rapport de comparaison des offres (et la décision d'attribution) comporte une motivation adéquate à la fois du prix global et des prix unitaires, respectueuse du dispositif normatif, puisqu'il précise :

“ Examen des prix unitaires et totaux anormaux :

Prix globaux

L'entreprise SSM Bodarwé – SSM Wust-Serbi est l'entreprise la moins-disante, le montant de son offre corrigée est de 17 019 193,69 € HTVA. La moyenne des offres calculées selon les modalités de l'Arrêté Royal est de 20 619 539,43, l'écart avec l'offre de l'entreprise SSM Bodarwé – SSM Wust-Serbi est de 3 600 345,73 € soit 17,46 % (les autres soumissionnaires ont offert un prix qui ne s'écarte pas de plus de 15 % de la moyenne).

Suite à cet écart, le pouvoir adjudicateur a demandé à l'entreprise SSM Bodarwé – SSM Wust-Serbi dans son courrier envoyé par recommandé daté au 17/12/20 de justifier son prix global.

L'entrepreneur a répondu avec un courrier du 07/01/2021. Dans sa réponse, il explique que l'écart par rapport à la moyenne de son prix global est justifié par les justificatifs demandés des prix unitaires. Il signale également que

- sa proximité géographique notamment au niveau des installations de production (carrière, centrale à béton, centrale à tarmac...),
- le fait que ces installations font partiellement ou totalement partie du groupement,
- sa bonne connaissance du site ainsi que l'ampleur du chantier qui lui permet de répartir les frais fixes sur un chiffre d'affaires important, lui permettent de remettre un prix compétitif.

Sans préjudice à l'analyse des justificatifs fournis pour les PU sur lesquels l'entrepreneur a été interrogé, et auxquels il renvoie (voy. *Infra*), le fait de bénéficier d'installations de production en propre (totalement ou partiellement), à proximité géographique du chantier, fournit un réel avantage qui justifie non l'écart de 17,46 %, mais à tout le moins le fait que l'offre dépasse de 2,46 % le seuil de 15 % impliquant un soupçon d'anormalité selon l'article 36 § 4 ARP.

La réalité de cet avantage est confirmée par le fait que le deuxième soumissionnaire, l'entreprise AM Nelles – Bernard-Construction – Cordeel – Aertssen, présente des caractéristiques similaires en termes de proximité et de frais généraux et a remis un prix global qui s'éloigne de 14,91 % de la moyenne des offres, soit 2,55 % seulement de différence avec l'offre du premier classé.

Prix unitaire

SSM Bodarwé – SSM Wust-Serbi

Afin de tenir compte du fait que le bordereau de soumission reprend dans des divisions différentes les quantités à réaliser par tournant, et que les travaux sont souvent répétitifs d'un tournant à l'autre, nous avons pris la décision d'analyser les prix unitaires de tous les postes dont le montant total normal est de plus de 10 000 € HTVA.

Certains prix unitaires s'éloignent de la moyenne, cependant, en les comparant avec ceux de l'estimation et ceux des autres soumissionnaires, la plupart des prix unitaires sont jugés normaux et sont acceptés.

En date du 17/12/2020, un courrier recommandé est envoyé à SSM BODARWE - SSM WUST-SERBI - Avenue de Norvège, 16 - 4960 MALMEDY pour demander la justification des prix unitaires suivants avec réponse souhaitée au plus tard pour le 08/01/2021 à 10H par courriel sur l'adresse procurement@spa-francorchamps.be et par porteur contre accusé de réception à l'attention du Circuit de Spa-Francorchamps, Route du Circuit, 55 à 4970 Stavelot ou par envoi recommandé:

Partie Stabilité

1349	Planchers à prédalles en béton armé
1900	Planchers à prédalles en béton armé
2451	Gradins naturels - Plots ponctuels
2452	Semelle de soutènement

Partie Infrastructure

- 42 Déblais généraux, en vue d'une réutilisation sur le chantier
- 43 Déblais généraux, supplément pour déblais généraux, en sol compact
- 49 Fondation en grave-bitume, type GB-20-1, épaisseur : E = 15 cm
- 52 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 54 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 56 Enrobés à squelette pierreux, SMA-10-2, épaisseur E = 40 mm
- 87 Fourniture d'une structure et d'une bâche micro-perforée occultante
- 88 Pose de la structure et de la bâche micro perforée
- 89 Dépose de la structure et la bâche micro-perforée
- 130 Terrassement pour gaines, en PVC non plastifié annelé, diamètre : DN = 160 mm
- 165 Terrassements particuliers, terrassement pour ouvrage d'art, déblai, supplément pour sol compact
- 182 Infrastructure et ouvrage enterré, béton, classe C35/45 BA EE4 WAI (0.45), pour radier et semelle
- 264 Démolition sélective d'immeuble
- 292 Déblais généraux, en vue d'une réutilisation sur le chantier
- 293 Déblais généraux, supplément pour déblais généraux, en sol compact
- 294 Remblai, remblai général, sans fourniture, en provenance du chantier
- 295 Remblai, remblai général, sans fourniture, en provenance du chantier
- 299 Fondation en grave-bitume, type GB-20-1, épaisseur : E = 15 cm
- 301 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 303 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 305 Enrobés à squelette pierreux, SMA-10-2, épaisseur E = 40 mm
- 334 Fourniture d'une structure et d'une bâche micro-perforée occultante
- 335 Pose de la structure et de la bâche micro perforée
- 336 Dépose de la structure et la bâche micro-perforée
- 345 Béton classe C30/37 EE3 pour petit ouvrage en béton et béton armé construit en place
- 406 Fondation en grave-bitume, type GB-20-1, épaisseur : E = 15 cm
- 416 Enrobés à squelette sableux, AC-20base3-1 - épaisseur E = 60 mm
- 418 Enrobés à squelette sableux, AC-10surf4-2 - épaisseur E = 40 mm
- 440 Fourniture d'une structure et d'une bâche micro-perforée occultante
- 441 Pose de la structure et de la bâche micro perforée
- 442 Dépose de la structure et la bâche micro-perforée
- 494 Fondation en grave-bitume, type GB-20-1, épaisseur : E = 15 cm
- 499 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 547 Fondation en grave-bitume, type GB-20-1, épaisseur : E = 15 cm
- 549 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 551 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 553 Enrobés à squelette pierreux, SMA-10-2, épaisseur E = 40 mm
- 554 Opération sur revêtement, traitement de surface préalable, par nettoyage à l'eau sous pression
- 556 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 558 Enrobés à squelette pierreux, SMA-10-2, épaisseur E = 40 mm
- 569 Vibreur amovible en acier inoxydable
- 577 Béton classe C30/37 EE3 pour petit ouvrage en béton et béton armé construit en place
- 624 Fondation en grave-bitume, type GB-20-1, épaisseur : E = 15 cm
- 628 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 630 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 632 Enrobés à squelette pierreux, SMA-10-2, épaisseur E = 40 mm
- 635 Enrobés à squelette sableux, AC-10surf4-2 - épaisseur E = 40 mm
- 746 Fondation en grave-bitume, type GB-20-1, épaisseur : E = 15 cm
- 752 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 754 Enrobés à squelette sableux, AC-14base3-2 - épaisseur E = 60 mm
- 756 Enrobés à squelette pierreux, SMA-10-2, épaisseur E = 40 mm
- 785 Repose du portique de signalisation démonté
- 892 Fondation en grave-bitume, type GB-20-1, épaisseur : E = 15 cm

- 965 Fondation en grave-bitume, type GB-20-1, épaisseur : E = 15 cm
- 966 Enrobés à squelette sableux, AC-20base3-1 - épaisseur E = 60 mm
- 968 Enrobés à squelette sableux, AC-10surf4-2 - épaisseur E = 40 mm
- 999 Utilisation d'un engin de terrassement, puissance comprise entre 75 KW et 100 KW
- 1802 Enrobés à squelette sableux, AC-10surf4-2 - épaisseur E = 40 mm
- 1804 Enrobés à squelette sableux, AC-20base3-1 - épaisseur E = 60 mm
- 1806 Enrobés à squelette sableux, AC-10surf4-2 - épaisseur E = 40 mm
- 1838 Infrastructure et ouvrage enterré, béton, classe C35/45 BA EE4 WAI (0.45), pour dalle supérieure
- 2427 Remblai, remblai général, sans fourniture, en provenance du chantier : en zone des gradins

Partie Techniques Spéciales

PIST.3.3 REPOSE

- 1038 PIST.3.3.04.b. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle)

PIST.4.3 REPOSE

- 1074 PIST.4.3.04.e. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle) en fourreaux

PIST.5.3 REPOSE

- 1095 PIST.5.3.03.b. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle) en caniveau

PIST.6.3 REPOSE

- 1114 PIST.6.3.04.b. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle) en caniveau

PIST.7.3 REPOSE

- 1145 PIST.7.3.06.b. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle) en caniveau

PIST.7.5 PERTUIS

- 1158 PIST.7.5.06 Repose des câblages électriques

PIST.8.3 REPOSE

- 1176 PIST.8.3.04.b. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle) en caniveau

CS.6.2 SYSTÈME DE CLIMATISATION À VOLUME DE REFRIGÉRANT VARIABLE

CS.6.2.03 Accessoires, commandes, installation frigorifique et décharges

- 1640 CS.6.2.03.c. Décharge des condensats (tout compris, pompes de relevages, tuyauterie, accessoires), forfait pour toute l'installation

L'entreprise SSM BODARWE - SSM WUST-SERBI a répondu dans le délai imparti dans son courrier daté au 07/01/2021.

Notre analyse de la réponse de l'entrepreneur est visible au niveau du tableau repris en annexe.

La plupart des anomalies présumées se voient levées par l'analyse des justificatifs reçus.

Pour quelques postes, le justificatif reçu de la part de l'entrepreneur n'est pas entièrement satisfaisant.

Les postes concernés sont les suivants (voir également l'analyse au niveau du tableau en annexe) :

- 87 Fourniture d'une structure et d'une bâche micro-perforée occultante

Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste.

Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,01 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,3 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

- 88 Pose de la structure et de la bâche micro perforée

Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste.

Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste représente [ne] que 0,003 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que

0,1 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

89 Dépose de la structure et la bâche micro-perforée
Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste.
Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,001 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,08 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

130 Terrassement pour gaines, en PVC non plastifié annelé, diamètre : DN = 160 mm
Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement haut de ce poste.
Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,07 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,01 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

335 Pose de la structure et de la bâche micro perforée
Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste.
Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,03 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,05 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

336 Dépose de la structure et la bâche micro-perforée
Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste.
Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,01 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,05 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

440 Fourniture d'une structure et d'une bâche micro-perforée occultante
Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste.
Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,006 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,2 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.
La même anomalie avec les mêmes importances est constatée au niveau du poste 786 repris dans le justificatif de l'entreprise.

441 Pose de la structure et de la bâche micro perforée
Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste.
Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,003 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,05 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.
La même anomalie avec les mêmes importances est constatée au niveau du poste 787 repris dans le justificatif de l'entreprise.

442 Dépose de la structure et la bâche micro-perforée
Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste.
Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,001 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,05 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.
La même anomalie avec les mêmes importances est constatée au niveau du poste 788 repris dans le justificatif de l'entreprise.

2427 Remblai, remblai général, sans fourniture, en provenance du chantier : en zone des gradins
Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement haut de ce poste.
Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,53 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,03 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

PIST.3.3 REPOSE

1038 PIST.3.3.04.b. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle)

Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste. Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,02 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,31 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

PIST.4.3 REPOSE

1074 PIST.4.3.04.e. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle) en fourreaux

Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste. Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,01 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,31 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

PIST.5.3 REPOSE

1095 PIST.5.3.03.b. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle) en caniveau

Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste. Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,01 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,22 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

PIST.6.3 REPOSE

1114 PIST.6.3.04.b. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle) en caniveau

Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste. Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,01 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,06 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

PIST.7.3 REPOSE

1145 PIST.7.3.06.b. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle) en caniveau

Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste. Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,01 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,27 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

PIST.8.3 REPOSE

1176 PIST.8.3.04.b. Câblages très basse tension et fibre optique (y compris bundle) en caniveau

Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste. Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste [ne] représente que 0,01 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ce poste [ne] représente que 0,31 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

CS.6.2 SYSTEME DE CLIMATISATION À VOLUME DE REFRIGERANT VARIABLE

CS.6.2.03 Accessoires, commandes, installation frigorifique et décharges

1640 CS.6.2.03.c. Décharge des condensats (tout compris, pompes de relevages, tuyauterie, accessoires), forfait pour toute l'installation

Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement haut de ce poste et en inversant les postes 1640 et 1641 tel que justifier par l'entreprise, les deux postes présentent un prix anormalement haut par rapport aux autres prix remis.

Vu que le prix de l'entreprise pour ces postes[ne] représente que 0,31 % de l'offre globale et que le prix moyen des offres pour ces postes [ne] représente que 0,08 % de l'offre globale de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

Le cumul des montants pour lesquels des anomalies subsistent en nous basant sur les prix unitaires remis par l'entreprise ne représente que +/- 1,054 % de l'offre globale de la SSM BODARWE - SSM WUST-SERBI.

En calculant le même cumul des postes pour lesquels des anomalies subsistent, en nous basant sur les prix moyens des autres soumissionnaires, nous obtenons une importance de $\pm 2,78$ % de l'offre globale de la SSM BODARWE - SSM WUST-SERBI.

Vu que le cumul reste dans les deux cas non significatifs par rapport à de l'offre montant global de l'offre [sic], nous classons l'offre comme régulière”.

31. L'écart entre le prix remis par l'attributaire et le prix remis par les requérantes est de 2,46 %. Partant, ces dernières sont sans intérêt personnel et direct au moyen car de deux choses l'une, si la manière de faire du pouvoir adjudicateur n'est pas la bonne, le prix des requérantes n'aurait jamais pu être considéré comme normal non plus.

32. La jurisprudence de votre conseil citée au point 25 n'est pas pertinente, la proximité géographique a été mobilisée ici en relation avec également le prix global des requérantes dont la situation présente des similitudes avec celle des requérantes. Le pouvoir adjudicateur ajoute en plus le fait de bénéficier d'installations de production en propre.

Le critère de la proximité géographique est en outre un critère manifestement pertinent. Il est en effet évident que puisque les ouvriers commencent leurs journées au départ de l'entreprise pour pouvoir être conduit sur chantier ont des journées plus productives si le temps de transport est réduit. Il est tout aussi évident que la proximité géographique peut amener à réduire certains frais (par exemple parce que le travail de gestion administrative peut plus aisément se faire au siège).

Cette explication est généralement acceptée par les chambres néerlandophones du Conseil d'Etat et la jurisprudence judiciaire.

33. Les considérations liées à la marge bénéficiaire de BODARWE ne sont pas plus pertinentes. D'une part, il s'agit d'une société momentanée composée de plusieurs membres. D'autre part, la crise sanitaire peut avoir conduit les entreprises à adopter des stratégies de remise de prix différentes pour assurer un minimum de chiffres d'affaires afin de limiter les pertes de cette année.

34. Sur le contrôle des prix unitaires, la requérante confond deux choses différentes. La première est le périmètre utile du contrôle effectué. Il n'est pas requis pour réaliser un contrôle de la normalité des prix que tous les postes soient vérifiés dans le détail. La seconde réside dans l'acceptation des justifications et la décision de considérer, *in fine*, les explications données comme suffisantes.

Le cahier spécial des charges exigeait au demeurant la production de justifications d'emblée pour les postes supérieurs à 50.000 € (point 1.8 Forme et contenu de l'offre).

35. Les requérantes ne remettent au demeurant pas en cause clairement dans leur requête, la normalité des prix remis pour les différents postes pour lequel l'attributaire a été interrogé mais critiquent uniquement la motivation relative au prix total de l'offre.

36. Le premier moyen est manifestement non sérieux ».

VI.3. Thèse des parties intervenantes

S'agissant de la première branche, les intervenantes font valoir ce qui suit :

« 18. Dans la première branche du premier moyen, les parties requérantes prétendent essentiellement que la motivation concernant le caractère normal du montant total de l'offre ne permettrait pas de comprendre la décision prise par le Circuit de Spa-Francorchamps.

19. Pour rappel, l'article 36 n'oblige pas à considérer anormal tout prix qui s'écarte de plus de 15 % de la moyenne des offres, mais bien, en pareille situation, de mettre en place l'article 36, § 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. L'article 36, § 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 se lit de la manière suivante : [...]

La liste reprise à l'article 36, § 2 susmentionné est non exhaustive, et le pouvoir adjudicateur dispose d'un grand pouvoir d'appréciation en ce qui concerne l'évaluation des justifications fournies par le soumissionnaire.

20. C'est dans ce contexte que, en date du 17 décembre 2021, le Circuit de Spa-Francorchamps a invité la SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix du montant global de son offre et de différents postes (...).

21. Le 8 janvier 2021, la SSM BODARWE- SSM WUST- SERBI a fourni les justifications suivantes :

- Le montant global de notre offre se justifie principalement par les explications fournies dans notre offre et par les justifications en annexe pour un grand nombre de postes qui la composent et par le fait
 - o de la proximité géographique du chantier par rapport aux installations de production de béton, de pierres, de pertuis et de revêtement hydrocarboné ce qui réduit considérablement les temps de transport. Par ailleurs, ces installations font partiellement ou totalement partie de notre groupement.
 - o de l'ampleur des travaux qui nous permet de répartir les frais fixes sur un chiffre d'affaire important.
 - o de la bonne connaissance du site : en effet notre groupement a réalisé un grand nombre de travaux ces dernières années à Francorchamps. Pour preuve, nous vous joignons en annexe la liste des travaux réalisés récemment.

Ces justifications sont reprises dans le rapport d'examen (...) :

L'entrepreneur a répondu avec un courrier du 07/01/2021. Dans sa réponse, il explique que l'écart par rapport à la moyenne de son prix global est justifié par les justificatifs demandés des prix unitaires. Il signale également que

- sa proximité géographique notamment au niveau des installations de production (carrière, centrale à béton, centrale à tarmac...),
- le fait que ces installations font partiellement ou totalement partie du groupement,
- sa bonne connaissance du site ainsi que l'ampleur du chantier qui lui permet de répartir les frais fixes sur un chiffre d'affaires important, lui permettant de remettre un prix compétitif.

À titre surabondant, il convient de noter que la SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI dispose effectivement d'un avantage concurrentiel dans la mesure où elle dispose dans son groupe, contrairement aux parties requérantes, d'une société productrice d'enrobés hydrocarboné (BORETA), dont le poste d'enrobage est situé dans la carrière de Waimès appartenant à BODARWE. Le même raisonnement s'applique aux pertuis préfabriqués dans la mesure où BODARWE dispose dans son groupe d'une société productrice d'éléments préfabriqués en béton (PROBEMAL), dont l'usine de production est située dans le zoning de Malmedy.

Cette proximité a toute son importance puisqu'il s'agira ici d'éviter de faire de nombreux kilomètres avec des machines importantes et de mobiliser du personnel à cet effet.

22. Votre Conseil a rappelé à plusieurs reprises le fait que, dans le cadre de l'analyse des justifications apportées sur le prix par un soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur dispose d'un très large pouvoir d'appréciation auquel le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation :

“ Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, il examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'Etat ne peut substituer sa propre appréciation à celle de pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée”.

23. Dans ce contexte, il est également évident que les parties requérantes mettent en doute la justification du prix, sans démontrer concrètement pour quelle raison le Circuit de Spa-Francorchamps n'aurait pas pu prendre en considération les justifications apportées par la SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI. Or, Votre Conseil a déjà déclaré qu'un tel moyen ne pouvait pas être considéré comme sérieux :

“ S'agissant, pour le surplus, des doutes exprimés par les requérantes à l'égard des prix, ou de certains d'entre eux, proposés par la société SITA REMEDIATION, ils ne permettent pas, dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence, d'examiner si le contrôle exercé sur ces prix a pu raisonnablement autoriser la partie adverse à considérer qu'ils étaient réguliers. Les développements et simulations que contient le moyen sont proposés au soutien de la thèse selon laquelle l'offre de tels prix pourrait être révélatrice d'une pratique de spéculation à raison des conditions particulières du marché, telles que les ont définies le cahier spécial des charges et ses annexes. Dans cette mesure, le moyen critique essentiellement ces documents et ne peut, pour les raisons précédemment exposées, être déclaré sérieux.”

24. Par ailleurs, dans plusieurs arrêts, la justification des prix fondée sur la proximité géographique a été acceptée par Votre Conseil, et notamment dans les arrêts suivants :

- L'arrêt du 9 juin 2015, n° 231.498 :
“Même si la justification de prix des parties intervenantes comporte des généralités, cette justification ne se limite pas à des généralités. Il est ainsi concrètement renvoyé à la centrale d'asphalte, la centrale à béton et l'usine de concassage desquels ils disposent à moins de cinq kilomètres de distances et aux chantiers en cours dans les environs de l'endroit où le marché doit être exécuté.”
- L'arrêt du 9 juin 2015, n° 231.500 :
“La partie intervenante justifie également le prix de son offre par la circonstance que le personnel appelé à travailler sur le chantier habite à proximité de celui-ci, en sorte que ses frais de déplacement seraient nuls ou peu élevés. Il ressort du dossier administratif que les services de la partie adverse ont vérifié cette information en se faisant produire les adresses des travailleurs, ce qui a révélé l'exactitude de cette justification. La décision motivée ajoute que cette justification permet une diminution du temps et des coûts de déplacement. La décision attaquée relève, par ailleurs, que le coût salarial de la main d'œuvre de la partie intervenante □a un impact important sur l'offre□. Bien que cette justification n'ait pas été avancée comme telle par la partie intervenante, la partie adverse pouvait avoir égard à la circonstance que le taux horaire par ouvrier non qualifié pratiqué par la partie intervenante se situe sous la moyenne des

taux pratiqués pour des chantiers comparables pour tenter de comprendre la différence de prix entre l'offre litigieuse et celle d'autres soumissionnaires. Dès lors que ce taux reste supérieur à celui d'autres entreprises, la partie requérante ne démontre pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en ne considérant pas ce prix comme anormalement bas.”

- L'arrêt du 28 août 2018, n° 242.229 :
“Dans la décision contestée on fait en effet également référence aux particularités mentionnées dans la justification des prix, et notamment que: 1) le siège de l'attributaire est sis à proximité du chantier, et qu'il dispose, grâce à sa location, indéniablement d'un avantage concurrentiel par rapport aux autres soumissionnaires, tant au niveau des coûts de transport, connaissance du site, flexibilité etc; (...)”.
- L'arrêt du 5 avril 2018, n° 241.206 :
“L'attributaire a évoqué dans sa justification de prix la possibilité d'agir de manière □ flexible et économique □ dans plusieurs phases et disciplines du projet en ayant fait référence à son siège à proximité du chantier et au fait qu'il a exécuté dans le passé des □ murs de quai similaires □ [...] à Zeebrugge, ce qui permet □ la connaissance du site et une connaissance d'une méthode optimale □. Les parties requérantes ne peuvent être suivies en ce qu'elles prétendent qu'il s'agit d'une justification vague et abstraite qui pourrait être faite dans le cadre de n'importe quel marché. La relevance des circonstances concernées est suffisamment concrète afin de pouvoir être considéré comme exceptionnellement avantageuse pour le soumissionnaire”.

Dans cet arrêt, Votre Conseil a également rappelé que, même des éléments non chiffrés peuvent constituer une justification de prix, d'autant plus s'il s'agit d'une justification qui est demandée pour le prix total.

25. La bonne connaissance du site par la SSM BODARWE –SSM WUST-SERBI a été clairement étayée par les références transmises dans les annexes au courrier recommandé du 8 janvier 2021 (...).

Votre Conseil a déjà accepté à plusieurs reprises la justification concernant l'expérience dans des travaux similaires et la bonne connaissance du site, notamment dans les arrêts suivants :

- L'arrêt du 24 janvier 2019, n° 243.496 :
“Au titre du *Secundo*, la requérante reproche, en substance, à la partie adverse de n'avoir pas admis comme justification du prix global de son offre son expérience particulière du contexte spécifique des tunnels bruxellois dans lequel s'inscrit le marché litigieux, alors qu'une justification de prix fondée sur une bonne connaissance des installations par un entrepreneur qui y a précédemment travaillé a déjà été admise par le Conseil d'État. Certes, il ne peut dans l'absolu, être exclu que puisse être invoquée, pour justifier le prix global d'une offre, l'expérience particulière dont un soumissionnaire se prévaut à l'égard tant des prestations relevant du marché pour lequel il fait offre que du contexte dans lequel celui-ci s'inscrit. Encore faut-il toujours qu'une telle expérience justifie à suffisance – et au regard des données du cas d'espèce – le prix effectivement proposé par le soumissionnaire pour le marché concerné, ce caractère suffisant de la justification étant soumis à l'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur, appréciation qu'il revient à l'instance – loin de rejeter le principe d'une justification fondée sur l'expérience et la connaissance d'un soumissionnaire – s'est bornée à constater que celles dont se prévalait la requérante ne suffisait pas à justifier les écarts de prix relevés par rapport aux autres soumissionnaires. *Prima facie*, il n'apparaît pas que, ce faisant, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation susceptible d'être censurée.”
- L'arrêt du 5 avril 2018, n° 241.206 :
“L'attributaire a évoqué dans sa justification de prix la possibilité d'agir de manière □ flexible et économique □ dans plusieurs phases et disciplines

du projet en ayant fait référence à son siège à proximité du chantier et au fait qu'il a exécuté dans le passé des «murs de quai similaires» [...] à Zeebrugge, ce qui permet «la connaissance du site et une connaissance d'une méthode optimale». Les parties requérantes ne peuvent être suivies en ce qu'elles prétendent qu'il s'agit d'une justification vague et abstraite qui peut être faite dans n'importe quel marché. La relevance des circonstances concernées est suffisamment concrète afin de pouvoir être considérées comme exceptionnellement avantageuses pour le soumissionnaire.”

26. Notons à cet égard que la comparaison de l'offre de la SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI à l'offre des parties requérantes n'a été faite qu'à titre complémentaire du reste de l'analyse. Comme cela ressort clairement du rapport d'analyse des offres, l'entièreté de l'analyse des prix ne repose pas uniquement sur cet élément.

27. Par ailleurs il convient également de tenir compte du fait que le montant total de l'offre se compose d'une somme de différents postes. Or, ces différents postes ont, également, fait l'objet d'une vérification détaillée de la part du Circuit de Spa-Francorchamps. Ces différents postes ont, à la suite de cette analyse détaillée et des explications fournies par la SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI soit été déclaré normaux, soit été considéré comme des postes négligeables.

28. Enfin, il est évidemment dénué de fondement de comparer la différence de prix entre la SSM BODARWE–SSM WUST-SERBI et les parties requérantes, avec la marge bénéficiaire annuelle attendue. Il s'agit d'éléments qui ne sont absolument pas comparables, en particulier dans la mesure où (1) on ne peut “simplement” comparer la marge annuelle d'une entreprise et la marge pour un marché en particulier et (2) il a été tenu compte de la marge de Bodarwe uniquement, alors que Bodarwe n'intervient pas seule dans le cas présent.

29. En conclusions, il n'y a pas lieu non plus de remettre en cause le prix global, lequel, d'une part a été justifié expressément, et, d'autre part, est constitué d'une somme de prix qui, suite à une analyse détaillée, ont été considérés comme normaux ».

Sur la seconde branche, les parties intervenantes font valoir ce qui suit :

« 31. Sous la seconde branche du moyen, les parties requérantes prétendent en essence, que l'appréciation du caractère négligeable d'un poste devrait être faite avant de demander aux soumissionnaires des justifications concernant les prix anormaux.

32. Conformément l'article 36, § 3, 1° il est interdit d'écarter l'offre en raison d'un ou de plusieurs postes négligeables présentant un caractère anormal. Il n'est cependant pas interdit d'interroger les soumissionnaires au sujet des postes négligeables.

i L'appréciation du caractère négligeable d'un poste peut avoir lieu au moment de l'évaluation des justifications

33. Il convient de rappeler que, en l'absence de caractère anormal du montant total de l'offre, seuls les postes non négligeables présentant un caractère anormal peuvent donner suite à l'irrégularité de l'offre.

L'article 36, §3, 1° de l'arrêté royal du 18 avril 2017 dispose notamment ce qui suit :

“ Art. 36. § 3. Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :
1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
(...)”.

34. Il s'ensuit qu'une offre ne peut être écartée en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est affectée que si, soit le montant total de l'offre, soit le montant d'un ou plusieurs postes “non-négligeables”, présente un caractère anormal.

35. Les parties requérantes semblent déduire du fait que le Circuit de Spa-Francorchamps a décidé d'analyser les postes dont le montant est de plus de 10.000 €, le Circuit de Spa-Francorchamps aurait considéré que les postes de plus de 10.000 € seraient d'emblée non négligeables.

Or, le Circuit de Spa-Francorchamps n'a pas pris la décision de considérer les postes de plus de 10.000 € comme étant non négligeables. Il a juste pris la décision de procéder à l'analyse de ces différents postes. Ensuite, pour les postes analysés, là où le caractère normal du prix posait question, la SSM BODARWE – SSM WUST a été interrogée. Une fois les justifications reçues, le Circuit de Spa-Francorchamps a considéré un certain nombre de postes comme étant de toute façon négligeables de sorte que le fait que la question de la normalité de ces postes devait être considérée comme sans incidence.

36. À cet égard, rappelons que si le pouvoir adjudicateur n'a, certes, pas d'obligation de demander des justifications pour des postes négligeables, il n'a pas non plus l'interdiction de le faire.

Le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 précise notamment ce qui suit :

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

Il n'a pas été donné suite à la remarque du Conseil d'État d'insérer des exemples pratiques dans le rapport au Roi. Le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné.”

Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur n'est pas empêché de demander des justifications de prix des postes négligeables. Le simple fait d'avoir demandé des justifications concernant le prix unitaire de certains postes ne peut pas impliquer que ces postes doivent en tous les cas être considérés comme non négligeables.

Suite à l'évaluation des justifications des prix, parmi les postes vérifiés, le Circuit de Spa-Francorchamps a constaté que 17 postes négligeables, sur un total de +/- 4.170 postes au total, doivent être considérés comme anormaux, ce qui est un nombre très limité.

37. Votre Conseil a déjà précisé qu'en cas de prix anormaux pour un ou plusieurs poste(s) de l'offre, le pouvoir adjudicateur est tenu d'apprécier si les postes étaient "non négligeables".

Dans l'arrêt n° 240,679 du 7 février 2018, le juge a décidé ce qui suit :

“ La décision attaquée ne montre pas que le pouvoir adjudicateur a vérifié si les postes pour lesquels les prix s'avéraient anormaux dépassaient ou non le seuil permettant de les qualifier de □non négligeables□. Au contraire, elle paraît soutenir dans sa note d'observations que toute anomalie affectant un poste de prix unitaire suffit à entacher l'offre d'irrégularité. La motivation de l'acte attaqué est insuffisante à cet égard.”

Il s'ensuit que l'appréciation du caractère négligeable des postes concernés est une étape qui doit être effectuée par le pouvoir adjudicateur. En plus, cette appréciation doit être expressément reprise dans la décision d'attribution.

Si le Circuit de Spa-Francorchamps s'était contenté d'interroger la SSM BODARWE- SSM WUST-SERBI, sans mentionner l'appréciation du caractère négligeable dans sa décision d'attribution, alors, elle aurait violé l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et aurait manqué à son devoir de motivation formelle.

38. Le pouvoir adjudicateur doit, en effet, vérifier *in concreto* si le prix d'unité concerné est négligeable dans la totalité du marché, avant la demande des justifications au plus tard au moment de l'évaluation de ces justifications.

39. Dans ce contexte, il est même logique que le PA interroge le soumissionnaire sur des postes qui pris individuellement pourraient être considérés comme négligeables. Il revient en effet au pouvoir adjudicateur de vérifier si le cumul de postes négligeables n'implique pas l'anormalité de l'offre de par l'importance qu'atteindrait ce cumul. Or, en l'occurrence, selon les dires de la requérante en suspension, on parle de 17 postes sur une soumission qui en contient au total +/- 4.170 ! Ce n'est qu'au moment de l'évaluation du justificatif que le pouvoir adjudicateur est en mesure de se positionner sur le caractère négligeable ou non du cumul des postes qui seraient anormaux et ce, en proportion de la totalité du marché.

Le pouvoir adjudicateur peut donc apprécier le caractère négligeable des postes concernés à tout moment, et au plus tard au moment de l'évaluation des justifications obtenues.

Le Circuit de Spa-Francorchamps a donc à juste titre, et au bon moment, décidé de la qualification de négligeables des postes concernés.

ii Pouvoir d'appréciation en ce qui concerne l'appréciation du caractère négligeable

40. Il suit du Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017, que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation en ce qui concerne l'appréciation du caractère négligeable des postes du marché. Le Rapport au Roi précise en effet ce qu'il suit :

“ Il n'a pas été donné suite à la remarque du Conseil d'État d'insérer des exemples pratiques dans le rapport au Roi. Le caractère négligeable ou non d'un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné”.

Votre Conseil a rappelé dans l'arrêt n° 245.222 du 23 juillet 2019 ce pouvoir d'appréciation :

“ Si l'autorité dispose d'un pouvoir d'appréciation quant au caractère négligeable ou non d'un poste, il n'en demeure pas moins que sa décision à

cet égard doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles”.

41. Dans l’arrêt n° 245.525 du 25 septembre 2019, Votre Conseil a précisé que :

“ Afin de déterminer le caractère négligeable ou non d’un poste, l’adjudicateur doit donc se baser sur des éléments objectifs, clairs et facilement vérifiables tel que le pourcentage du poste concerné par rapport au montant total de l’offre du soumissionnaire concerné”.

Il s’ensuit que le pourcentage du poste concerné par rapport au montant total de l’offre du soumissionnaire concerné constitue un élément objectif, clair et facilement vérifiable afin de déterminer le caractère négligeable ou non d’un poste.

Ceci a été confirmé par plusieurs arrêts de Votre Conseil, et notamment dans les arrêts suivants :

- L’arrêt du 14 août 2016, n°245.302 :
 - “ En l’espèce, pour conclure à l’importance négligeable des options 1 et 2 concernées, la partie adverse renvoie au coût global du marché, à savoir 950.000 euros, dont elles ne représentent respectivement que □ moins d’1 % et 2,2 % □. *Prima facie*, en se bornant à proposer un autre critère, à savoir le nombre de points (3) attribués sur un total de quarante pour la cotation du prix de chacune de ces options [*sic*]”.
- L’arrêt du 24 mai 2018, n°241.595 :
 - “ Afin d’exclure des postes négligeables, la partie adverse semble d’avoir fixé le seuil de □ 1 % de la soumission totale □. Compte tenu des justifications citées, il n’est démontré que le choix concerné ne serait pas diligent ou déraisonnable, ni que ce serait le cas pour l’élaboration concrète de ce critère en calculant la moyenne de la valeur des postes, comparée par rapport à leur somme totale”.

42. Or, dans le cas d’espèce, le Circuit de Spa- Francorchamps a justement utilisé un tel critère.

Le Circuit de Spa-Francorchamps a vérifié si les prix qui s’avéraient anormaux, dépassaient ou non le seuil permettant de les qualifier de ‘non négligeables’. Il a mis cette qualification dans la décision d’attribution (...). L’appréciation du caractère négligeable figure dans les pages 12 à 14 du rapport d’examen des offres (...).

À titre d’exemple, le poste 440 a été qualifié de négligeable (...) :

441 Pose de la structure et de la bâche micro perforée
Le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormalement bas de ce poste.
Vu que le prix de l'entreprise pour ce poste représente que 0,003% de l'offre globale
et que le prix moyen des offres pour ce poste représente que 0,05% de l'offre globale
de l'entreprise, nous considérons l'importance de ce poste comme négligeable.

Rappelons à cet égard que les postes qualifiés de négligeables représentent entre 0,001 % du marché et 0,08 % de l’offre globale. Le cumul des montants pour lesquels des anomalies subsistent ne présente que + /- 1,054 % de l’offre globale (...).

43. En outre, les parties requérantes n’arrivent pas à démontrer pourquoi les postes concernés ne seraient pas négligeables.

Or, dans l’arrêt n° 240.267 du 21 décembre 2017, Votre Conseil a précisé que :

“Il appartient donc à la partie requérante de prouver que, sur la base du marché en cause, l’appréciation par la partie défenderesse du caractère négligeable du poste dépasse les limites de son pouvoir d’appréciation, ce qu’elle ne semble pas pouvoir prouver dans le cas présent.”

44. Il convient de rappeler que Votre Conseil ne peut que censurer une appréciation manifestement erronée dans le chef du pouvoir adjudicateur. La qualification des postes de “négligeables” n’est certainement pas manifestement erronée, vu le montant limité que ces postes représentent dans l’offre globale. Dans l’arrêt 245.302 du 14 août 2019, Votre Conseil a rappelé qu’il ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, lorsqu’il est invité à contrôler l’appréciation portée par un pouvoir adjudicateur quant au caractère négligeable d’un poste :

“ Il n’apparaît ni de la loi du 17 juin 2016 ni de l’arrêté royal du 18 avril 2017, précités, que le pouvoir adjudicateur soit tenu au respect de critères déterminés lorsqu’il s’agit de juger du caractère négligeable ou non des postes de l’offre, dont le prix est considéré comme anormalement bas. À cet égard, le rapport au Roi précédant l’arrêté royal susvisé 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 (avis n° 60.903/1), car □le caractère négligeable ou non d’un poste déterminé doit toujours être jugé dans le cadre du marché public concerné□. Le pouvoir adjudicateur dispose donc d’un pouvoir d’appréciation. Il s’ensuit que, lorsqu’il est invité à contrôler l’appréciation portée par un pouvoir adjudicateur quant à ce, le Conseil d’État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l’exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l’autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée”.

45. En conclusions, le Circuit de Spa-Francorchamps a respecté l’article 36, § 3, °1 de l’arrêté royal du 18 avril 2017 en n’écartant pas l’offre de la SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI suite au caractère anormal de plusieurs postes négligeables.

Pour le surplus, le cumul des montants pour lesquels des anomalies subsistent est, en outre, également négligeable, vu qu’elle ne représente que 1,054 % de l’offre globale.

Contrairement à ce que les parties requérantes prétendent, le pouvoir adjudicateur n’est pas tenu d’apprécier le caractère négligeable des postes avant l’appréciation des justifications des prix. Conformément au Rapport du Roi précédant l’arrêté royal du 18 avril 2018, rien n’empêche le pouvoir adjudicateur de qualifier de négligeables des postes pour lesquels il a interrogé le soumissionnaire ».

VI.4. Appréciation du Conseil d’État

Aux termes de l’article 33 de l’arrêté royal du 18 avril 2017, précité :

« Après avoir procédé à la rectification des offres conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 35 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, il procède à un examen de prix et des coûts tels que visés à l'article 36 ».

L’article 36, § 2, énonce ce qui suit :

« Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de

douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long. Lorsqu'il est fait usage de la procédure négociée sans publication préalable, le pouvoir adjudicateur peut prévoir un délai plus court dans les documents du marché, moyennant une disposition expressément motivée.

La charge de la preuve de l'envoi des justifications incombe au soumissionnaire.

Les justifications concernent notamment :

- 1° l'économie du procédé de construction, du procédé de fabrication des produits ou de la prestation des services;
- 2° les solutions techniques choisies ou les conditions exceptionnellement favorables dont dispose le soumissionnaire pour exécuter les travaux, pour fournir les produits ou les services;
- 3° l'originalité des travaux, des fournitures ou des services proposés par le soumissionnaire;
- 4° l'obtention éventuelle par le soumissionnaire d'une aide publique octroyée légalement.

Lors de l'examen des prix ou des coûts visé à l'alinéa 1^{er}, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi, applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail en ce compris les obligations applicables en matière de bien-être, de salaires et de sécurité sociale.

Le pouvoir adjudicateur n'est toutefois pas tenu de demander des justifications des prix de postes négligeables.

Si nécessaire, le pouvoir adjudicateur interroge à nouveau le soumissionnaire par écrit. Dans ce cas, le délai de douze jours peut être réduit. »

L'article 36, § 3, alinéa 1^{er} dispose, quant à lui, ce qui suit :

- « Le pouvoir adjudicateur apprécie les justifications reçues et :
- 1° soit constate que le montant d'un ou de plusieurs poste(s) non négligeable(s) présente(nt) un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
 - 2° soit constate que le montant total de l'offre présente un caractère anormal et écarte l'offre en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée;
 - 3° soit motive dans la décision d'attribution que le montant total de l'offre ne présente pas de caractère anormal. »

Aux termes de l'article 36, § 4, alinéa 1^{er} :

- « Dans le cas d'un marché de travaux ou d'un marché de services dans un secteur sensible à la fraude passé par procédure ouverte ou restreinte et dont l'offre économiquement la plus avantageuse est uniquement évaluée sur la base du prix et pour autant qu'au moins quatre offres aient été prises en considération conformément aux alinéas 3 et 4, le pouvoir adjudicateur effectue un examen des prix ou des coûts conformément aux paragraphes 2 et 3, pour toute offre dont le montant total s'écarte d'au moins quinze pour cent en dessous de la moyenne des montants des offres déposées par les soumissionnaires. Il en va de même, pour les marchés de travaux et les marchés de services dans un secteur sensible à la fraude passés par procédure ouverte ou restreinte, lorsque l'offre économiquement la plus avantageuse est évaluée sur la base du meilleur rapport qualité-prix lorsque le poids du critère relatif au prix représente au moins cinquante pour cent du poids total des critères d'attribution. Toutefois, dans ce dernier cas, le pouvoir adjudicateur peut prévoir dans les documents du marché un pourcentage plus élevé que quinze pour cent. »

Il ressort du rapport d'examen des offres que la partie adverse a procédé à l'examen du prix global de l'offre du groupement SSM Bodarwé – SSM Wust - Serbi, ainsi que le prescrit l'article 36, § 4, alinéa 1^{er}, précité. Cette offre était en effet inférieure de 17,46 % par rapport à la moyenne des offres des autres soumissionnaires du marché.

Le rapport fait état dans les termes suivants des justifications données par ledit groupement :

- « L'entrepreneur a répondu avec un courrier du 07/01/2021. Dans sa réponse, il explique que l'écart par rapport à la moyenne de son prix global est justifié par les justificatifs demandés des prix unitaires. Il signale également que
- sa proximité géographique notamment au niveau des installations de production (carrière, centrale à béton, centrale à tarmac ...),
 - le fait que ces installations font partiellement ou totalement partie du groupement,
 - sa bonne connaissance du site ainsi que l'ampleur du chantier qui lui permet de répartir les frais fixes sur un chiffre d'affaires important, permettent de remettre un prix compétitif ».

La partie adverse considère ce qui suit, dans ledit rapport, à propos du prix global de l'offre susvisée :

- « Sans préjudice à l'analyse des justificatifs fournis pour les PU, sur lesquels l'entrepreneur a été interrogé, et auxquels il renvoie (voy. *Infra*), le fait de bénéficier d'installations de production en propre (totalement ou partiellement), à proximité géographique du chantier, fournit un réel avantage qui justifie non l'écart de 17,46 % mais à tout le moins le fait que l'offre dépasse de 2,46 % le seuil de 15 % impliquant un soupçon d'anormalité selon l'article 36 § 4 ARP. La réalité de cet avantage est confirmée par le fait que le deuxième soumissionnaire, l'entreprise AM Nelles – Bernard-Construction – Cordeel – Aertssen, présente des caractéristiques similaires en termes de proximité et de frais généraux et a remis un pris global qui s'éloigne de 14,91 % de la moyenne des offres, soit 2,55 % seulement de différence avec l'offre du premier classé ».

Lorsque, comme en l'espèce, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à l'examen du montant global d'une offre en vertu de l'article 36, § 4, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité, l'appréciation qui le conduit à écarter le soupçon d'anormalité déduit de cette disposition doit faire l'objet d'une motivation précise, de laquelle doivent dûment ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels est fondée la décision de ne pas considérer le prix global de cette offre comme étant anormalement bas.

Il ressort de la motivation contenue dans le rapport d'examen des offres que le pouvoir adjudicateur retient, pour établir la normalité du prix de l'offre du groupement SSM Bodarwé – SSM Wust-Serbi, la proximité géographique des installations de production et la circonstance que ces installations font « partiellement ou totalement partie du groupement ». Ne sont en revanche pas

retenues la bonne connaissance du site et l'ampleur du chantier, dont se prévalait ledit groupement. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner si et dans quelle mesure ces éléments sont de nature à justifier le prix global de l'offre concernée.

S'il n'est pas invraisemblable que les éléments de justification du prix global tenant à la proximité de l'entreprise et à la circonstance que des installations de production font « partiellement ou totalement » partie du groupement puissent être de nature à réduire certains frais, il n'en demeure pas moins que la seule allégation de ces éléments, qui ne se traduit en chiffres ni dans la motivation ni d'une manière spécifique dans les pièces du dossier, paraît insuffisante pour justifier la normalité du prix global. L'analyse des prix globaux doit en effet être effective et les éléments concrets qui ont donné lieu au constat que les prix ne sont pas anormaux doivent ressortir à suffisance du dossier et de la décision motivée du pouvoir adjudicateur. Il convient de relever également qu'aucune indication n'existe, dans la motivation, quant aux installations faisant partie du groupement.

Selon la motivation contenue dans le rapport d'examen des offres, la normalité du prix global de l'offre du groupement SSM Bodarwé – SSM Wust-Serbi serait confirmée par la circonstance que l'offre des requérantes s'éloigne de 14,91 % de la moyenne des offres et ne présente donc qu'une différence de 2,55 % avec celle dudit groupement. Cet argument, qui s'analyse en une justification du prix par rapport aux offres des autres soumissionnaires et non par rapport aux prestations à effectuer, paraît en tout état de cause dépourvu de pertinence en l'espèce dès lors que le prix global proposé par les requérantes reste, quant à lui, dans la fourchette de 15 % par rapport à la moyenne des offres prévue par l'article 36, § 4, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal 18 avril 2017 et n'est donc pas affecté du soupçon d'anormalité déduit de cette disposition, alors que, comme le relève précisément la motivation, les deux offres présentent des caractéristiques similaires notamment en termes de proximité.

Par ailleurs, c'est en vain que les intervenantes se prévalent de la vérification effectuée dans le cadre de l'examen des prix unitaires. En effet, sans qu'il soit besoin, à cet égard, de se prononcer sur la seconde branche du moyen, qui dénonce, notamment, le fait que le pouvoir adjudicateur a considéré comme « négligeables » 17 postes pour lesquels le rapport d'examen indique que le justificatif ne permet pas de lever le caractère anormal du prix et suspecte de la spéculation pour deux d'entre eux, le cumul des montants concernés par ces 17 postes s'élevant, toujours selon le rapport d'examen, à 1,054 % de l'offre globale ou 2,78 % en se basant sur les prix moyens des autres soumissionnaires, il suffit de constater que l'argument ainsi soulevé par les intervenantes paraît méconnaître

l'exigence, prévue par l'article 36, § 4, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, de procéder à un contrôle spécifique de la normalité du prix global.

Il s'ensuit que la première branche du premier moyen est sérieuse en tant qu'elle dénonce l'insuffisance de la motivation relative à l'appréciation ayant conduit le pouvoir adjudicateur à ne pas déclarer anormalement bas le prix global de l'offre du groupement SSM Bodarwé – SSM Wust-Serbi.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VIII. Confidentialité

La partie requérante demande la confidentialité de son offre. Il s'agit de la pièce 14 de son dossier.

Le dossier administratif déposé par la partie adverse contient des pièces confidentielles. Il s'agit des pièces D a i à vi (justifications) et G (offres des soumissionnaires).

Les parties intervenantes demandent que les pièces qualifiées de confidentielles par l'inventaire demeurent confidentielles. Il s'agit des pièces 11 et 12 de leur dossier.

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

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA Bodarwé, la SA Ets Jean Wust et la SA Serbi est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision de la société de droit public Le Circuit de Spa-Francorchamps du 21 janvier 2021 attribuant au groupement SSM Bodarwé – SSM Wust-Serbi le lot 1 « Travaux de démolitions et d'infrastructures au niveau de la piste et de construction de nouvelles tribunes » du marché public « Travaux d'infrastructures pour la moto 2022 ».

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 14 du dossier des parties requérantes, D a i à vi et G du dossier administratif ainsi que les pièces 11 et 12 du dossier des parties intervenantes sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

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 8 avril 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Nathalie Roba,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky