

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

n° 250.927 du 17 juin 2021

A. 233.634/VI-22.046

En cause :

1. **la société anonyme NELLES FRÈRES,**
2. **la société anonyme BERNARD CONSTRUCTION,**
3. **la société anonyme CORDELL ZETEL HOESELT,**
4. **la société anonyme AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et
Léa 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.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 mai 2021, la SA Nelles Frères, la SA Bernard Construction, la SA Cordell Zetel Hoeselt et la SA Aannemingsbedrijf Aertssen demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 22 avril 2021 prise par la partie adverse [...], telle que communiquée par lettre recommandée et par courrier électronique du 28 avril 2021 [...], par laquelle la partie adverse a décidé de renoncer à passer le lot 1 “Travaux de démolitions et d'infrastructures au niveau de la piste et de construction de nouvelles tribunes” et le lot 2 “Fourniture et pose de clôtures” du marché public “travaux d'infrastructures pour la moto 2022” et de recommencer la procédure ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 mai 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 2 juin 2021.

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

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

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

M^{cs} Virginie Dor, Léa Trefon et Élisabeth Kiehl, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, et M^e Ann Lawrence Durviaux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, 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 utiles à l'examen de la demande

1. Le 10 septembre 2020, la partie adverse approuve les conditions et le mode de passation d'un marché de travaux ayant pour objet « travaux d'infrastructures pour la Moto 2022 ». Des avis de marché sont publiés les 12 et 16 octobre 2020 au *Bulletin des adjudications* et au *Journal officiel de l'Union européenne*. Plusieurs avis rectificatifs sont publiés par la suite.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges portant la référence « Le circuit 2020/053 ». Il est divisé en quatre lots :

Lot 1 -Travaux de démolitions et d'infrastructures au niveau de la piste et de construction de nouvelles tribunes

Ce lot consiste en :

Une tranche ferme comprenant :

- Travaux de démolition de la tribune 24h (et annexes) et le bâtiment médical ;
- La réalisation d'aménagements de la piste afin de répondre aux exigences de la Fédération Internationale de Motocyclisme et de la Fédération Internationale de l'Automobile ;
- Construction d'une nouvelle tribune 24h (et de loges) ;
- Construction de la tribune dans le Raidillon (et de loges) ;
- Les travaux comprennent aussi le volet « techniques spéciales » ;
- La pose de clôtures « débris-fence » isolées.

Deux tranches conditionnelles :

- Construction de la travée complémentaire de la tribune dans le Raidillon ;
- Construction des gradins dans la zone 24h.

Ces 2 tranches seront ou non affermées en fonction de différents éléments financiers et notamment de l'incidence de la crise Covid-19, dans un délai de 1 mois à compter de la date de notification d'attribution emportant conclusion du contrat.

Lot 2 - Fourniture et pose de clôtures

Ce lot consiste en :

- Fourniture et pose de clôtures type « publiques » extérieures et intérieures ;
- Fourniture et pose de portillons d'accès et barrières.

Lot 3 - Fourniture et pose d'équipements pour tribunes

Ce lot consiste en :

Une tranche ferme comprenant :

- Fourniture de sièges pour la tribune 24h ;
- Fourniture de sièges pour la tribune dans le Raidillon.

Trois tranches conditionnelles :

- Pose de sièges dans la tribune 24h et dans la tribune dans le Raidillon ;
- Fourniture de sièges dans la travée complémentaire de la tribune dans le Raidillon ;
- Pose de sièges dans la travée complémentaire de la tribune dans le Raidillon.

Cette tranche sera ou non affermée en fonction de différents éléments financiers et notamment de l'incidence de la crise Covid-19, dans un délai de 1 mois à compter de la date de notification d'attribution emportant conclusion du contrat.

Lot 4 - Fourniture et installation de la sonorisation dans les tribunes et les gradins

Ce lot consiste en :

Une tranche ferme comprenant :

- Fourniture et installation d'appareils de sonorisation dans la tribune et les loges 24h ;
- Fourniture et installation d'appareils de sonorisation dans la tribune dans le Raidillon et dans les loges Raidillon.

Deux tranches conditionnelles :

- Fourniture et installation d'appareils de sonorisation dans la travée complémentaire de la tribune dans le Raidillon ;
- Fourniture et installation d'appareils de sonorisation dans les gradins de la zone 24h.

Cette tranche sera ou non affermée en fonction de différents éléments financiers et notamment de l'incidence de la crise Covid-19, dans un délai de 1 mois à compter de la date de notification d'attribution emportant conclusion du contrat.

Le marché est passé par procédure ouverte. Le seul critère d'attribution est le prix. Au point I.16 du cahier spécial des charges, il est indiqué que « le pouvoir adjudicateur procèdera à la vérification des prix des offres introduites notamment en appliquant la formule prévue à l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18/04/2017 ».

Pour les critères de sélection qualitative relatifs à la « capacité technique et professionnelle », le point I.7 du cahier spécial des charges prévoit, pour le lot 1, notamment que le soumissionnaire doit, à titre d'« exigences minimales » produire deux listes contenant chacune un minimum de trois références de travaux réalisés

dans les secteurs d'activités des travaux routiers (première liste) et des travaux de construction de bâtiments (deuxième liste), exécutés au cours des cinq dernières années, ces références devant être appuyées par des certificats de bonne exécution et de résultat et porter sur des marchés d'un montant de minimum 5 millions d'euros par référence.

Le point I.8 du cahier spécial des charges prévoit ce qui suit :

Planning

Le soumissionnaire joint à son offre un planning de type planning d'exécution basé sur les échéances (délais de rigueur) figurant dans le document de marché en utilisant un logiciel de planification adapté (Primavera, MS Project, Suretrak, etc...).

Ce planning d'exécution est d'un niveau de détail suffisant pour mettre en évidence les différentes contraintes, phases de travaux, leur importance ainsi que leur séquence logique.

Ce planning précise très clairement les hypothèses de temps prises par l'entrepreneur.

Les points II.12 dispose comme il suit :

II.12 Délai d'exécution

Lot 1 et Lot 2 :

Date de début prévue : 15.03.2021

Date finale déterminée : 31.03.2022

Un planning prévisionnel des différentes étapes et phase de travaux est repris en annexe.

Il est rappelé à l'entrepreneur qu'il doit établir son propre planning du chantier en tenant compte du calendrier des événements prévus au niveau du circuit et de l'accessibilité par zone qui en découle.

À la suite de l'avis rectificatif n° 1, le point II.13.1, intitulé « planification des travaux », du cahier spécial des charges est modifié comme il suit :

La planification des différents ouvrages et travaux devra être réalisée en tenant compte des éléments / **contraintes** suivants :

- ***Un début réaliste des travaux sera vers le 15 mars 2021 ;***
- ***Sur base d'un début des travaux au plus tard le 15 avril 2021, le chantier doit être organisé par l'entreprise afin de respecter les dates de livraisons de rigueur suivantes :***
 - ***achèvement des travaux au niveau de la piste : 15/03/2022 ;***
 - ***ouverture au public de la tribune du Raidillon (y compris sièges et sonorisation) : 15/03/2022 ;***
 - ***ouverture au public de la tribune des 24 heures (y compris sièges et sonorisation) : 27/05/2022.***
- Le maintien de l'activité du Circuit et de ses infrastructures pendant la période des travaux.
A titre d'information, le calendrier d'exploitation 2019 est donné ci-après.
Cela signifie ***par exemple*** que :
 - o Les tribunes à démolir dans la descente 24H doivent être opérationnelles pour les épreuves jusqu'à la fin du Grand prix de Formule 1 édition 2021;
 - o Le Centre médical situé à côté de l'héliport ne peut être démoli avant qu'un autre centre médical ne soit opérationnel ***au plus tôt après la F1 2021;***

- ***La mise en place de tribunes temporaires doit être maintenue aux endroits suivants (installation ± 2 semaines avant l'évènement et démontage la semaine qui suit l'évènement) :***
 - ***Plateau du Raidillon et virage 9 pour la F1,***
 - ***Zone RX pour la F1, les 24h et le WRX même ;***
- De manière générale, la piste est disponible pour travaux de nuit :
 - De 18h30 à 7h30 du 15 mars au 31 mars et du 1^{er} octobre au 15 novembre ;
 - De 20h30 à 7h30 du 1^{er} avril au 30 septembre.
 Etant entendu qu'à la reprise au matin, la piste doit être réutilisable tout en ayant conservé son homologation FIA.
- ***La piste est disponible pour des petites interventions durant maximum 4 jours pendant les semaines de préparation avant et de remise en état après les évènements F1 2021 et le WRX 2021 et 2022 (les dates précises de ces deux évènements ne sont pas encore confirmées à ce jour) ;***
- ***Le passage par le tunnel de STER peut être interrompu qu'entre le mercredi qui suit les F1 2021 jusqu'à la nouvelle saison 2022 ;***
- La piste actuelle doit conserver son homologation FIA « grade 1 » jusqu'en fin de saison 2021 (14 novembre 2021).
- La circulation ***sécurisée*** du public lors des évènements.
- La période de fermeture du Circuit entre le 15 novembre et le 14 mars ; Cependant l'Adjudicataire doit permettre l'utilisation de la piste par le Circuit CSF à des fins récréatives (trackday) pendant la période de fermeture et plus spécifiquement :
 - Hiver 2021-2022 : le Circuit se réserve le droit d'utiliser la piste 10 jours.

Le soumissionnaire inclut dans ses prix unitaires tous les moyens nécessaires pour réaliser les travaux ***en respectant les délais de rigueur ci-dessus en*** tenant compte des impositions ci-dessus.

Sur la base du planning prévisionnel annexé au cahier spécial des charges, il est prévu de commencer le 15 mars 2021 les travaux de terrassement du Raidillon (partie du lot 1 du marché), la dalle de base de la tribune devant être placée pour le 5 août 2021 au plus tard, afin de permettre l'installation d'une tribune provisoire pour le GP F1 2021.

Le point II.24.1 du cahier spécial des charges prévoit notamment une « pénalité spéciale journalière de 50.000 € » en cas d'« indisponibilité de l'ouvrage au moment prévu dans les contraintes du planning [...] jusqu'à ce que le défaut d'exécution ait disparu ».

2. À la date prévue pour l'ouverture des offres, le 11 décembre 2020, cinq groupements d'entreprises remettent des offres pour le lot 1 du marché.

3. Le 19 janvier 2021, le département technique de la partie adverse rédige un rapport d'examen des offres et propose d'attribuer le lot 1 du marché au groupement la SSM Bodarwe – SSM Wust – Serbi, sur la base du classement suivant, après avoir considéré que les cinq groupements ayant déposé offres répondent aux critères de sélection qualitative et que leurs offres sont régulières.

Classement final des offres régulières (classées d'après le prix contrôlé TVAC)

N°	Nom	Prix HTVA*
1	SSM BODARWE – SSM WUST-SERBI	17 019 193,69
2	SSM Nelles - Bernard Construction – Cordeel - Aertssen	17 544 518,88
3	SSM Duchêne - Colas	21 279 060,76
4	SSM BAM Galère - ELOY	23 035 038,64
5	SSM BPC Liège – Moury - Wanty	23 417 384,86

* tenant comptes des options exigées, autorisées ou libres retenues

4. Le 21 janvier 2021, le conseil d'administration de la partie adverse décide d'approuver le rapport d'examen des offres et d'attribuer le lot 1 du marché au groupement SSM Bodarwe – SSM Wust – Serbi.

5. Le 5 février 2021, les requérantes sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de cette décision. Elles invoquent quatre moyens à l'appui de leur recours, dans lesquels elles mettent en cause tant la décision de sélectionner le groupement SSM Bodarwe – SSM Wust – Serbi que celle de considérer l'offre de celui-ci comme régulière.

6. Par un courriel du 24 février 2021, les requérantes attirent l'attention de la partie adverse sur plusieurs autres causes d'irrégularité qui affecteraient la soumission du groupement SSM Bodarwe – SSM Wust – Serbi. Il y est notamment fait état de ce qu'après analyse des attestations de bonne exécution déposées par ce groupement, les marchés pris en référence pour la sélection ne porteraient pas sur un montant de 5 millions d'euros, notamment parce qu'une même référence concernerait, en réalité, des marchés distincts, dont les montants ne peuvent être cumulés.

7. Par un arrêt n° 250.312 du 8 avril 2021, le Conseil d'État suspend l'exécution de la décision d'attribution du lot 1 du marché, jugeant sérieuse la première branche du premier moyen, au terme du raisonnement suivant :

« 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 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”.

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. »

8. Le 10 avril 2021, le conseil d'administration de la partie adverse aurait décidé de retirer sa décision d'attribution du 21 janvier 2021. Cette décision n'est toutefois pas produite au dossier administratif.

9. Le 12 avril 2021, les requérantes adressent un courrier à la partie adverse pour l'informer qu'elles maintiennent leur offre pour le lot 1 du marché. Elles indiquent comprendre que « le Circuit souhaiterait commencer l'exécution du présent marché dans les plus brefs délais » et confirment qu'elles « pourr[aient], le cas échéant, commencer très rapidement l'exécution de celui-ci ».

10. Le 22 avril 2021, le conseil d'administration de la partie adverse décide de « renoncer à passer le marché pour les lots 1 et 2 du marché relatif aux travaux d'infrastructures pour la moto 2022 ; le lot 1 relatif aux travaux de démolitions et d'infrastructures de la piste et de construction de nouvelles tribunes et le lot 2 relatif à la fourniture et pose de clôture » et de « relancer le marché sur base d'un cahier des charges modifié pour rendre l'investissement plus flexible dans ses modalités d'exécution en termes de délai et d'importance pour notamment raccourcir et/ou segmenter les différentes phases des travaux envisagés et de mettre la priorité sur la réalisation des travaux d'infrastructures de la piste en vue de l'obtention du grade C pour le 15 mars 2022 ».

Il s'agit de l'acte attaqué, qui se présente comme il suit :

« Schéma de décision ayant pour objet la renonciation à la passation du marché et au principe de le relancer en modifiant le cahier des charges

Attendu que le Circuit de Spa-Francorchamps a conclu, en 2019, un contrat avec Eurosport Events Limited (“EEL”) en vue de l’organisation de la première édition des 24h EWC en juin 2022 ;

Attendu que la tenue de l’EWC sur le site du Circuit de Spa-Francorchamps implique nécessairement l’atteinte du grade C - moto (grade A dans le Raidillon) conformément aux règles édictées par la Fédération internationale de Motocyclisme (FIM) ; considérant que ces travaux d’infrastructure ont pour objet la réalisation d’aménagements au niveau des dégagements (élargissement et création de nouveaux bacs à gravier) et des travaux de voiries ;

Attendu que l’obtention de l’homologation FIM grade C (grade A dans le Raidillon) du Circuit de Spa-Francorchamps ne peut pas mettre en péril l’homologation de grade 1 octroyé par la FIA au Circuit de Spa-Francorchamps jusqu’au 15 juillet 2023 ;

Attendu qu’en outre, suite au décès du pilote Antoine Hubert lors du GP F1 2019, le Circuit de Spa-Francorchamps s’est engagé, auprès de la FIA à élargir le dégagement du Raidillon afin de sécuriser davantage le *turn* 4 ; attendu que ces travaux doivent impérativement être réalisés pour la saison 2022 ;

Vu le permis d’urbanisme octroyé par la Fonctionnaire déléguée le 18 février 2021 ;

Attendu que la part des travaux d’infrastructure touchant directement la piste à savoir la réalisation des dégagements et des bacs à gravier ne peut être effectuée que lorsque la piste n’est pas exploitée et ne peut en tous cas pas remettre en question l’homologation octroyée par la Fédération internationale d’Automobilisme en 2021 ;

Vu la période d’exploitation du Circuit de Spa-Francorchamps fixée du 16 mars au 14 novembre de chaque année (Permis unique du 15 mars 2012) et vu les conséquences financières non négligeables pour le Circuit en cas de non-exploitation de sa piste durant cette période ; attendu que le calendrier d’exploitation du Circuit de Spa-Francorchamps est complet d’une année sur l’autre vu la renommée mondiale du dit Circuit qui est en outre un outil économique majeur de la Région wallonne ;

Considérant donc, que pour ne pas porter préjudice aux activités du Circuit de Spa-Francorchamps dû à une perte de journées d’exploitation de sa piste, l’entièreté des travaux visant l’atteinte du grade C (grade A dans le Raidillon) doit donc être achevée pour le 15 mars 2022 en vue d’une homologation par la FIM et réhomologation par la FIA pour l’année 2022 et la tenue des événements de catégorie mondiale et européenne “voiture” (GP F1, WEC, 24h de Spa Francorchamps et WRX) et “moto” (EWC) sur le Circuit de Spa-Francorchamps ;

Vu la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dans les secteurs classiques, l’arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, l’arrêté royal du 14 janvier 2013 relatif aux règles générales d’exécution des marchés publics, ainsi que 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 des concessions ;

Vu le cahier spécial des charges relatif aux travaux d’infrastructures pour la moto 2022 comportant 4 lots dont deux en particulier, le lot 1 relatif aux travaux de démolitions et d’infrastructures de la piste et de nouvelles tribunes et le lot 2 relatif à la fourniture et pose de clôtures, dont l’avis a été publié au JOCE et au bulletin des adjudications le 12.10.2020 ;

Vu les rapports de comparaison des offres relatifs au lot 1 et au lot 2 du 19 janvier 2021 ;

Vu la décision d'attribution du lot 1 en date du 21 janvier 2021 à la SSM BODARWE – SSM SERBI - WUST et la décision d'attribution du lot 2 en date du 21 janvier 2021 à la firme Ardennes Clôtures ;

Considérant que la décision d'attribution du marché du 21 janvier 2021 relative au lot 1 a fait l'objet d'un recours en suspension selon la procédure d'extrême urgence introduit le 5 février 2021 par la SSM Nelles - Bernard Construction - Cordeel - Aertssen ; que cette affaire a été plaidée le 22 février 2021 ;

Considérant que par un arrêt du 8 avril 2021 (n° 250.312), soit plus de deux mois après l'introduction de l'affaire, le Conseil d'État a suspendu la décision d'attribution en considérant que la première branche du premier moyen était sérieuse, la critique retenue étant l'insuffisance de la motivation de la décision de considérer que le prix global de l'offre retenue était normal ;

Considérant la décision du Conseil d'administration du 10 avril 2021 après analyse de l'arrêt, ne souhaitant pas poursuivre la procédure en annulation compte tenu des délais pour obtenir un arrêt au fond, de retirer la décision d'attribution du lot 1 ;

Considérant que le cahier spécial des charges mentionnait au point II.12 "Délai d'Exécution" que pour le lot 1 et 2, la date de début prévue du chantier était le 15.03.2021 et la date finale déterminée le 31.03.2022 ; qu'il était rappelé en outre à l'entrepreneur qu'il devait établir son propre planning en tenant compte du calendrier des événements prévus au niveau du circuit et de l'accessibilité par zone qui en découle ;

Considérant que le CSC précisait que le chantier devait être exécuté selon un planning intégrant des contraintes diverses (voir notamment, le point "II.13 Planification de travaux", et les pages 41 et 42, 90 et 91) et qu'il était notamment prescrit que les travaux de terrassement devaient nécessairement commencer par le Raidillon compte tenu des travaux nécessaires à réaliser en vue du montage de la tribune mobile pour le GP F1 sur la dalle de la tribune du Raidillon ;

Considérant que l'avis rectificatif n°1, envoyé le 2 novembre 2020 pour publication, a

- Complété le point "II.2 Plans, documents et objets établis par le Pouvoir Adjudicateur" du CSC en y ajoutant les annexes suivantes : Planning des travaux – lignes conductrices ; Plan des tribunes temporaires à monter dans le Raidillon ;

- Modifié et complété le point "II.13.1 Planification des travaux" du CSC comme suit :

La planification des différents ouvrages et travaux devra être réalisée en tenant compte des éléments / contraintes suivants :

- Un début réaliste des travaux sera vers le 15 mars 2021 ;
- Sur base d'un début des travaux au plus tard le 15 avril 2021, le chantier doit être organisé par l'entreprise afin de respecter les dates de livraisons de rigueur suivantes :
 - achèvement des travaux au niveau de la piste : 15/03/2022 ;
 - ouverture au public de la tribune du Raidillon (y compris sièges et sonorisation) : 15/03/2022 ;
 - ouverture au public de la tribune des 24 heures (y compris sièges et sonorisation) : 27/05/2022 ;

- Le maintien de l'activité du Circuit et de ses infrastructures pendant la période des travaux.

À titre d'information, le calendrier d'exploitation 2019 est donné ci-après.
Cela signifie que :
(...)

- o La mise en place de tribunes temporaires doit être maintenue aux endroits suivants (installation ± 2 semaines avant l'évènement et démontage la semaine qui suit l'évènement) :
 - Plateau du Raidillon et virage 9 pour la F1,
 - Zone RX pour la F1, les 24h et le WRX même ;

Attendu que les offres ont été remises dans ce contexte ; que, compte tenu que la date de fin de chantier était une condition essentielle du marché, le cahier spécial des charges a prévu, en dérogation à l'article 45 du RGE, des pénalités spéciales en cas d'indisponibilité de l'ouvrage résultant des dates butoirs fixées par le cahier spécial des charges ;

Attendu que, vu la configuration du plateau du Raidillon après les travaux de terrassement nécessaires à l'élargissement du dégagement du *turn* 4 et la nécessité de monter une tribune temporaire sur ce même plateau pour le GP F1 2021 le pouvoir adjudicateur imposait comme contrainte de livrer la dalle du rez de la future tribune du Raidillon pour le 6 août 2021, date du début du montage de la tribune mobile fixée par le fournisseur de Spa Grand Prix ;

Attendu que, dans le document "planning des travaux – lignes directrices" annexé au CSC, les auteurs de projets ont estimé le temps nécessaire pour réaliser cette dalle à 100 jours ouvrables ;

Nom de la tâche	Durée	Début	Fin	Prédécesseurs	Remarques
Tribune Raidillon	254,88 jours	Lun 15-03-21	Ven 11-03-22		démarrage estimé au 15/03/21 conditionné par le permis
Terrassements Raidillon	10 jours	Lun 15-03-21	Ven 26-03-21		
Réalisation fondations, égouttage, citernes, gaines, ...	20 jours	Lun 29-03-21	Lun 26-04-21	30	
Réalisation du radier, des murs et pose des colonnes et poutres des loges	40 jours	Mar 27-04-21	Mer 23-06-21	31	
Réalisation de la dalle de base de la tribune, séchage et sécurisation chantier	30 jours	Jeu 24-06-21	Jeu 05-08-21	32	dalle à livrer pour l'installation de la tribune provisoire à partir du 06/08/2021
Travaux techniques spéciales au niveau des Loges	15 jours	Jeu 15-07-21	Jeu 05-08-21	32FD+15 jours	
Remblayage autour des loges	15 jours	Jeu 15-07-21	Jeu 05-08-21	32FD+15 jours	
Installation de la tribune provisoire Raidillon sur la nouvelle dalle	7 jours	Ven 06-08-21	Lun 16-08-21	35	
Semaine F1	9 jours	Mar 17-08-21	Dim 29-08-21		WEEK END F1 du 27/08/21 au 29/08/21

Attendu qu'à minima la tribune mobile pourrait être montée sur la dalle de fondation des loges de la future tribune du Raidillon réduisant le temps de livraison à 30 jours ouvrables (pour un début de montage de la tribune mobile toujours fixé au 6 août 2021) et que par conséquent, compte tenu des congés du bâtiment fixé par le secteur de la construction, pour l'Arrondissement de Verviers, du 5 au 30 juillet 2021, le chantier dans la zone Raidillon ne pourrait plus débiter après le 24 mai 2021 ;

Attendu que la poursuite de la procédure de marché en cours, vu le retrait de la décision d'attribution décidée par le Conseil d'Administration du 10 avril 2021, conduirait le Circuit, compte tenu du temps nécessaire pour procéder aux différentes étapes de demande de justification, d'attribution, de *standstill*, de notification, d'envoi de l'ordre de commencer et compte tenu des congés de la construction, à ne pouvoir entamer le chantier, au mieux, que le 2 août 2021 soit plus de 4 mois et demi après "la date de début réaliste des travaux" prévue le 15

mars 2021; attendu que le délai initial du chantier estimé à 12 mois calendrier serait ainsi été réduit de plus d'1/3 de sa durée initiale ;

Considérant que la FIA a décidé, le 26 mars 2021, de modifier le calendrier sportif du Circuit de Spa-Francorchamps en postposant la manche du WRX fixée initialement les 22 et 23 mai 2021 au 9 et 10 octobre 2021 ; l'enchaînement temporel entre le GP F1 fixé les 27, 28 et 29 août 2021, le montage (du 6 août au 25 août 2021) et le démontage des tribunes mobiles (du 30 août au 17 septembre 2021) singulièrement dans les zones de chantier du dossier Moto (Plateau du Raidillon, zone WRX et du virage 9 tel que repris dans le point "Planification des travaux" du CSC) et l'organisation du WRX les 9 et 10 octobre 2021 et les délais estimés pour les différentes phases du chantier impliquent un report du début des travaux dans la zone Raidillon après le WRX, soit à la mi-octobre ;

Attendu que ces faits ne permettent pas d'exécuter le chantier dans le cadre contractuel actuel (cahier spécial des charges et planning prévisionnels des soumissionnaires joints à leurs offres) et nécessitent un nouveau phasage des travaux ;

Considérant que la modification du calendrier sportif de la FIA d'une part, et d'autre part, les incertitudes relatives à la prolongation de la crise sanitaire et de ses impacts financiers et organisationnels sur l'exploitation du circuit engendrent la nécessité de revoir le cahier des charges en vue d'introduire des modifications pour rendre l'exécution des travaux envisagés plus flexibles en termes de délai et d'ampleur ; considérant donc la nécessité de raccourcir et/ou segmenter les différentes phases des travaux envisagés initialement et en tous cas de mettre la priorité sur la réalisation des travaux d'infrastructures de la piste et donc l'obtention de grade C pour la date butoir du 15 mars 2022 ;

Considérant que l'exécution du lot 2, fourniture et pose de clôture, était coordonnée avec celle du lot 1 ;

Considérant la combinaison de ces éléments, le Conseil d'administration, en application de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics [...] ».

Cette décision est notifiée aux requérantes par un courrier recommandé et par un courrier électronique, tous deux envoyés le 28 avril 2021.

11. Par un courriel du 7 mai 2021, les requérantes contestent la décision d'abandonner la procédure initiale de passation du lot 1 du marché. Elles confirment, dans ce courriel, qu'elles sont « toujours à même de mener les travaux à bien dans le délai imparti » en cas de « démarrage des travaux début mai (possible au jour de l'adoption de la décision critiquée) ou début juin (qui reste tout à fait plausible) ». Elles exposent, plus précisément, qu'« en cas de démarrage début juin, la mise à disposition de la dalle de la tribune du Raidillon pour la tribune provisoire pourrait encore être terminée pour le 6 août, tel que prévu [par le] CSC, moyennant les adaptations organisationnelles nécessaires », que « ces travaux peuvent en outre être reportés après le grand prix de F1 2021 afin de mettre à disposition la tribune définitive pour la saison 2022 » et que « les autres travaux et délais de rigueur

également repris au CSC et dans l'avis rectificatif 1 peuvent être respectés avec un démarrage début juin ».

12. À l'audience, les parties déclarent qu'un avis de marché a été publié le 27 mai 2021 pour le lancement de la nouvelle procédure. La partie adverse dépose, à titre confidentiel, le nouveau cahier spécial des charges portant la référence « Le circuit 2021/048 » ayant pour objet « Travaux d'infrastructures pour la Moto 2022 et construction de deux nouvelles tribunes », dont les requérantes déclarent qu'elles ont pu prendre connaissance *via* l'application *e-tendering*.

IV. Compétence du Conseil d'État

IV.1. Thèses des parties

La partie adverse conteste la compétence du Conseil d'État « dans la mesure où la présente requête peut s'interpréter comme une action visant à faire décider par votre Conseil que la partie adverse ne pouvait qu'attribuer le marché aux parties requérantes à la suite de votre arrêt du 8 avril dernier et ne pouvait renoncer à passer le marché et modifier son cahier spécial des charges ». Elle estime que « l'objet du recours serait [...] alors de faire constater un droit subjectif à l'obtention du marché, droit subjectif qui en vertu des articles 144 et 145 de la Constitution relève de la compétence exclusive des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire ».

À l'audience, la requérante répond qu'elle ne revendique la reconnaissance d'aucun droit subjectif, que le présent recours est introduit pour conserver une chance d'obtenir le marché litigieux et que les moyens qui sont soulevés contestent les motifs de l'acte attaqué.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le Conseil d'État demeure compétent pour statuer sur les recours introduits contre des décisions qui résultent d'une « compétence liée en fait ou *a posteriori* » de l'autorité administrative, lorsque « l'effet combiné de la loi et de certaines circonstances [a] pour effet de contraindre l'administration à prendre une décision déterminée alors que la loi lui laissait au départ une certaine marge d'appréciation » (Projet de loi portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'État, Exposé des motifs, Doc. Parl., Sénat 2012-2013, DOC-5-2277/1, p.27). Il n'est pas contesté que l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics confère au pouvoir adjudicateur un large pouvoir discrétionnaire lorsqu'il décide de renoncer à attribuer un marché et de recommencer

la procédure. Le Conseil d'État est, en règle, compétent pour connaître des recours dirigés contre pareille décision, dès lors qu'elle est adoptée par une autorité administrative (article 24, alinéa 1^{er}, 1^o, 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).

Il convient, par ailleurs, de constater que les requérantes n'invoquent, en termes de requête, la reconnaissance d'aucun droit subjectif à obtenir le lot 1 du marché. Elles sollicitent seulement la suspension de l'exécution de la décision de renonciation attaquée dont elles contestent les motifs et, dans ce cadre, font uniquement valoir que la partie adverse aurait pu décider de leur attribuer ce lot plutôt que de renoncer à la procédure de passation, puisque, selon elles, leur offre était l'offre régulière la mieux classée à la suite de l'arrêt n° 250.312 du 8 avril 2021 ordonnant la suspension de l'exécution de la décision initiale d'attribuer ce lot à la SSM Bodarwe – SSM Wust – Serbi.

Le Conseil d'État est *prima facie* compétent pour connaître du présent recours.

V. Recevabilité

V.1. Thèses des parties

1. Requête

Les requérantes justifient leur intérêt au moyen par « la possibilité que le marché [leur] soit finalement attribué », en se référant, dans un premier temps, à des arrêts qui concernent des décisions d'attribution. Elles exposent, dans un deuxième temps, que la décision attaquée qui met fin à la procédure d'attribution en cours leur cause grief dès lors que « cette procédure pouvait aboutir à conclure le marché [avec elles] », qu'elles ont « donc intérêt à l'attaquer et à en obtenir la suspension afin que la procédure ne soit pas abandonnée » et qu'« en cas de suspension de l'acte attaqué sur la base des moyens [qu'elles soulèvent], [elles] retrouver[ont] une chance sérieuse d'obtenir le marché ». Elles indiquent que le Conseil d'État a déjà admis la recevabilité du recours dans des cas comparables en renvoyant à deux arrêts, cités en note de bas page.

2. Note d'observations

La partie adverse conteste l'intérêt à agir des requérantes.

Elle fait valoir, premièrement, que les requérantes se limitent à évoquer l'intérêt à obtenir la suspension d'une décision d'attribution pour obtenir une nouvelle chance de se voir attribuer le marché alors que le présent recours vise une décision de renoncer à passer un marché et celle de relancer celui-ci, ce qui permettra aux requérantes de déposer une offre dans le cadre de la procédure de passation à venir et donc de retrouver une chance d'emporter le marché.

Elle soutient, deuxièmement, que la possibilité évoquée par les requérantes d'obtenir le marché au terme de la présente procédure ne constitue qu'un intérêt hypothétique « compte tenu des termes de l'arrêt de suspension » et du fait que « le marché ne pouvait être attribué sur base de la procédure initiale, sans une nouvelle analyse de l'intégralité des offres, en ce compris le volet relatif à la sélection qualitative compte tenu des informations que les parties requérantes ont portées à la connaissance de la partie adverse, en ce compris la comparaison des offres du point de vue de la normalité des prix – en ce compris une nouvelle demande de justification adressée aux parties requérantes qui se trouvent dans une situation similaire à celle des entreprises attributaires du marché dans le cadre de la première procédure ».

Elle affirme, troisièmement, que les moyens soulevés dans la requête ne critiquent pas le motif déterminant de l'acte attaqué suivant :

« [c]onsidérant la modification du calendrier sportif de la FIA d'une part, et d'autre part, les incertitudes relatives à la prolongation de la crise sanitaire et de ses impacts financiers et organisationnels sur l'exploitation du circuit engendrent la nécessité de revoir le cahier spécial des charges en vue d'introduire des modifications pour rendre l'exécution des travaux envisagés plus flexibles en termes de délai et d'ampleur ; considérant donc la nécessité de raccourcir et/ou segmenter les différentes phases des travaux envisagés initialement et en tous cas de mettre la priorité sur la réalisation des travaux d'infrastructures de la piste et donc l'obtention de grade C pour la date butoir du 15 mars 2022 ».

Elle en déduit qu' « à défaut de critiquer ce motif, suffisant en soi pour motiver du point de vue de la forme et du fond la décision prise, les parties requérantes n'ont pas intérêt au recours ».

3. Débats à l'audience

Les requérantes font valoir que les décisions de renoncer au marché litigieux et de relancer une nouvelle procédure les privent d'une chance de voir examiner leur offre sur la base du seul critère du prix fixé dans le cadre de la procédure initiale, la nouvelle procédure étant régie par d'autres critères qui imposent qu'elle dépose une nouvelle offre. Elles affirment, dès lors, disposer d'un intérêt à ne pas voir abandonner la première procédure et soutiennent que leur intérêt

au recours se vérifie à la lecture des articles 14 et 15 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. Elles ajoutent que le fait de retrouver une chance d'obtenir le marché constitue, de jurisprudence constante, un intérêt suffisant pour agir devant le Conseil d'État et qu'elles disposent bien d'un intérêt à ce que soit effectuée la comparaison entre les offres déposées. Elles contestent que la décision attaquée soit composée de trois ordres de motifs identifiables – plutôt que d'un amas de différents raisonnements – et affirment, en toute hypothèse, diriger leurs critiques à l'encontre de l'ensemble des motifs de cette décision.

La partie adverse répond que les requérantes n'ont pas plus de chance d'obtenir le marché dans le cadre de l'une ou l'autre procédure. Elle estime que l'attribution du marché aux requérantes, dans le contexte de la procédure initiale, est très hypothétique, compte tenu de la complexité de l'affaire. Elle ajoute que le troisième ordre de motifs – qui n'est pas critiqué par les requérantes – est parfaitement distinct des autres motifs de l'acte attaqué, en ce qu'ils exposent la nécessité de revoir l'ampleur et les conditions du marché, en tenant compte d'un contexte nouveau apparu après le lancement de la première procédure.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de 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 dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante.

En l'espèce, l'intérêt des requérantes au présent recours n'est *prima facie* pas contestable. Les requérantes ont fait offre pour le lot 1 du marché considéré. Par leur requête, elles mettent en cause la légalité des motifs de la décision de renoncer à la procédure initiale de passation, empêchant ainsi, irrégulièrement selon elles, de procéder à l'examen de leur offre, ce qui leur cause grief.

La circonstance qu'une nouvelle procédure est lancée n'est pas en soi de nature à faire disparaître leur intérêt à agir contre la décision de renoncer à la première procédure de passation. Le retrait de la première décision d'attribution était

de nature à permettre un nouvel examen des offres au regard des critères d'attribution initiaux fixés par la partie adverse. La décision de renoncer au marché les prive nécessairement de la possibilité de ce nouvel examen et d'une chance de se voir attribuer le lot 1 du marché initial. Comme il a été confirmé à l'audience, la nouvelle procédure lancée sur la base d'un nouveau cahier spécial des charges a notamment pour objectif d'attirer davantage d'opérateurs économiques (et donc de concurrents potentiels pour les requérantes) tandis que le « lot 1 du marché initial » est, dans le nouveau marché, configuré en plusieurs lots susceptibles d'être attribués à différents soumissionnaires (et non à un seul opérateur économique), ce sur la base d'autres critères que ceux fixés pour l'attribution du marché initial pour lequel les requérantes ont déposé offre.

La question du caractère inopérant des griefs soulevés par la requérante est liée à l'examen des moyens de la requête.

Les requérantes justifient *prima facie* d'un intérêt à agir dans le cadre du présent recours.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse des requérantes

Les requérantes prennent un premier moyen de la violation des articles 4 et 85 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4, 9°, et 5, 10°, 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 d'égalité, de transparence et de concurrence et du raisonnable, de l'erreur dans les motifs et du défaut de motifs pertinents, adéquats et légalement admissibles et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elles exposent tout d'abord que la décision de renoncer à attribuer un marché et d'en lancer un nouveau doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, lesquels doivent figurer dans la motivation formelle de l'acte, qu'une telle décision ne peut être arbitraire, que ses motifs ne peuvent être formulés en termes généraux et qu'elle ne peut être prise pour avantager l'un ou l'autre candidat ou afin d'éviter un recours.

Elles développent ensuite leurs griefs qu'elles divisent en trois branches.

Dans une première branche, elles contestent que la décision de relancer une nouvelle procédure puisse se fonder sur la nécessité de modifier le cahier spécial des charges et sur l'impossibilité de réaliser les travaux conformément aux exigences des documents du marché alors qu'à son estime, les modifications envisagées et un décalage des délais fixés dans le planning prévisionnel annexé au cahier spécial des charges pouvaient très bien être apportés en cours d'exécution du marché. Elles en déduisent que le motif tiré de la nécessité de modifier le cahier spécial des charges n'est pas admissible en droit.

Elles exposent, plus particulièrement, ne pas apercevoir « comment le fait de relancer une nouvelle procédure d'attribution du marché permettrait (*a fortiori* davantage) [...] de respecter les dates butoirs [visées au point « II.13.1. Planification des travaux » du cahier spécial des charges] », que « [b]ien au contraire, les travaux en seront nécessairement retardés », qu'elle ne voit pas « non plus pourquoi les documents du marché ne pourraient pas, si cela s'avère nécessaire, être modifiés en cours d'exécution », que « les dates butoirs prévues "obligatoirement" dans le cahier spécial des charges l'étaient en tenant compte d'un début des travaux au plus tard le 15 avril 2021 », que « si cette date n'est pas respectée, en raison, par exemple d'un recours et du délai nécessaire pour le traiter, le pouvoir adjudicateur aurait le droit de décaler son planning dans son cahier spécial des charges », que « [l]e délai pour l'adjudicataire resterait en effet toujours le même que celui annoncé dans les documents du marché à tous les soumissionnaires », que « la date de commencement des travaux serait simplement décalée dès lors que l'attribution n'a pas pu intervenir à la date prévue » et que « dès lors que seules les dates butoirs finales sont obligatoirement prévues dans le cahier spécial des charges, les plannings prévisionnels annexés au cahier spécial des charges peuvent facilement être "décalés" dans le temps, tout en tenant compte des différentes contraintes mentionnées dans le cahier spécial des charges ».

Se référant à une décision du tribunal de première instance de Bruxelles relative à l'ancien article 37 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, les requérantes font valoir que la partie adverse était tenue de justifier, dans la décision attaquée, qu'une modification des délais de réalisation des travaux n'était pas possible, en cours d'exécution du marché, en vertu des nouveaux articles 38/5 et 38/6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. Elles considèrent, pour leur part, qu'une telle modification est « non substantielle » au sens de l'article 38/5 précité, dès lors qu'« elle ne remplirait aucune des quatre conditions visées à l'article 38/6 susmentionné » puisque :

« - Un décalage du délai tout en gardant la même durée totale contraignante (voire même une durée totale plus courte) n'aurait évidemment pas incité d'autres candidats ou soumissionnaires à remettre offre ;

- Un tel décalage ou phasage ne modifie en rien l'équilibre du contrat en faveur de l'adjudicataire, au contraire, la modification aurait probablement engendré plus de contraintes temporelles pour l'adjudicataire, ce que les parties requérantes étaient néanmoins prêtes à accepter, comme elles l'ont communiqué par écrit au Circuit ;
- La modification n'élargit manifestement pas le champ d'application du contrat et ne concerne pas un nouvel adjudicataire. »

Les requérantes déduisent de ces éléments que « la partie adverse n'a pu renoncer à l'attribution du marché et décider de relancer la procédure pour les motifs invoqués, qui sont erronés », qu'« il est parfaitement inexact de considérer que la modification (report) d'échéances inscrites dans les documents du marché serait inenvisageable en cours d'exécution dans le cas d'espèce », qu'« une telle modification, fondée sur la circonstance d'un recours et le fait que le marché n'a pas pu être conclu à la date initialement prévue ne relève certainement pas des modifications substantielles non admissibles » et qu'« une telle décision ne porterait en outre aucunement atteinte au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et ne limiterait pas la concurrence ». Elles concluent l'exposé de la première branche de leur moyen comme il suit :

« La décision du Circuit n'est donc pas fondée sur un motif exact, pertinent et légalement admissible. Ce faisant, la partie adverse méconnaît non seulement les principes de bonne administration, dont celui du raisonnable, mais également les obligations de motivation qui s'imposent à elle en vertu des dispositions légales précitées. Elle commet en outre une erreur manifeste d'appréciation. »

Dans une deuxième branche, les requérantes contestent l'affirmation, en fait, contenue dans l'acte attaqué selon laquelle les travaux ne pourraient pas être exécutés dans les délais initialement prévus dans les documents du marché. Elles font valoir que « tant au jour de l'adoption de la décision de renonciation critiquée qu'à l'heure actuelle, les travaux peuvent encore être exécutés dans les délais impartis ». Elles exposent que, comme l'indique l'acte attaqué, « les travaux d'infrastructures n'auraient, en tout état de cause, pu commencer que le 15 novembre 2021, étant donné que les pistes sont occupées jusqu'à cette date et que ces travaux ne peuvent être effectués que lorsque la piste n'est pas exploitée », que « concernant ensuite la tribune "24 heures", le délai de début des travaux prévu par le cahier spécial des charges est le 20 septembre 2021 (seulement hors-piste jusqu'au 31 octobre 2021) », que, dès lors, s'agissant des deux catégories de travaux précités (travaux d'infrastructures et de la tribune « 24 heures », « la motivation du Circuit selon laquelle les délais ne pourraient être rencontrés s'il attribuait le marché à ce stade sans recommencer la procédure repose sur un motif inexact », que « [c]oncernant [...] les travaux relatifs à la tribune du Raidillon », la partie adverse a erronément considéré que « le chantier ne pourrait plus débiter après le 24 mai 2021 » pour que la dalle de la future tribune puisse être livrée pour le

6 août 2021 (début du montage de la tribune mobile pour le GP F1 2021), puisque, selon les requérantes :

- « - Le délai de 100 jours évoqué pour la dalle repose sur une estimation reprise à titre d'information dans les documents du marché. L'offre et le planning déposés par la partie requérante prévoient un délai bien plus court de 66 jours (sur base de prestations en horaire normal pour le génie civil et le gros œuvre). Ainsi, la plateforme en béton peut être achevée bien avant les dates du Grand prix de Formule 1.
Un démarrage des travaux début mai (possible au jour de l'adoption de la décision attaquée) ou début juin (qui reste tout à fait plausible), permettrait par ailleurs, moyennant l'adaptation du planning prévisionnel, de réduire encore ce délai de 66 jours et ainsi fournir la dalle pour le 6 août 2021 ;
- Contrairement à ce que soutient le Circuit dans sa décision, la législation sociale permet à la partie requérante de travailler durant la période de congés de la construction, moyennant, au besoin, une dérogation.
De plus, aucune entreprise ne s'interrompt durant quatre semaines comme mentionné par le Circuit dans sa décision, mais, tout au plus, trois semaines. L'exécution peut dès lors se poursuivre durant la période d'été pour ce qui concerne en tout cas la partie requérante ;
- Au jour de l'adoption de l'acte attaqué, les travaux auraient pu débuter presque immédiatement, ce que la partie requérante avait confirmé dans son courrier du 12 avril 2021 (pièce 21) et la date du 24 mai 2021 reprise dans la motivation du Circuit ci-dessus ne correspond à rien. »

Les requérantes ajoutent que « [c]ontrairement à ce qu'indique l'acte attaqué, la crise sanitaire n'a par ailleurs eu aucun effet sur le délai global », que « [l]e calendrier 2021 d'occupation du circuit était et demeure complet » et que « [l]e seul vrai changement concerne le déplacement du WRX des 22/23 mai au 9/10 octobre 2021, ce qui n'aura cependant aucune conséquence pour les motifs et dates évoqués ci-dessus ».

Elles déduisent de ces éléments que « les dates de fin des travaux, à savoir le 15 mars 2022 pour les travaux d'infrastructures et les travaux relatifs à la tribune du Raidillon et le 27 mai 2022 pour les travaux relatifs à la tribune "24 heures", pourraient être respectées par [les requérantes] si la partie adverse retirait la décision litigieuse et venait à [leur] attribuer le marché ». Elles concluent l'exposé de la deuxième branche de leur moyen comme il suit :

- « La décision critiquée repose dès lors sur nombre d'erreurs tant pour ce qui concerne les éléments temporels pris en compte que pour ce qui concerne l'affirmation contraire selon laquelle les délais prévus par le cahier spécial des charges antérieur ne pourraient pas être respectés. »

Dans une troisième branche, les requérantes contestent l'affirmation contenue dans l'acte attaqué selon laquelle une poursuite de la procédure permettrait d'« entamer le chantier, au mieux [...] le 2 août 2021 soit plus de 4 mois et demi après "la date de début réaliste des travaux" prévue le 15 mars 2021 » en sorte que « le délai initial du chantier estimé à 12 mois serait ainsi [...] réduit de plus d'1/3 de

sa durée initiale ». Elles estiment que « ce raisonnement est inexact et irréaliste » et qu'« il relève en cela de l'erreur manifeste d'appréciation » puisque « [l]a solution la plus rapide pour le Circuit est [...] précisément de directement attribuer le marché litigieux », qu'« il [...] aurait “suffit” d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (à savoir, dans le cas d'espèce [les requérantes]), sans devoir nécessairement à nouveau interroger les soumissionnaires sur leurs prix », que les requérantes ont confirmé, dans leurs courriers des 12 avril et du 7 mai 2021, qu'elles pouvaient débiter les travaux « très rapidement » si le marché leur était directement attribué et qu'elles auraient pu réaliser, dans les délais impartis, les travaux d'infrastructures pour l'obtention de grade C – lesquels ne pouvaient débiter que le 15 novembre 2021 et doivent impérativement se terminer pour le 15 mars 2022. Elles estiment qu'au contraire, la décision de relancer la procédure « hypothèque en réalité sérieusement un démarrage le 15 novembre ainsi que l'obtention du grade C pour le 15 mars 2022 ». Elles donnent, à ce propos, l'explication suivante :

« Si le Circuit venait effectivement à recommencer le marché, celui-ci devrait prévoir un délai plus long. Le Circuit devrait en effet, s'il choisissait de recommencer le marché, (i) publier un nouvel avis de marché tant sur le Bulletin des adjudications que sur le Journal officiel de l'Union européenne ; (ii) faire approuver un nouveau Cahier spécial des charges par le Conseil d'Administration ; (iii) attendre 30 jours pour que les offres puissent être introduites ; (iv) analyser les offres ; (v) vérifier les prix globaux et unitaires remis par les soumissionnaires et éventuellement interroger ceux-ci sur leurs prix anormaux ; (vi) rédiger un nouveau rapport d'analyse des offres et faire approuver celui-ci par le Conseil d'Administration ; (vii) notifier sa décision d'attribution aux soumissionnaires ; et enfin (viii) attendre la fin du délai de *standstill* et le délai devant être laissé à l'adjudicataire pour enfin pouvoir débiter le marché, à supposer qu'aucun recours ne soit introduit au terme de la procédure de passation.

Un tel processus prend nécessairement plus de temps qu'une correction du rapport d'attribution sur la base des motifs de suspension retenus par Votre arrêt et une attribution à l'offre économiquement la plus avantageuse suite à l'écartement du premier classé pour prix anormaux. Même en comptant le délai de *standstill* et un éventuel recours de la SSM écartée (qui s'avérera peu aisé vu l'arrêt déjà prononcé), le fait de ne pas repasser par les cases publication, remise d'offre, analyse des offres et établissement d'un – nouveau – rapport d'attribution fait nécessairement gagner du temps au Circuit. Il s'agit de bon sens élémentaire. »

Selon les requérantes, « [i]l semblerait en réalité que la décision de relance du marché soit une mesure prise permettant au circuit de ne pas se conformer à [l'arrêt de suspension] et de le “court circuiter”, offrant ainsi à la SSM Bodarwe-SSM Wust Serbi une nouvelle possibilité de remporter le marché ». Elles concluent l'exposé de la troisième branche de leur moyen comme il suit :

« La décision du Circuit n'est donc pas fondée sur un motif exact, pertinent et légalement admissible. Ce faisant, la partie adverse méconnaît non seulement les principes de bonne administration, dont celui du raisonnable, mais également les

obligations de motivation qui s'imposent à elle en vertu des dispositions légales précitées. Elle commet également une erreur manifeste d'appréciation. »

À l'audience, les requérantes maintiennent que toutes les modifications apportées au cahier spécial des charges pouvaient l'être en cours d'exécution du marché. Elles font valoir que le motif principal de l'acte attaqué est tiré de la nécessité d'achever les travaux dans les délais impartis tandis qu'elles ont confirmé, dans différents courriers, qu'elles pouvaient tenir ces délais et que, concernant les travaux relatifs à la tribune du Raidillon, elles pouvaient compresser ceux-ci et obtenir une dérogation pour travailler pendant les congés du bâtiment. Selon elles, aucune négociation des offres n'était nécessaire, les adaptations à apporter étant seulement relatives aux modalités d'organisation de l'exécution du marché. Elles font grief à la partie adverse de ne pas avoir envisagé la possibilité d'apporter des modifications à ces modalités d'organisation en cours d'exécution du marché. Elles en déduisent que l'acte attaqué repose sur des motifs erronés (concernant la possibilité de tenir les délais d'exécution des travaux), aberrants (quand il est affirmé que prendre une nouvelle décision d'attribution dans le cadre de la procédure initiale prendra plus de temps que de relancer une nouvelle procédure *ab initio*) et vagues (pour le reste des motifs de l'acte attaqué). Elles expliquent que si un pouvoir adjudicateur veut relancer un nouveau marché, il doit montrer que ce qui change est essentiel. Elles estiment qu'en l'occurrence, il n'était pas essentiel de modifier les critères d'attribution ou de reconfigurer les lots autrement tandis que le phasage des travaux pouvait être revu en cours d'exécution du marché et que, pour ce qui la concerne, un nouveau phasage n'était même pas nécessaire. Elles soutiennent encore que le motif de l'acte attaqué qui évoque l'impact de la crise sanitaire et la nécessité de revoir le cahier spécial des charges est particulièrement vague et forme la conclusion des développements qui précèdent sans constituer un nouveau motif. Elles ajoutent que la crise sanitaire n'a pas empêché d'attribuer le marché au groupement SSM Bodarwe – SSM Wust – Serbi et n'a eu aucun impact sur les dates butoirs à respecter, en précisant que les travaux et les délais fixés dans le nouveau cahier spécial des charges sont restés identiques. Elles soulignent encore que si le planning des travaux devient contractuel à l'attribution du marché, ceci n'implique pas qu'il ne puisse faire l'objet d'adaptations en cours d'exécution du contrat. Elles rappellent qu'en l'espèce, elles se sont engagées, aux mois d'avril et de mai, à respecter les délais de réalisation des travaux et ne comprennent pas pourquoi la partie adverse ne s'est pas conformée à l'arrêt de suspension du 8 avril 2021 en choisissant de leur attribuer le marché, puisqu'elles ont remis le prix le plus bas, qu'elles avaient déjà été interrogées sur plusieurs prix unitaires et que ceux-ci avaient été considérés comme réguliers. Elles critiquent encore les critères de sélection et d'attribution du nouveau cahier spécial des charges, en affirmant que

tout est fait pour les écarter et favoriser le groupement SSM Bodarwe – SSM Wust – Serbi.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État sur les trois branches réunies

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

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

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

La décision attaquée de renoncer à la procédure de passation du marché et d'en lancer une nouvelle sur la base d'un cahier spécial des charges modifié est fondée sur plusieurs ordres de motifs. À la lecture de cette décision qui précise se baser sur « la combinaison de ces éléments », il n'est pas possible d'isoler le caractère déterminant de certains d'entre eux. Il y a, dès lors, lieu de considérer tous ces motifs comme le soutien nécessaire de cette décision.

L'acte attaqué rappelle tout d'abord les contraintes externes qui s'imposent dans le cadre du marché litigieux : les exigences du calendrier sportif fixé par les fédérations internationales de l'automobile (FIA) et de motocyclisme (FIM), l'engagement pris auprès de la FIA de sécuriser le *turn* 4 du Raidillon à la suite du décès d'un pilote lors du GP F1 2019, la nécessité d'effectuer des travaux, dans un certain délai, pour obtenir des homologations internationales, des contraintes d'exploitation fixées par un permis unique (ouverture des pistes du 16 mars au 14 novembre) et les conséquences financières pour le Circuit en cas de non-exploitation pendant cette période (en raison, par exemple, des travaux d'infrastructures touchant directement à la piste). Toutes ces contraintes imposent le respect d'un *timing* précis non seulement pour la livraison des travaux (dates butoirs), mais aussi dans le phasage de leur réalisation et, comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, limitent nécessairement les possibilités de modifier le planning. Certes, ces diverses contraintes existaient déjà lors du

lancement de la procédure initiale de passation, mais il ne peut être reproché à la partie adverse de les avoir pris, à nouveau, en considération à la suite de l'arrêt ordonnant la suspension de l'exécution de la décision d'attribution et du retrait de cette décision.

L'acte attaqué avance ensuite des éléments nouveaux pour justifier l'abandon de la procédure initiale et le lancement d'une nouvelle procédure sur la base d'un cahier spécial des charges modifié. Ces éléments se déclinent en deux ordres de motifs :

- premièrement, le constat que le retard pris dans le cadre de la procédure initiale d'attribution ne permet plus d'exécuter le chantier « dans le cadre contractuel actuel (cahier spécial des charges et planning prévisionnels des soumissionnaires joints à leurs offres) et « nécessite[...] un nouveau phasage des offres » (premier ordre de motifs);
- deuxièmement, « la modification du calendrier sportif de la FIA » et « les incertitudes relatives à la prolongation de la crise sanitaire et de ses impacts financiers et organisationnels sur l'exploitation du circuit » qui « engendrent la nécessité de revoir le cahier spécial des charges en vue d'introduire des modifications pour rendre l'exécution des travaux envisagés plus flexibles en termes de délai et d'ampleur » et donc « la nécessité de raccourcir et/ou segmenter les différentes phases des travaux d'infrastructures de la piste et donc l'obtention de grade C pour la date butoir du 15 mars 2022 » (deuxième ordre de motifs).

Concernant le premier ordre de motifs, l'acte attaqué fait principalement valoir que les travaux de terrassement et de livraison de la dalle du Raidillon devaient, conformément au planning prévisionnel, être réalisés pour le 6 août 2021, qui correspond à la date du montage de la tribune mobile pour le GP F1 2021. Il indique, plus précisément, que « dans le document “planning des travaux – lignes directrices” annexé au cahier spécial des charges, les auteurs du projet ont estimé le temps nécessaire pour réaliser cette dalle à 100 jours ». Il considère cependant la possibilité « *a minima* » d'une alternative avec un « temps de livraison [réduit] à 30 jours ouvrables (pour un début de montage de la tribune mobile toujours fixé au 6 août 2021) », ce qui impliquerait, compte tenu des congés du bâtiment, que « le chantier dans la zone Raidillon ne pourrait débuter après le 24 mai 2021 ». Il est, dès lors, inexact d'affirmer, comme le font les requérantes, que la partie adverse n'a envisagé aucune possibilité de modifications à apporter en cours d'exécution du marché. L'alternative d'une livraison réduite à 30 jours ouvrables a bel et bien été étudiée par la partie adverse, mais celle-ci supposait de débiter le chantier avant le

24 mai 2021. De leur côté, les requérantes soutiennent qu'elles pouvaient encore respecter les délais imposés, si les travaux « pouvaient commencer début mai (possible au jour de l'adoption de la décision attaquée) ou début juin (qui reste tout à fait plausible) », en tablant sur un calendrier de 66 jours « sur base de prestations en horaire normal pour le génie civil et le gros œuvre » et moyennant l'obtention d'une dérogation pour travailler pendant les congés du bâtiment. Cette possibilité d'entamer les travaux au début des mois de mai ou juin, comme l'alternative envisagée par la partie adverse impliquant de commencer les travaux au plus tard le 24 mai, sont toutefois écartées par l'acte attaqué qui mentionne que « la poursuite du marché en cours, vu le retrait de la décision d'attribution décidée par le conseil d'administration du 10 avril 2021, conduirait le circuit, compte tenu du temps nécessaire pour procéder aux différentes étapes de demande de justification, d'attribution, de *standstill*, de notification, d'envoi de l'ordre de commencer et compte tenu des congés de la construction, à ne pouvoir entamer le chantier, au mieux, que le 2 août 2021, soit plus de 4 mois et demi après “la date de début réaliste des travaux” prévue le 15 mars 2021 ».

Les requérantes affirment que ce motif est inexact, puisqu'à leur estime, il aurait « suffi » que la partie adverse leur attribue directement le marché à la suite de la notification de l'arrêt de suspension, sans devoir interroger, à nouveau, les soumissionnaires. Or, tout d'abord, les requérantes ne prétendent pas qu'elles avaient un droit à obtenir ce marché. Ensuite, l'arrêt de suspension dénonçait uniquement « 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 Bodarwe – SSM Wust – Serbi », sans se prononcer sur la régularité de la sélection des soumissionnaires et de leurs offres. La partie adverse a, à la suite de cet arrêt et de sa décision de retrait, pu estimer qu'il lui fallait reprendre en considération toute la procédure et procéder à un nouvel examen de toutes offres remises. En l'espèce, un nouvel examen de toutes les soumissions se justifiait d'autant plus que les requérantes ont attiré l'attention de la partie adverse sur d'autres irrégularités potentielles, dans leur première demande de suspension introduite devant le Conseil d'État et ensuite dans leur courrier du 24 février 2021. Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, elle a pu estimer que, pour poursuivre la procédure en cours, elle aurait dû examiner ces nouvelles causes d'irrégularités éventuelles et notamment interroger à nouveau les soumissionnaires, en ce compris les requérantes, pour justifier leurs prix. Le considérant contenu dans l'arrêt de suspension du 8 avril 2021 – cité par les requérantes à l'audience – qui mentionne que « le prix global proposé par les requérantes reste, quant à lui, dans la fourchette de 15% par rapport à la moyenne des offres prévues par l'article 36, § 4, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du 18 avril 2017 et n'est donc pas affecté d'un soupçon d'anormalité déduit de cette disposition » se base sur un calcul de la moyenne des

offres qui tient compte de celle déposée par le groupement SSM Bodarwe – SSM Wust – Serbi. Or, en cas de non-sélection de ce soumissionnaire ou d'écartement de son offre pour irrégularité, comme l'exigeaient les requérantes, il aurait fallu recalculer la moyenne des offres, en application de l'article 36, § 4, alinéas 3 et 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et demander aux soumissionnaires – en ce compris les requérantes – de justifier leurs prix globaux dans le cas où, sur la base de ce nouveau calcul, ils dépasseraient le seuil de 15% prévu par cette disposition.

Sur la base de ces différents éléments, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer qu'elle devrait procéder à un nouvel examen de toutes les soumissions et que « compte tenu du temps nécessaire pour procéder aux différentes étapes de demande de justification, d'attribution, de *standstill*, de notification, d'envoi de l'ordre de commencer et compte tenu des congés de la construction », le chantier ne pourrait commencer « au mieux que le 2 août 2021, soit plus de 4 mois et demi après “la date de début réaliste des travaux” ». Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, il était probable, vu le caractère très conflictuel de la procédure entamée, que, quelle que soit la décision prise, celle-ci aurait fait l'objet de nouveaux recours, rallongeant encore la date possible de début des travaux. En tous les cas, un commencement des travaux « pour début mai [...] ou début juin [...] », auquel les requérantes se réfèrent pour affirmer être encore en mesure de respecter le planning prévisionnel annexé à leur offre, paraissait *prima facie* bien improbable. L'acte attaqué a, dès lors, valablement pu considérer qu'il « n'était pas possible d'exécuter le chantier dans le cadre contractuel actuel (cahier spécial des charges et planning prévisionnels des soumissionnaires joints à leurs offres) » et qu'un « nouveau phasage des travaux » dont le début était initialement prévu le « 15 mars 2021 » et « au plus tard le 15 avril 2021 » était nécessaire.

Les requérantes soutiennent encore que le planning prévisionnel annexé à leur offre pouvait être modifié en cours d'exécution du contrat tant que les dates butoirs étaient respectées et qu'il incombait à la partie adverse de démontrer qu'un report de délais intermédiaires n'était pas possible, en cours d'exécution du marché, en vertu des articles 38/5 et 38/6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics. Elles affirment, pour leur part, que pareille modification est « non substantielle » au sens de l'article 38/5 précité, dès lors qu'« elle ne remplirait aucune des quatre conditions visées à l'article 38/6 susmentionné ».

Comme il a déjà été précisé, le pouvoir reconnu par l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 de « soit renoncer à attribuer ou à conclure le marché, soit recommencer la procédure, au besoin d'une autre manière » implique un large

pouvoir d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur. Si cette décision doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles ainsi qu'être formellement motivée, il n'est *prima facie* pas exigé du pouvoir adjudicateur qu'il soit tenu de se justifier au regard des possibilités offertes par les articles 38/5 et 38/6 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 de modifier le marché en cours d'exécution du marché, ces dispositions semblant *a priori* concerner des modifications dont la nécessité ou l'utilité n'apparaissent qu'après l'attribution du marché.

Par ailleurs, la nécessité de reporter le commencement des travaux du Raidillon, vu le retard pris pour attribuer le marché, ne constitue pas le seul motif qui justifie la rédaction d'un nouveau cahier spécial des charges. L'acte attaqué avance un deuxième ordre de motifs qui impliquent des modifications pouvant *prima facie* être qualifiées de substantielles puisqu'il s'agit notamment de « rendre l'exécution des travaux envisagés plus flexibles en termes [...] d'ampleur ». Dans sa note d'observations, la partie adverse évoque la nécessité de configurer les lots du marché de manière différente « afin de ne pas compromettre l'homologation, de rester dans des budgets tenables (en renonçant à une partie des travaux éventuellement), de prévoir un phasage adapté à la situation actuelle avec des clauses adaptées pour permettre l'attribution sur base d'une offre réaliste en termes de budget, et de donner priorité à la réalisation des travaux de la piste ». Cette reconfiguration se vérifie à la lecture du nouveau cahier spécial de charges. Désormais, le lot 1 vise les travaux de démolitions et d'infrastructures au niveau de la piste, le lot 2, les travaux de construction de la tribune « 24h », le lot 3, les travaux de construction de la tribune « Raidillon », le lot 4, la fourniture et pose de clôtures et le lot 5, la fourniture/pose et déplacement de fibres optiques.

Contrairement à ce qu'affirment les requérantes, la partie adverse ne prétend pas qu'il est plus rapide de lancer une nouvelle procédure que d'attribuer le marché initial. L'acte attaqué se limite à considérer que l'attribution de ce marché suppose un réexamen *ab initio* de toutes offres, que le chantier accusera un retard important et que, dans ce cas, il est préférable de lancer une nouvelle procédure, ce d'autant qu'un deuxième ordre de motifs justifie « de revoir le cahier spécial des charges en vue d'y introduire des modifications pour rendre l'exécution des travaux envisagés plus flexibles en termes de délai et d'ampleur ».

Concernant ce deuxième ordre de motifs, les éléments contenus dans la pièce confidentielle produite par la partie adverse dans le cadre de la présente procédure tendent *prima facie* à confirmer que, bien que le calendrier du Circuit est, comme le relèvent les requérantes, resté complet pour l'année 2021, l'impact de la crise sanitaire sur la situation financière de la SA de droit public paraît bien réel tant en raison de sa fermeture à partir du 26 octobre 2020 suivie de l'interdiction

d'organiser toute activité hivernale qu'à la suite de l'application d'un protocole sanitaire strict depuis la reprise de ses activités le 16 mars 2021. Ces éléments sont postérieurs à l'adoption du premier cahier spécial des charges et au lancement de la procédure initiale. Par ailleurs, entre la décision du 21 janvier 2021 d'attribuer le marché au groupement SSM Bodarwe – SSM Wust – Serbi et celle du 22 avril 2021 de renoncer à la procédure de passation, la situation financière du circuit s'est nécessairement précisée, de sorte qu'à la suite du retrait de cette décision d'attribution, les organes de la partie adverse ont *prima facie* pu décider qu'il était opportun de prendre des mesures correctrices, par la rédaction d'un nouveau cahier spécial des charges, en se réservant la possibilité notamment de « rendre l'exécution des travaux envisagés plus flexibles en termes [...] d'ampleur » et « en tous cas de mettre la priorité sur la réalisation des travaux d'infrastructures de la piste et donc l'obtention de grade C pour la date butoir du 15 mars 2022 », devant permettre, comme l'explique la partie adverse, le report de certains investissements en renonçant, le cas échéant, à une partie des travaux en fonction de l'évolution de la situation

Par ailleurs, il n'est pas contestable que les incertitudes liées à la prolongation de la crise sanitaire puissent avoir une incidence sur l'organisation des activités du circuit, mais aussi des travaux qui doivent être réalisés. Dans sa note d'observations, la partie adverse explique, à cet égard, plus précisément, que « le contexte au moment de la prise de décision [a] considérablement évolué, avec son lot de données nouvelles ([...] évolution de la crise sanitaire et impact sur l'exploitation, nouvelles contraintes d'exploitation du circuit [...]) », qu'« un protocole sanitaire validé par le ministre » subordonne les activités quotidiennes pouvant être reprises à partir du 15 mars 2021 à certaines conditions strictes susceptibles d'évoluer en fonction de l'évolution de la pandémie Covid-19 », que ce protocole impose notamment de ne pas dépasser un nombre maximal de personnes, par jour, sur le Circuit, ce qui concerne également le nombre de personnes présentes sur le chantier pour l'exécution de travaux. Il s'agit d'une contrainte supplémentaire non négligeable qui n'a pas été prise en considération pour la rédaction du premier cahier spécial des charges et qui peut avoir un impact sur l'organisation des travaux à mettre en œuvre. Quant « à la modification du calendrier sportif de la FIA », l'acte attaqué expose, dans un considérant spécifique, qu'« en postposant la manche du WRX fixée initialement les 22 et 23 mai 2021 aux 9 et 10 octobre 2021, l'enchaînement temporel entre le GP F1 fixé les 27, 28 et 29 août 2021, le montage (du 6 août au 25 août) et le démontage des tribunes mobiles (du 30 août au 17 septembre 2021) singulièrement dans les zones de chantier du dossier Moto (Plateau du Raidillon, zone WRX et du virage 9 tel que repris dans le point "Planification des travaux" du CSC) et l'organisation du WRX les 9 et 10 octobre 2021 et les délais estimés pour les différentes phases du chantier impliquent un report du début des

travaux dans la zone Raidillon après le WRX, soit à la mi-octobre ». Le pouvoir adjudicateur a *prima facie* valablement pu considérer que les différents éléments précités imposaient d'« introduire des modifications pour rendre l'exécution des travaux envisagés plus flexibles en termes de délai [...] » et de « raccourcir et/ou segmenter les différentes phases de travaux envisagés initialement », compte tenu du constat déjà opéré, en amont dans la décision, d'un important retard déjà accumulé sur le calendrier des travaux.

Il ne peut être reproché à la partie adverse de ne pas avoir été plus précise sur les modifications à apporter au cahier spécial des charges, dès lors que, comme l'a expliqué la partie adverse à l'audience, d'une part, la décision de renoncer au marché et de relancer la procédure ne pouvait pas anticiper sur le contenu de ce document qu'il restait à établir et, d'autre part, elle ne pouvait prendre le risque d'avantager certains opérateurs économiques en dévoilant, à l'avance, les options qui seraient privilégiées. En tout état de cause, le motif tiré des incertitudes de la crise sanitaire et de ses impacts financiers et organisationnels paraît suffisamment clair et semble pouvoir se vérifier à la lecture des pièces communiquées par la partie adverse ainsi que du nouveau cahier spécial des charges, rendu, entre-temps, accessible *via* la publication de l'avis de marché annonçant le lancement d'une nouvelle procédure. Rien ne permet de considérer que ce document ne servirait qu'à « habiller » la décision attaquée comme l'affirment, à l'audience, les requérantes, sans toutefois le démontrer.

Les requérantes n'établissent pas non plus que la décision de relancer une nouvelle procédure aurait « en réalité » pour objectif d'éviter de se conformer à l'arrêt de suspension, de les écarter et d'offrir au groupement SSM Bodarwe – SSM Wust – Serbi une nouvelle possibilité de remporter le marché ». D'une part, comme il a déjà été exposé, l'arrêt du 8 avril 2021 dénonce uniquement « 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 Bodarwe – SSM Wust – Serbi ». D'autre part, la partie adverse expose, à l'audience, que l'objectif poursuivi par la reconfiguration du marché en plusieurs lots et la fixation de nouveaux critères de sélection et d'attribution est notamment d'attirer de nouveaux opérateurs économiques, de favoriser ainsi le jeu de la concurrence (assouplissement des critères de sélection) et de s'assurer que les soumissionnaires remettront une offre de prix réaliste qui tiennent compte des délais de réalisation des travaux (insertion d'un deuxième critère d'attribution « relatif à la pertinence et qualité du planning et de l'organisation du chantier en vue de garantir (ou réduire) les délais d'exécution »). Sans devoir, à ce stade, se prononcer sur la légalité de ces nouvelles dispositions, les explications de la partie adverse paraissent *prima facie*

admissibles et compatibles avec les motifs qui ont justifié l'abandon de la procédure de passation initiale.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse des requérantes

Les requérantes prennent un deuxième moyen de la violation de l'article 10 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 4 et 13 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des principes de proportionnalité, de confidentialité des offres, d'égalité et de concurrence et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elles exposent que la partie adverse qui était confrontée à une alternative – lui attribuer le marché ou décider de renoncer au marché et relancer une nouvelle procédure – a préféré l'option qui leur était la plus préjudiciable, puisqu'à ce stade, les prix de chacun sont connus de tous les soumissionnaires. Elles en déduisent que la décision attaquée est manifestement disproportionnée et viole l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elles expliquent que l'autorité administrative est tenue d'exercer ses prérogatives de manière raisonnable par rapport au but poursuivi par sa décision, que « le Circuit a choisi ici de recommencer la procédure alors qu'il disposait d'offres régulières, en ce compris [la leur] et qu'il pouvait justement respecter les délais d'exécution qu'il s'était fixé s'il attribuait le marché litigieux sans procéder à son recommencement (*cfr.* les trois branches du premier moyen) » et que « [l]e caractère abusif et disproportionné de ce choix est par ailleurs renforcé par le fait que la partie adverse a, au préalable, communiqué des informations sensibles relatives au prix [de leur offre] dans sa décision d'attribution du 21 janvier 2021 et dans son rapport d'analyse des offres ». Elles reproduisent le contenu des articles 13 de la loi du 17 juin 2016 et 10 de la loi du 17 juin 2013 et se réfèrent à l'arrêt du 11 janvier 2005, *Stadt Halle et RPL Lochau* (C-26/03), dans lequel la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que le pouvoir adjudicateur ne pouvait divulguer des informations dont le contenu pourrait être utilisé pour fausser la concurrence dans le cadre d'une procédure en cours, mais également dans le cadre d'une procédure de passation ultérieure (point 44). Elles font valoir que les « éléments relatifs au prix, à sa structuration ou à certains documents spécifiques ne peuvent pas être communiqués par un pouvoir adjudicateur, en particulier à un concurrent du soumissionnaire lorsque la procédure

est encore en cours », que « [d]ans le cas d'espèce, le pouvoir adjudicateur a communiqué [à ses] concurrents, par le biais de son rapport d'analyse des offres, toutes les informations permettant à ceux-ci de connaître les prix adoptés par elle », que « [l]e recommencement de la procédure porte dès lors manifestement atteinte aux droits des soumissionnaires ayant déposé offre », qu'elles sont particulièrement lésées puisqu'elles ont remis « l'offre régulière économiquement la plus avantageuse » qu'elles constituent « à présent la “cible” des autres soumissionnaires », que « [d]e telles hypothèses de communication de secrets d'affaires, alors que la procédure est par ailleurs recommencée, ont déjà été considérées comme fautives par la jurisprudence » et que « le tribunal de première instance de Bruxelles a expressément jugé [...] que la motivation quant au caractère indispensable de la modification des dispositions d'un cahier spécial des charges par une relance du marché doit être d'autant plus étayée lorsqu'elle implique un recommencement de la procédure après qu'une décision d'attribution ait été communiquée aux soumissionnaires et que [...] les prix de chacun sont à présent connus des concurrents en lice ».

À l'audience, les requérantes maintiennent que la partie adverse a choisi l'option qui leur est la plus défavorable, qu'elle aurait pu leur attribuer le marché dès la notification de l'arrêt de suspension du 8 avril 2021, mais qu'elle a préféré attendre quatorze jours pour renoncer au marché sur la base de motifs inexacts ou inadmissibles. Elles font valoir que le nouveau cahier spécial des charges prévoit un nouveau critère d'attribution qui est particulièrement subjectif et que l'échappatoire prise par la partie adverse ne lui fera certainement pas gagner du temps pour la réalisation des travaux.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Les requérantes ne démontrent pas que la décision de renoncer au marché et de lancer une nouvelle procédure reposerait sur des motifs inexacts, non pertinents ou inadmissibles en droit (*cf.* premier moyen).

L'article 13, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, auquel renvoie l'article 10 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 – également cité par les requérantes –, précise que l'interdiction de divulgation des éléments communiqués à titre confidentiel s'impose à l'adjudicateur « sans préjudice des obligations en matière de publicité concernant les marchés publics attribués et l'information des candidats, des participants et des soumissionnaires ». Les requérantes ne contestent pas qu'en l'espèce, les éléments de prix qui figurent dans

le rapport d'analyse des offres qui fait partie intégrante de la première décision d'attribution pouvaient être communiqués aux différents soumissionnaires, en application des articles 4, 8°, 5, 9° et 8, 3°, de la loi du 17 juin 2013, pour les informer des motifs pour lesquelles leurs offres n'ont pas été choisies « en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue ». Comme le relève la partie adverse, ce sont ces éléments de prix qui ont d'ailleurs permis aux requérantes d'introduire leur premier recours et d'obtenir la suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le lot 1 du marché au groupement SSM Bordawa- SSM Wust-Serbi.

Les requérantes n'identifient pas précisément et concrètement les éléments de leur offre, dont la communication aux autres soumissionnaires serait problématique et les léserait dans le cadre du lancement d'une nouvelle procédure. Il apparaît, certes, que le prix global de leur offre est désormais connu de leurs concurrents. Celui-ci concernait le lot 1 du marché. Cependant, dans le cadre de la nouvelle procédure de passation, les lots du marché sont, comme il a déjà été exposé, configurés autrement, en sorte que les autres soumissionnaires ne peuvent anticiper sur les prix que les requérantes pourraient proposer pour chacun des nouveaux lots. Par ailleurs, le planning prévisionnel annexé au cahier spécial des charges est modifié, ainsi que les critères de comparaison des offres, le prix ne constituant plus le seul critère d'attribution de ces lots.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Confidentialité

Les requérantes déposent leur offre, à titre confidentiel, à l'attention unique du Conseil d'État, de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit de la pièce 14 annexée à la requête.

La partie adverse formule la même demande à propos des deux pièces qu'elle dépose à l'audience, à savoir, d'une part, le « Protocole sanitaire en vue de la poursuite de l'organisation à huis clos des activités et compétitions sportives au Circuit de Spa-Francorchamps » approuvé, le 4 mars 2021, par le ministre Willy Borsu et, d'autre part, le cahier spécial des charges établi pour le lancement de la nouvelle procédure de passation qui a pour objet un marché de « travaux d'infrastructures pour la moto 2022 et construction de deux nouvelles tribunes ».

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

IX. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite la condamnation des requérantes « aux dépens, fixés à 700 euros ». Une lecture bienveillante de la note d'observations impose de considérer que la partie adverse sollicite en réalité, par cette mention, une indemnité de procédure de 700 euros, ce qui n'a du reste pas été contesté par les autres parties.

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

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce 14 annexée à la requête et les deux pièces déposées par la partie adverse à l'audience sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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 à la partie adverse qui n'a pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les parties requérantes supportent les dépens, à savoir les droits de rôle de 800 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 17 juin 2021 par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret