

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

n° 261.001 du 10 octobre 2024

A. 242.999/VI-23.145

En cause : **la société anonyme A2,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Renaud SIMAR et
Margaux de GREEF, avocats,
rue de la Régence 58 boîte 8
1000 Bruxelles,

contre :

**la Société wallonne de Financement
complémentaire des Infrastructures,**
ayant élu domicile chez
M^{es} François VISEUR, Véronique VANDENACKER, et
Alexandra VANROYÉ, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la société anonyme KRINKELS,
ayant élu domicile chez
M^e Olivier ESCHWEILER, avocat,
rue du Méry 42
4130 Esneux.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 19 septembre 2024, la SA A2 demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 5 septembre 2024 prise par la SOFICO, par laquelle le marché public de services régi par le Cahier spécial des charges (référence : SOF-MI-862-23-2843) ayant pour objet "bail de brossage, curage, propreté, d'entretien des espaces verts autoroutier" est attribué à SA KRINKELS et par laquelle l'offre de la SA A2 est classée deuxième » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 20 septembre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 3 octobre 2024.

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

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

Par une requête introduite le 1^{er} octobre 2024, la SA KRINKELS demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M^{me} Michèle Belmessieri, conseillère d'État, présidente f.f., a exposé son rapport.

M^e Margaux de Greef, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Véronique Vandenacker et Alexandra Vanroye, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Gaël Tilman, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

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

La partie requérante relate les faits comme il suit :

« 1. Par un avis de marché publié le 5 mai 2021 au Bulletin des Adjudications, la SOFICO lance un marché public de services ayant pour objet "le bail de brossage, curage, propreté, d'entretien des espaces verts autoroutier de Marcinelle". [...]

Le mode de passation choisi est la procédure ouverte.

Le prix est l'unique critère d'attribution.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges référencé SOFICO-21-1036. [...]

2. Le cahier spécial des charges précise l'objet du marché en ces termes :

“ Le présent marché est un marché de services, sujet à commandes, qui a pour objet le brossage, curage, propreté, l'entretien des espaces verts du district autoroutier de Marcinelle. Les services s'effectuent sur des routes appartenant au réseau I qui sont décrites en annexe du présent cahier spécial des charges.

Les services sont de l'entretien préventif, conditionnel et curatif (voir glossaire).”

Il définit l'importance du marché de la manière suivante :

Les prestations requises font l'objet de commandes passées par le pouvoir adjudicateur du présent marché en fonction de ses besoins et suivant les modalités du présent cahier spécial des charges.

Le pouvoir adjudicateur s'engage à commander chaque année, pendant le délai de validité du marché, des prestations pour un montant compris dans les fourchettes suivantes :

	District autoroutier de Marcinelle
Montant minimum HTVA	2.165.000
Montant maximum HTVA	4.150.000

3. Les 2 et 10 juin 2021, deux avis rectificatifs communiquant des erratums pour
Les montants ci-dessus sont reconduits chaque année.

4. La date limite pour la réception des offres est fixée au 22 juin 2021.

Cinq soumissionnaires introduisent une offre :

- La SA ARTBEL ;
- La SM EUROGREEN / SOTRAPLANT ;
- La SA KRINKELS ;
- La SA SOGEPLANT ;
- La SA A2.

5. Par un courrier du 3 septembre 2021, la SOFICO sollicite auprès de la SA A2 des justifications écrites relatives au montant et à la composition du prix des postes n° 1, 2, 16, 20, 45, 46, 58, 81, 82, 159, 160, 171, 188 et 254, dans la mesure où les prix de ces postes apparaissent comme anormalement “bas / élevés”. [...]

6. Par des courriers des 13 et 15 septembre 2021, la SA A2 communique à la SOFICO les justifications de prix demandées. [...]

7. Par une décision du 25 février 2022, la SOFICO décide d'attribuer le marché public de services à la SA KRINKELS. [...]

Cette décision est communiquée à la SA A2 par envoi recommandé le 1^{er} mars 2022. [...]

Par un arrêt du 12 avril 2022 [n° 253.496], Votre Conseil ordonne la suspension de l'exécution de la décision du 25 février 2022 aux motifs que :

“ La reconnaissance du caractère non négligeable des postes repose sur deux indices, à savoir, d’une part, l’impact financier des postes sur l’ensemble du marché et, d’autre part, l’écart des prix concernés par rapport à l’estimation et aux prix usuellement pratiqués. Outre que ce deuxième indice ne rend nullement compte, en soi, du caractère négligeable, ou non, des postes, le Conseil d’Etat observe que l’autorité administrative ne l’a pas invoqué pour justifier sa décision de considérer ces postes comme non négligeables, ce qu’elle n’aurait pas manqué de faire si cet indice avait vocation à servir cette justification. Il doit donc être considéré que le seul indice retenu pour décider du caractère non négligeable des postes est celui de l’impact financier. Pour retenir l’impact financier, l’autorité administrative s’est fondée sur la valeur relative des prix proposés par la société pour ces postes, au regard, non du montant total de l’offre, mais du montant de la seule part de cette offre relative à l’entretien préventif, ce qui a nécessairement eu pour effet d’influencer à la hausse cette valeur relative. Ce faisant, elle n’a pu retenir, sur la base d’une telle évaluation, le caractère non négligeable des postes sans commettre une erreur manifeste.”

8. Par un courrier du 2 mai 2022, la SOFICO demande à la société A2 si elle est disposée à prolonger la validité de son offre jusqu’au 30 juillet 2022, dans la mesure où “l’arrêt du Conseil d’Etat oblige la SOFICO à procéder au retrait de la décision d’attribution en question et à réexaminer les offres en vue d’une réattribution du marché”. [...]

9. Par une décision du 30 septembre 2022, la SOFICO décide, à nouveau, d’attribuer le marché public de services à la SA KRINKELS. [...]

Cette nouvelle décision est communiquée à la SA A2 par courriel et envoi recommandé le 7 octobre 2022. [...]

10. Par un arrêt du 28 novembre 2022 [n° 255.119], Votre Conseil ordonne la suspension de l’exécution de la décision du 30 septembre 2022 aux motifs que :

“ L’usage des termes □de plus□ révèle l’articulation entre les deux éléments de fait mobilisés par la partie adverse et atteste, pour ce que permet de retenir un examen effectué en extrême urgence, que c’est sur leur combinaison qu’elle s’est fondée pour faire application de la disposition précitée de l’article 36, § 3, 1°. Bien plus, la dernière phrase de l’extrait de l’acte attaqué ainsi reproduit laisse entendre que c’est principalement le poids relatif global des sept postes à prix anormaux qui a déterminé la partie adverse à décider que l’offre de la requérante était entachée d’une irrégularité substantielle. Il s’ensuit que – s’ils devaient correspondre à ce que la lecture de la motivation formelle impose ainsi, *prima facie*, de retenir, c’est-à-dire la combinaison des deux éléments ainsi constatés en fait – les motifs factuels de la décision critiquée n’entreraient pas dans les prévisions de la disposition précitée. Au vu des termes en lesquels elle est libellée et qui ne permettent donc pas d’exclure une application erronée de la disposition réglementaire invoquée, la motivation de l’acte attaqué sur le point litigieux ne paraît pas adéquate. Dans la mesure où il formule ce grief en sa première branche, le moyen doit être déclaré sérieux”.

Par un courrier du 22 août 2022, la SOFICO demande à la société A2 si elle est disposée à prolonger la validité de son offre jusqu’au 30 novembre 2022. [...]

Par une décision du 16 décembre 2022, la SOFICO décide, une fois de plus, d’attribuer le marché public de services à la SA KRINKELS. [...]

Cette nouvelle décision est communiquée à la SA A2 par courriel et envoi recommandé le 20 décembre 2022 [...], soit le même jour que la décision motivée portant sur le retrait de la décision du 30 septembre 2022.

11. Par un arrêt du 8 février 2023 [n° 255.712], Votre Conseil ordonne la suspension de l'exécution de la décision précitée aux motifs que :

“ Le moyen reproche – en sa deuxième branche – à la partie adverse d’avoir tenu compte, dans l’appréciation des justifications des prix unitaires suspectés d’anormalité de la requérante, d’informations inconnues de certains soumissionnaires, et ce en méconnaissance de la disposition inscrite à l’article 36, § 3, alinéa 3, de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. À l’appui de ce grief, elle relève, à titre d’exemple, que, pour statuer sur l’anormalité suspectée du prix unitaire offert par le soumissionnaire Krinkels, intervenante en la présente cause, pour le poste 188, la partie adverse a indiqué que □ce soumissionnaire fait mention d’un rendement cohérent basé sur des rendements connus et sur son expérience acquise lors d’un marché précédent pour des activités identiques ainsi que sur une offre remise par l’un de ses sous-traitants□. La requérante retient de cette indication que les seuls rendements acceptés par la partie adverse sont ceux basés sur l’exécution des marchés précédents, soit sur une information uniquement connue de l’intervenante.

[...]

Ainsi que cela ressort de l’acte attaqué, la normalité du prix unitaire proposé par la requérante pour le poste 188 a été admise sur la base des justifications que celle-ci avait fournies à la partie adverse ; il n’a donc pas été question d’opposer à la requérante ces données relatives au poste 188, alors qu’elles ne lui auraient pas été soumises pour réaction, et de les utiliser afin de décider que le prix unitaire déposé pour ce poste n’était pas justifié. Il ne peut donc, *prima facie*, être reproché à la partie adverse de ne pas avoir communiqué à la requérante, en tant que telles, les données de justification que lui avait fournies le soumissionnaire Krinkels.

Il doit, en revanche, être relevé – toujours à la lecture de l’acte attaqué – que la partie adverse, face à l’impossibilité annoncée par le Bureau des Prix d’exprimer un avis sur les prix pour lesquels il avait été sollicité, a été contrainte de procéder □à une analyse des prix par une approche empirique, basée sur l’expérience générale du pouvoir adjudicateur, et en comparant les offres de la SA A2, SA SOGEPLANT et SA KRINKELS entre elles□. Sauf à la tenir pour simplement intuitive, l’approche que la partie adverse présente comme empirique, en ce sens qu’elle serait basée sur son expérience et sur la comparaison des offres des trois soumissionnaires précités, repose nécessairement sur la prise en considération de données dont elle a disposé et qui l’ont déterminée à estimer surélevés plusieurs rendements annoncés par la requérante. Ceci paraît conforté par les extraits de l’acte attaqué desquels il ressort que les prix suspectés d’anormalité de l’intervenante ont été estimés dûment justifiés, notamment en raison de ce que cette justification était □étayée des rendements escomptés pour ce type de marché spécifique d’entretien□ et que ces rendements pouvaient être □réputés acceptables sur base des hypothèses et spécificités liées à la nature du marché□. Pour ce que permet d’en retenir un examen de la cause effectué en extrême urgence – et sauf à entendre l’acte attaqué dans un sens que les termes utilisés par la partie adverse ne permettent, à l’évidence, pas de retenir – il semble *prima facie* devoir être tenu pour acquis que la partie adverse a fondé son appréciation des justifications de prix unitaires apportées par les soumissionnaires concernés sur des données générales (notamment les □rendements escomptés pour ce type de marché□) dont elle disposait et au regard desquelles certaines justifications ont pu être admises, tandis que les autres ne l’ont pas convaincue quant à la normalité des prix concernés.

Au regard de ces éléments livrés par l’acte attaqué, le grief d’utilisation de données qui seraient autres que celles qui ont été soumises par la requérante et

qui n'auraient pas été soumises à celle-ci dans le respect de la disposition précitée doit être tenu pour sérieux”.

12. Par un courrier daté du 29 mars 2023, la SOFICO sollicite, pour la seconde fois, auprès de la SA A2 des justifications écrites relatives au montant et à la composition du prix des postes n° 81 et 82. [...]

Afin de se conformer à l'enseignement de l'arrêt précitée de Votre Conseil, elle communique à la SA A2 les informations qui ne proviennent pas des soumissionnaires dont elle entend tenir compte lors de son examen des prix potentiellement anormaux.

13. Par un courrier du 16 avril 2023, la SA A2 ne manque pas d'interpeller la SOFICO sur son recours à la faculté de l'interroger encore sur ses prix apparemment anormaux, près de deux ans après le dépôt de son offre. [...]

14. Par une décision du 20 juin 2023, la SOFICO décide, pour la quatrième fois, d'attribuer le marché public de services à la SA KRINKELS. [...]

Cette nouvelle décision est communiquée à la SA A2 par courriel et envoi recommandé le même jour.

15. Par un arrêt du 27 juillet 2023 [n° 257.136], Votre Conseil ordonne la suspension de l'exécution de la décision précitée aux motifs que :

“ (...) la partie adverse n'ayant, d'une part, pas laissé entendre qu'un rendement supérieur à celui qui était calculé à l'aide des données annoncées devait être tenu pour irréaliste pour le poste 81 et, d'autre part, pas fait apparaître que la durée d'exécution pour les prestations sur lesquelles porte le poste 82 devait être tenue pour contraignante, alors qu'elle était présentée comme simplement estimée ; pour cette raison, l'intervenante ne peut sérieusement se déclarer étonnée de ce que la requérante, qui avait connaissance de données communiquées dans les documents du marché, n'a pas critiqué – lors de l'établissement de son offre – deux seuils dont elle ne pouvait alors deviner les caractères et portées respectifs. De même, il ne ressortait pas clairement des documents du marché que les soumissionnaires seraient, en cas d'invitation à justifier leurs prix, obligés d'établir que ceux-ci étaient proposés dans le respect de seuils fixés tant pour un rendement (poste 81) que pour une durée (poste 82).

Or, c'est bien au respect d'une telle obligation que la partie adverse a semblé avoir égard, comme le comprend du reste l'intervenante, selon ce que celle-ci expose sous le titre V.A.b) de sa requête en mentionnant ce que la requérante “devait démontrer”. En ce sens, il doit, *prima facie*, être admis – à la suite de la requérante – que les seuils auxquels s'attachent les effets retenus par la partie adverse au soutien de la décision contestée semblent bien avoir été fixés *a posteriori*.

Au vu de ces constatations, comme le fait valoir la requérante et ainsi qu'un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, la partie adverse paraît, *prima facie*, avoir modifié la portée des prescriptions du marché en considérant – fût-ce sur la base de données initialement annoncées – qu'un écart du rendement, à la hausse (pour le poste 81), ou de la durée, à la baisse (pour le poste 82), au regard des seuils pris en considération, attestait nécessairement l'anormalité des prix proposés.

Cette modification méconnaît le principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que le principe de transparence consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, dès lors qu'il apparaît – à la suite de la procédure de vérification des prix – que tous les soumissionnaires n'avaient pas été mis en

mesure d'élaborer leurs prix en connaissance des conditions du marché, telles que les a finalement entendues et appliquées la partie adverse.”

16. Par un courrier recommandé du 18 septembre 2023, la SA A2 interroge la SOFICO et le SPW Mobilité & Infrastructures sur les suites qu'ils entendent réserver au quatrième arrêt du Conseil d'état concernant l'attribution du marché public repris sous la référence “SOFICO-21-1036”. [...]

À cet effet, elle exprime son étonnement quant à l'insistance de la SOFICO à vouloir attribuer le marché précité à la SA KRINKELS.

Elle interroge également la SOFICO sur la légalité de la prolongation du marché attribué en 2017 à la SA KRINKELS.

17. Par un courrier du 21 septembre 2023, le SPW Mobilité & Infrastructures indique que :

“ La SOFICO a bien pris connaissance de l'arrêt prononcé par le Conseil d'Etat le 27 juillet 2023 ordonnant la suspension de la décision d'attribution du marché en cause adoptée le 20 juin 2023.

Le Conseil d'administration sera amené à se prononcer sur les suites à réserver à cet arrêt lors de sa séance du 29 septembre prochain. La question de la légalité de l'éventuelle prolongation du marché initial attribué en 2017 à la SA KRINKELS sera également abordée à cette occasion”. [...]

18. Par un courrier recommandé du 9 octobre 2023, la SOFICO informe la SA A2 qu'elle procède au retrait de la décision du 20 juin 2023 suspendue par le Conseil d'Etat et qu'elle renonce à attribuer le marché en cause. [...]

19. Par envoi séparé, elle précise à la SA A2 que la prolongation du marché initial a été effectué par la voie d'un avenant fondée sur l'article 38/2 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics. [...]

20. Par un avis de marché publié le 23 octobre 2023 au Bulletin des Adjudications, la SOFICO lance un marché public de services ayant pour objet “le bail de brossage, curage, propreté, d'entretien des espaces verts autoroutier de Marcinelle”. [...]

Le mode de passation choisi est la procédure ouverte.

Le prix est l'unique critère d'attribution.

Le marché est régi par le cahier spécial des charges référencé SOF-MI-08.06.02-23-2843. [...]

21. Le cahier spécial des charges précise l'objet du marché en ces termes :

“ Le présent marché est un marché de services, sujet à commandes, qui a pour objet le brossage, curage, propreté, l'entretien des espaces verts du district autoroutier de Marcinelle. Les services s'effectuent sur des routes appartenant au réseau I qui sont décrites en annexe du présent cahier spécial des charges.

Les services sont de l'entretien préventif, conditionnel et curatif (voir glossaire).”

Il définit l'importance du marché de la manière suivante :

Les prestations requises font l'objet de commandes passées par le pouvoir adjudicateur du présent marché en fonction de ses besoins et suivant les modalités du présent cahier spécial des charges.

Le pouvoir adjudicateur s'engage à commander chaque année, pendant le délai de validité du marché, des prestations pour un montant compris dans les fourchettes suivantes :

		District autoroutier de Marcinelle
Montant minimum HTVA		2.165.000
Montant maximum HTVA		4.150.000

Les montants ci-dessus sont reconduits chaque année.

22. Le marché de 2023 conserve la même envergure que celui de 2021 en terme cependant aucune incidence sur les tâches à effectuer par l'adjudicataire. Les quantités sont identiques à celles prévues en 2021.

La seule différence notable porte sur l'ajout du poste 300 correspondant à l'évacuation de 3216 m³ de terres vers une décharge.

Il est à noter que certains intitulés de poste ont subi de légères modifications en raison notamment d'évolutions législatives.

23. La date limite pour la réception des offres est fixée au 27 novembre 2023.

Quatre soumissionnaires introduisent une offre :

- La SM EUROGREEN / SOTRAPLANT ;
- La SA KRINKELS ;
- La SA SOGEPLANT ;
- La SA A2.

24. Par un courrier du 13 décembre 2023, la SA A2 à la SOFICO et au SPW Mobilité & Infrastructures signale que :

“ La taille de la commande est similaire à celle du dossier de 2021, à l'exception d'un poste supplémentaire (évacuation des déchets pour plus de 3200 m³), qui augmente substantiellement le montant global de l'offre.

Nous sommes donc surpris de constater que le prix de l'offre d'un des participants est considérablement plus bas (+/- 35%) que le prix de son offre de 2021. Cette différence est d'autant plus étonnante que les coûts de l'exécution ont augmenté de manière significative au cours des deux dernières années, en raison de la hausse des prix des carburants, de l'électricité, de l'indexation des salaires, etc.

En outre, le prix de cette offre concurrente est inférieur à notre offre de 2021, que vous avez jugée anormalement basse. À cet égard, il est important de noter que nous étions le soumissionnaire le moins cher lors de précédents appels d'offres. Cela étant, malgré les nombreuses justifications de nos prix, nous n'avons pas obtenu, à plusieurs reprises, ce marché public.

Sur la base de notre expertise des travaux, de la comparaison de notre offre précédente et de l'évolution des coûts depuis 2021, nous ne pouvons pas concevoir que le prix proposé par ce concurrent soit réaliste. Nous craignons une

volonté de ce soumissionnaire de spéculer sur les prix, ce qui méconnaîtrait la réglementation en matière de marché publics.” [...]

25. Par un courrier du 20 décembre 2023, la SOFICO sollicite auprès de la SA A2 des justifications écrites relatives au montant et à la composition du prix des postes n° 8,12,27,29,36,52,60 et 64, dans la mesure où les prix de ces postes apparaissent comme anormalement “bas / élevés”. [...]

26. Par un courrier du 12 janvier 2024, la SA A2 communique à la SOFICO les justifications de prix demandées. [...]

27. Par une décision du 29 mars 2024, la SOFICO décide, une fois de plus, d’attribuer le marché public de services à la SA KRINKELS. [...]

Cette nouvelle décision est communiquée à la SA A2 par courriel et envoi recommandé le 12 avril 2024. [...]

28. La SOFICO a finalement, par une décision du 4 juin 2024, décidé de procéder au retrait de la décision d’attribution du 29 mars 2024 pour les motifs suivants [...]:

“ [...] Considérant que le 26-04-24 soit dans le délai d’attente susmentionné, la S.A. A2 a introduit au Conseil d’Etat une requête en suspension d’extrême urgence et en annulation contre la décision précitée du 29-03-24 ;

Considérant que, tel que cela ressort de sa requête, la requérante reproche essentiellement à la SOFICO de ne pas avoir procédé à un contrôle suffisant du montant total de l’offre de l’adjudicataire du marché, et de ne pas avoir motivé de manière suffisante ou adéquate sa décision de considérer comme acceptables les prix de l’offre l’adjudicataire pour lesquels des justifications de la part de ce dernier ont été sollicitées ;

Considérant qu’à la lumière des moyens exposés par la requérante dans sa requête, il apparaît que la décision d’attribution du marché est affectée de certaines imperfections ou imprécisions ;

Considérant qu’un retrait de cette décision afin de la refaire ou de la parfaire/ de manière à éviter un nouveau cycle de recours au Conseil d’Etat, compte tenu de l’historique du dossier, s’avère opportun ; [...]”

29. Par une décision du 5 septembre 2024, la SOFICO décide, une fois de plus, d’attribuer le marché public de services à la SA KRINKELS [...].

Cette nouvelle décision est communiquée à la SA A2 par courriel le 5 septembre [...].

Il s’agit de l’acte attaqué ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 1^{er} octobre 2024, la SA KRINKELS demande à intervenir dans la procédure en référé d’extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir sa requête.

V. Premier moyen

V.1. Thèse des parties

A. Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un premier moyen de la violation des articles 4 et 66 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de la concurrence et de son corollaire, le principe d'égalité entre soumissionnaires, et du principe de bonne administration, du devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération.

Elle soutient que l'acte attaqué ne fournit aucune information permettant de s'assurer de ce que la partie adverse a effectué une analyse approfondie des critères de sélection, alors que la partie adverse aurait dû spécifier clairement dans l'acte attaqué si la SA KRINKELS remplissait chaque critère de sélection défini dans le cahier spécial des charges.

À l'audience, la partie requérante souligne que compte tenu du niveau d'exigence et du détail des conditions de sélection définies dans le cahier des charges, la motivation formelle de l'acte attaqué devait être davantage développée. Elle répète que la motivation formelle de l'acte attaqué ne lui a pas permis de vérifier si la partie adverse a effectivement examiné si la SA KRINKELS répond bien aux conditions de sélection.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse observe que la partie requérante critique la motivation succincte dans la décision d'attribution quant à la satisfaction des conditions de sélection par la SA KRINKELS.

Or, selon elle, il résulte de la décision motivée d'attribution que la partie adverse a opéré les vérifications requises dans le respect des dispositions légales applicables (i) qui permettent d'opérer la sélection « provisoire » et, partant, l'analyse des offres sur la base des déclarations faites dans le DUME après

vérification des déclarations relatives à l'absence de dettes sociales et fiscales *via* TELEMARC. Elle précise à cet égard que la décision d'attribution constate, à l'analyse des DUME, que la SA KRINKLES répond aux conditions de sélection ; et (ii) qui obligent la vérification des déclarations sur pièces dans le chef de l'attributaire pressenti. Elle précise à cet égard que la décision d'attribution fait état de ces vérifications et de leur résultat.

Elle soutient encore que le dossier administratif, en particulier le rapport d'analyse des offres, démontre que ces dernières vérifications ont été opérées sur la base des documents remis dans l'offre et que cette vérification n'a pas soulevé de problème ou de question particulière, l'offre étant complète et détaillée quant aux conditions requises. Elle indique que la jurisprudence du Conseil d'État est constante à autoriser, dans un tel cas de figure, une motivation succincte quant à la sélection.

Elle constate enfin que la partie requérante ne soutient pas que la SA KRINKLES ne répondrait pas à l'une ou l'autre des conditions de sélection, que ce soit au regard du critère de capacité financière ou des critères de capacité professionnelle et technique.

Elle estime donc que le premier moyen n'est pas sérieux.

C. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante observe que la partie requérante fait essentiellement grief à la partie adverse de ne fournir aucune information permettant de s'assurer de ce qu'elle a effectué une analyse approfondie des critères de sélection, estimant qu'elle aurait dû spécifier clairement dans l'acte attaqué si la SA KRINKLES remplissait chaque critère de sélection défini dans le cahier spécial des charges. Elle soutient que le grief formulé l'est donc uniquement sous l'angle de la motivation, ce que confirment d'ailleurs les dispositions visées à l'appui du moyen.

Or, selon elle, la motivation de l'acte attaqué permet au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont conduit le pouvoir adjudicateur à considérer que les critères de sélection qualitative étaient remplis et répond à l'obligation légale qui repose sur le pouvoir adjudicateur.

Elle en déduit que le moyen n'est pas sérieux.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

En vertu de l'article 66, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, les marchés sont attribués sur la base du ou des critères d'attribution fixés conformément à l'article 81 de la même loi, pour autant que le pouvoir adjudicateur ait vérifié au préalable notamment que l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu de l'accès au marché et qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur.

La décision d'un pouvoir adjudicateur de sélectionner des candidats ou soumissionnaires doit reposer sur des considérations en fait et en droit exactes, pertinentes et légalement admissibles, exprimées dans une motivation formelle. Celle-ci peut être succincte lorsque la sélection des candidats ou soumissionnaires n'a pas suscité de difficultés particulières.

La partie requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir indiqué dans la motivation formelle de la décision d'attribution attaquée les informations lui permettant de s'assurer du fait que la partie adverse a vérifié concrètement si la SA KRINKELS répond à toutes les conditions de sélection.

En l'espèce, la partie adverse a fixé un critère de sélection lié à la capacité économique et financière des soumissionnaires, et quatre critères liés à la capacité technique et professionnelle de ceux-ci.

La décision d'attribution attaquée indique au point 1 « Vérification du DUME – Motifs d'exclusion et critères de sélection » que « tous les soumissionnaires ont joint à leur offre le DUME complété conformément aux exigences des documents du marché ». Au point 1.3. « Critères de sélection », la décision d'attribution attaquée indique qu'« il résulte des déclarations faites dans le DUME (ou dans l'offre) que les soumissionnaires s.a. Krinkels, s.a. A2 et s.a. Sogeplant répondent *a priori* aux conditions de sélection – capacité financière et capacité technique – définie dans le cahier des charges ». Le point 1.4. « Conclusions » fait état de la décision de la partie adverse de sélectionner provisoirement la SA KRINKELS, la partie requérante et la SA SOGEPLANT.

Ensuite, au point 4 « Vérification de l'absence de motif d'exclusion et du respect des critères de sélection qualitative dans le chef de l'adjudicataire pressenti », la décision d'attribution attaquée mentionne ce qui suit : « Considérant les vérifications opérées dans le chef de l'attributaire pressenti relativement à - sa situation au regard de l'article 67 (condamnation définitive pour certains délits), de l'article 68 (dettes fiscales et sociales) et de l'article 69, § 1^{er}, 2^o (faillite/PRJ) de la loi du 17 juin 2016 ; - aux conditions et critères de sélection de capacité financière et technique imposés par le cahier des charges. Considérant que, sur la base de ces

vérifications, la s.a. Krinkels n'est pas en situation d'exclusion et répond aux conditions de sélection ».

Bien qu'elle soit succincte, cette motivation ne comporte pas des formules stéréotypées ou générales sur lesquelles serait fondée la décision de la partie adverse de sélectionner la SA KRINKELS. Au contraire, la motivation de la décision d'attribution attaquée fait suffisamment apparaître que la partie adverse a, dans un premier temps, procédé à une sélection provisoire de trois soumissionnaires, dont la partie requérante et la partie intervenante, sur la base des DUME que ces soumissionnaires ont joints à leurs offres et a, dans un second temps, vérifié si la SA KRINKELS, en tant qu'adjudicataire pressenti, ne se situe pas dans un cas d'exclusion et répond bien aux critères de sélection fixés dans le cahier des charges. Au terme de cette seconde analyse, la partie adverse a considéré notamment que la SA KRINKELS répond aux conditions de sélection.

Le rapport d'analyse des offres versé au dossier administratif confirme que la partie adverse a vérifié concrètement si la SA KRINKELS répond à chaque critère de sélection. Il mentionne en effet ce qui suit :

6. Vérification de l'absence de motif d'exclusion et du respect des critères de sélection qualitative dans le chef de l'adjudicataire pressenti

Les services du SPW ont opéré les vérifications suivantes dans le chef de la s.a. Krinkels

- Nouvelle vérification TELEMARC relative aux dettes sociales et fiscales – néant ;
- Vérification TELEMARC relative à la faillite/PRJ – néant ;
- Vérification relative aux motifs d'exclusion de l'article 67 de la loi du 17 juin 2016 sur la base d'extraits de casier judiciaire récents (moins de 3 mois) – en ordre ;
- Vérification des critères de sélection :
 - o La s.a. Krinkels dispose d'un chiffre d'affaires global de minimum 4.150.000 € hors TVA sur les trois derniers exercices (déclarations et vérification sur la base des comptes annuels publiés) ;
 - o La s.a. Krinkels dispose des références requises (2 prestations similaires sur les trois dernières années d'un montant minimum de 1.000.000 € hors TVA) prouvées par des attestations de bonne exécution émanant des clients de référence ;
 - o La s.a. Krinkels dispose du matériel minimum requis (déclaration, photos, descriptif, etc) ;
 - o La s.a. Krinkels a fourni le descriptif de son organisation et de ses équipes ;
 - o La s.a. Krinkels dispose de l'équipe minimale requise (listing, déclarations, attestations, diplômes, etc).
- ;

Il résulte des vérifications précitées que le soumissionnaire sa Krinkels ne se trouve pas dans une situation d'exclusion et répond aux critères et conditions de sélection.

Étant donné qu'aucun élément soumis au Conseil d'État ne permet de constater que la sélection aurait suscité des difficultés particulières, la motivation de la décision attaquée ne devait pas contenir le détail de l'analyse qui a été réalisée par la partie adverse, comme en témoigne le rapport d'analyse des offres, quant à la sélection de la SA KRINKELS. Le fait que, selon la partie requérante, de nombreux documents ont dû être produits par les soumissionnaires pour apporter la preuve de ce qu'ils répondent aux conditions de sélection fixées dans le cahier des charges, n'implique pas que la sélection des soumissionnaires aurait engendré des difficultés particulières. La partie adverse n'a donc *prima facie* pas manqué à son obligation de motiver formellement sa décision de sélectionner la SA KRINKELS.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse des parties

A. Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 4, 83 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 35, 36 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de la concurrence et de son corollaire le principe d'égalité entre soumissionnaires, du principe de bonne administration, du devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération, de l'erreur, de l'inexactitude ou de l'inadéquation des motifs de droit et de fait.

Elle soutient que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en estimant que les prix de la SA KRINKELS étaient réguliers, alors que la partie adverse aurait dû qualifier l'offre de la SA KRINKELS d'irrégulière, dans la mesure où les prix totaux de cette dernière doivent être qualifiés d'anormalement bas.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse observe que la partie requérante lui reproche d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation quant à la régularité / normalité du prix total de l'offre de la SA KRINKELS, en particulier au regard de la forte diminution du prix de son offre déposée au marché avorté de 2021 ayant le même objet mais dont le métré a été revu par le pouvoir adjudicateur pour regrouper ou supprimer des postes et ajouter un poste de traitement des terres (repris préalablement en somme réservée).

Elle précise qu'il résulte de la décision motivée d'attribution que la partie adverse a vérifié tant le prix total que les prix par postes des offres, en particulier ceux de la SA A2 et de la SA KRINKELS et analysé les explications ou justifications fournies par ces deux soumissionnaires. Elle observe que ces analyses et vérifications sont confirmées et précisées par le dossier administratif, notamment le rapport d'analyse des offres. Elle indique que, quant au prix total, la partie adverse

a opéré des comparaisons au regard de son estimation et au regard de la moyenne du prix des offres des opérateurs sélectionnés et a constaté que les écarts constatés ne font pas apparaître d'apparente anormalité des prix des offres. Elle fait valoir que la partie requérante ne soutient pas que ces constats sont erronés mais reproche à la partie adverse de ne pas avoir expliqué en quoi son estimation serait surestimée. Or, selon elle, la partie adverse n'a pas à donner les motifs des motifs ni, dans le cadre de la vérification des prix des offres, à justifier son estimation de la valeur du marché. Elle observe que le Conseil d'État est par ailleurs constant à considérer que les écarts entre les prix des offres, en l'occurrence minimales, ne sont pas à eux seuls de nature à déterminer un prix (apparemment) anormal.

Elle explique ensuite qu'elle a également opéré la vérification des prix par postes qui a donné lieu à des justifications de prix apparemment anormaux pour des postes non négligeables. La partie adverse a accepté les justifications fournies pour les motifs repris dans sa décision qui démontrent que les justifications ont été analysées. La requérante ne reproche pas d'erreur manifeste d'appréciation dans l'acceptation de ces justifications.

Elle soutient que la diminution de prix au regard d'un marché précédent, similaire mais non identique dans la détermination des prix, ne suffit pas à elle seule à considérer pour autant que le prix serait anormal, ce qu'elle a constaté dans sa décision motivée. Elle considère qu'elle ne commet pas d'erreur manifeste d'appréciation à opérer un tel constat, soutenu par la jurisprudence récente du Conseil d'État.

Elle fait encore valoir qu'en tout état de cause, elle a demandé à la SA KRINKELS des explications quant à sa diminution de prix, que la partie adverse a analysé les justifications transmises – sous le strict sceau de la confidentialité - et les a acceptées pour les motifs repris dans sa décision d'attribution et précisés dans son rapport d'analyse des offres. Elle indique que ces motifs sont critiqués par la partie requérante au regard de leur caractère vague ou stéréotypé. Elle estime qu'outre que ces motifs ne sont ni vagues ni stéréotypés, le Conseil d'État est constant à considérer que les impératifs de confidentialité permettent à la SOFICO d'être brève et générale dans sa décision motivée d'attribution quant aux motifs qui l'ont conduite à accepter ces justifications pour autant que le dossier administratif les confirme et précise. Selon elle, il ne peut dès lors lui être reproché un défaut de motivation dans les motifs qui ont conduit la partie adverse à accepter ces justifications. Elle précise que le Conseil d'État peut vérifier, sur la base de la justification fournie (pièce confidentielle du dossier administratif) que la partie

adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation à l'accepter pour les motifs indiqués dans sa décision (et son rapport d'analyse des offres).

Selon elle, la vérification des prix n'a pas pour objet d'expliquer ou justifier les écarts - minimes en l'occurrence - entre les prix totaux des offres mais bien de s'assurer, d'une part, que ces prix permettent d'exécuter les prestations objet du marché dans le respect des conditions du cahier des charges et, d'autre part, de l'absence de spéculation dans le chef des soumissionnaires. Elle considère que la vérification du prix total de l'offre de la SA KRINKELS, opérée par la partie adverse, répond à ces exigences. Enfin, elle précise que la partie requérante n'indique au demeurant pas en quoi ou pourquoi le prix proposé par la SA KRINKELS pour le marché litigieux serait anormalement bas, si ce n'est au regard de la diminution par rapport au marché de 2021. Celle-ci ne peut, à elle seule, permettre de considérer que le prix serait anormalement bas.

Elle conclut que le moyen n'est pas sérieux.

C. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante observe que l'examen du développement de la critique de la partie requérante démontre que celle-ci s'attache uniquement à contester la motivation de l'acte attaqué quant à l'acceptation des justifications apportées par la SA KRINKELS pour démontrer la normalité de son prix global. Or, selon elle, la motivation de l'acte attaqué permettrait au destinataire de l'acte, ainsi qu'à l'instance de recours, de comprendre les raisons qui ont conduit le pouvoir adjudicateur à considérer que le prix total de l'offre est régulier, ces raisons étant, par ailleurs, sous-tendues par les informations contenues dans le dossier administratif. Elle en déduit que le moyen, tel qu'il est développé par la partie requérante, n'est pas sérieux.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

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

A sa demande, les soumissionnaires fournissent au cours de la procédure de passation, toutes les indications permettant cette vérification ».

L'article 33 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme il suit :

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

L'article 35 de l'arrêté royal précité porte que :

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

En application des dispositions précitées, le pouvoir adjudicateur a l'obligation de procéder à une vérification concrète des prix.

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

S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans la motivation de sa décision pourquoi un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en reste pas moins qu'il doit ressortir de la décision ou, à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé à une vérification concrète des prix.

Lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur le caractère normal d'un prix, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée.

Il y a lieu de constater que la partie adverse a procédé à une vérification concrète des prix, tant en ce qui concerne les prix totaux que les prix unitaires par postes proposés par les soumissionnaires, comme il ressort de la décision d'attribution attaquée et du dossier administratif, notamment du rapport d'analyse des offres.

Par ailleurs, par un courrier du 5 juin 2024, la partie adverse a demandé à la SA KRINKELS de fournir, sur la base de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, des explications quant à « l'importance de réduction » du prix total de son offre au regard du prix qu'elle a remis dans la procédure d'attribution de 2021. La SA KRINKELS a alors fourni les explications sollicitées, par un courrier du 17 juin 2024.

La partie adverse s'est donc bien assurée d'être en possession de l'ensemble des éléments lui permettant de comprendre les prix proposés et de vérifier concrètement leur normalité.

La partie requérante soutient en substance que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant, au terme de cette vérification des prix sur la base de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, que le prix total de la SA KRINKELS est normal.

En ce qui concerne la vérification des prix totaux, la décision d'attribution attaquée est motivée comme il suit :

2.6.1. Prix totaux

Considérant qu'il existe des écarts de prix importants entre les prix des offres et la valeur du marché telle qu'estimée par les services du Pouvoir adjudicateur au lancement du marché. En particulier, l'offre de la s.a. Krinkels est inférieure de 25% au regard de cette estimation et l'offre de la s.a. A2 en est inférieure de 20%. Cette différence ne permet pas de conclure à l'apparente anormalité des prix totaux ; il semble en réalité que les services du SPW ont surestimé la valeur du marché puisque toutes les offres déposées sont (parfois nettement) inférieures à son estimation.

Que par ailleurs, la s.a. A2 a attiré l'attention de la SOFICO – par un courrier du 13 décembre 2023 – sur le fait que le prix total proposé par la s.a. Krinkels est nettement inférieur (diminution de 680.000 € environ) à celui que ce soumissionnaire avait proposé pour le marché précédent (avorté) et est similaire à celui qui avait été proposé par la s.a. A2 dans le cadre de ce marché de 2021 (environ 2.500.000 €). Au regard du contexte économique (augmentation des coûts), de l'addition du poste 300 et du fait que son offre avait, en 2021, été rejetée pour prix anormalement bas, la s.a. A2 en déduisait que le prix de la s.a. Krinkels ne serait pas réaliste voire qu'il serait spéculatif. Ces éléments fondaient également – principalement – la requête en suspension de la s.a. A2 du 26 avril 2024.

Après réexamen des prix totaux des offres, le pouvoir adjudicateur considère que la diminution du prix total de la s.a. Krinkels ne permet pas de considérer pour autant qu'il serait apparemment anormalement bas, pour les raisons suivantes :

- si l'offre de la s.a. A2 a dû être écartée en 2021, c'est en raison de prix jugés anormaux pour uniquement – à terme – deux postes non négligeables et **non au regard du montant total de son offre**. La réglementation oblige en effet à écarter l'offre lorsque des prix anormaux sont constatés pour au moins un poste non négligeable. Si la décision a été censurée par le Conseil d'Etat, c'est au motif que le pouvoir adjudicateur avait *prima facie* modifié la portée des prescriptions du cahier des charges (ou tenu compte de données dont la s.a. A2 ne disposait pas). Il n'en restait pas moins que, pour les postes litigieux, le pouvoir adjudicateur devait/pouvait légitimement craindre l'anormalité des prix proposés par la s.a. A2, ce qui a notamment justifié qu'il abandonne la procédure et la relance sur la base d'un cahier des charges modifié.

La s.a. A2 se trompe dès lors lorsqu'elle indique (dans sa dénonciation de décembre 2023 et son recours d'avril 2024) que son offre avait été rejetée, en 2021, pour un prix (total) anormalement bas ; ce prix total n'a pas été jugé

(apparemment) anormalement bas et l'offre de la s.a. A2 n'a pas été rejetée pour ce motif.

- Si l'on compare les prix totaux des offres entre eux, les écarts sont peu importants
 - o au regard de la moyenne des prix totaux des trois offres (régulières de soumissionnaires sélectionnés), l'offre de la s.a. Krinkels en est inférieure de 8% ;
 - o La différence entre l'offre de la s.a. Krinkels et celle de la s.a. A2 est peu importante au regard de leur prix total respectif (environ 2.500.000 € - hors TVA- pour la s.a. Krinkels et environ 2.690.000 € - hors TVA -pour la s.a. A2).
- Enfin, si l'on compare l'évolution du prix total des offres de la s.a Krinkels et de la s.a. A2 (prix 2023 au regard du prix du marché avorté de 2021),
 - o Le prix total de la s.a. A2 a légèrement augmenté par rapport à son prix de 2021 ; on note une augmentation d'environ 10%, dont environ la moitié est liée au nouveau poste 300 ; le prix déposé par la s.a. A2 pour ce poste 300 est légèrement inférieur à l'estimation qui en avait été faite (en 2023) alors que celle de la s.a. Krinkels lui est légèrement supérieure ;
 - o Le prix de la s.a. Krinkels a, en revanche, nettement diminué (environ 680.000 € en moins) malgré le surcout lié au poste additionnel 300. Vu le contexte économique et la dénonciation/requête de la s.a. A2, le pouvoir adjudicateur a demandé à la s.a. Krinkels d'expliquer cette diminution (art.35 A.R 18/04/2017) qui, au regard des éléments précités n'avait toutefois pas fait craindre de prix apparemment anormal. La réponse transmise (sous le sceau de la stricte confidentialité) est détaillée, précise et complète. Elle permet de comprendre les réductions de prix pour plusieurs divisions de postes du métré et partant le prix total diminué de l'offre (en lien et en ligne pour certains éléments avec certaines justifications de prix par postes -cfr infra). Les éléments qui expliquent ces diminutions visent principalement des changements dans les modalités et moyens de réalisation des travaux (qui sont propres au soumissionnaire) mais également (dans une moindre mesure) la réorganisation du métré (regroupement ou suppression de postes, voire diminution de quantités).

Pour les motifs précités et tenant compte par ailleurs de l'examen des prix par postes, le pouvoir adjudicateur estime que les prix totaux des offres restant en lice – en particulier ceux de la s.a. Krinkels et de la s.a. A2 - ne sont pas apparemment anormaux.

Premièrement, la partie requérante estime que la considération de la partie adverse selon laquelle l'écart entre le prix total de l'offre de la SA KRINKELS et l'estimation de la valeur du marché n'est pas un indice d'un prix anormal puisque cette valeur du marché a été surévaluée par la partie adverse étant donné que toutes les offres sont inférieures à cette estimation, est trop générale et non-étayée. À l'audience, elle insiste sur le contexte particulier dans lequel la décision d'attribution attaquée a été adoptée et, plus particulièrement, sur le fait que le motif précité est apparu pour la première fois au stade de la décision d'attribution attaquée qui clôture une longue procédure d'attribution.

Il ressort d'un examen du rapport d'analyse des offres qu'il existe effectivement un écart d'environ - 25 % entre le prix proposé par la SA KRINKELS (2.498.847,66 EUR) et l'estimation de la valeur du marché (3.340.674,6 EUR), mais

également un écart de - 20 % entre le prix proposé par la partie requérante et cette estimation, ainsi qu'un écart de - 10 % entre le prix proposé par la SA SOGEPLANT et cette même estimation.

La motivation de la décision d'attribution attaquée révèle également que l'estimation de la valeur du marché a été faite par le SPW et la partie adverse, d'une part, sur la base d'une analyse des prix détaillés par poste remis en 2021 par les soumissionnaires, et non plus sur les prix de l'adjudicataire sortant « dès lors qu'il résultait de la mise en concurrence de 2021 que ses prix, pour certains postes, semblaient élevés (sans être anormaux) au regard des offres concurrentes [...] », et, d'autre part, en tant compte des modifications apportées au cahier spécial des charges.

L'examen du dossier administratif effectué en extrême urgence et notamment du rapport d'analyse des offres de la procédure d'attribution du marché de 2021 confirme que la valeur du marché litigieux a été établie, à tout le moins en partie, sur la base (d'une moyenne) des prix remis par les soumissionnaires lors de la procédure d'attribution de 2021.

Par ailleurs, il est exact que les prix totaux de l'ensemble des soumissionnaires ayant remis une offre lors de la procédure d'attribution de 2023 présentent des écarts parfois importants par rapport à l'estimation de la valeur du marché, comme c'est aussi le cas pour la partie requérante.

Dès lors, la partie adverse a pu estimer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que la valeur du marché litigieux a été surestimée. Il s'ensuit également que ne constitue pas davantage une erreur manifeste d'appréciation le fait d'avoir considéré que l'écart du prix total de la SA KRINKELS par rapport à cette valeur surestimée du marché peut, en l'espèce, ne pas constituer un indice d'un prix anormal.

La circonstance que ce motif est apparu pour la première fois au stade de la décision d'attribution attaquée et qu'il n'a pas servi à fonder la décision d'attribution du 29 mars 2024, retirée par une décision du 31 mai 2024, ne suffit pas, à elle seule, à modifier ce constat et, dès lors, à établir une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse.

Deuxièmement, la partie requérante critique la motivation de la décision d'attribution attaquée en ce qu'elle mentionne que la diminution du prix total de la SA KRINKELS par rapport au prix que ce soumissionnaire a remis lors de la procédure d'attribution de 2021, en dépit de l'ajout d'un poste important à

l'inventaire (le poste 300), ne permet pas à la partie adverse de constater l'anormalité de ce prix. La partie requérante estime que cette motivation est vague et abstraite.

La motivation de la décision d'attribution révèle, tout d'abord, que « vu le contexte économique et la dénonciation/requête de la s.a. A2 » la partie adverse a interrogé la SA KRINKELS sur cette diminution du prix, qui « au regard des éléments précités n'avaient toutefois pas fait craindre de prix apparemment anormal ».

Les « éléments précités » auxquels il est ainsi renvoyé sont les considérations suivantes de la partie adverse : (i) la valeur du marché est surestimée, de sorte que l'écart entre le prix total de la SA KRINKELS et cette valeur du marché ne fait pas apparaître de prix anormal ; (ii) si l'offre de la partie requérante a été écartée en 2021 pour prix anormalement bas, et si le prix remis par la partie requérante en 2021 est similaire à celui que la SA KRINKELS a proposé pour le marché litigieux de 2023, il n'y a pas d'indice d'un prix anormal puisque l'offre de la partie requérante a été écartée, non pas au regard du montant total de l'offre, mais en raison de prix jugés anormaux pour deux postes non négligeables uniquement ; (iii) l'écart du prix total de la SA KRINKELS au regard de la moyenne des prix totaux des trois soumissionnaires sélectionnés est peu important (moins de 8%) ; (iv) la différence entre le prix total de la SA KRINKELS et celui de la partie requérante est peu importante.

À cet égard, il y a lieu de constater que, hormis le motif lié à l'écart entre le prix total de la SA KRINKELS et la valeur du marché qui a été, selon la partie adverse, surestimée (motif qui, comme il a été jugé ci-dessus, ne révèle pas une erreur manifeste d'appréciation), les considérations précitées ne sont pas concrètement critiquées par la partie requérante, qui se limite à soutenir qu'elles seraient vagues et abstraites. Or, comme il peut ressortir d'un examen effectué en extrême urgence de ces motifs qui ne sont pas contestés plus en détail par la partie requérante, ceux-ci ne font pas apparaître une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse.

La motivation de la décision d'attribution révèle encore que la partie adverse a considéré que la réponse transmise par la SA KRINKELS par courrier du 17 juin 2024 était « détaillée, précise et complète » et « permet de comprendre les réductions de prix pour plusieurs divisions de postes du mètre et partant le prix total diminué de l'offre » avant de préciser que « les éléments qui expliquent ces diminutions visent principalement des changements dans les modalités et moyens de réalisation des travaux (qui sont propres au soumissionnaire) mais également (dans

une moindre mesure) la réorganisation du métré (regroupement ou suppression de postes, voire diminution de quantités) ».

Etant donné que les explications que la SA KRINKELS a données, dans son courrier du 17 juin 2024, sur la diminution de 680.000 EUR environ de son prix total par rapport au prix total qu'elle avait remis en 2021, relèvent du secret d'affaires et sont, à ce titre, confidentielles, il ne peut être reproché à la partie adverse de n'avoir fourni, dans la motivation de la décision attaquée, que le résumé de ces explications et de ne pas y avoir révélé davantage de détails. Pour cette même raison, la partie requérante ne peut être suivie lorsqu'elle considère que le motif selon lequel des « changements dans les modalités de réalisation des travaux, la réorganisation du métré et le regroupement et suppression de postes » expliquent, selon la partie adverse, la diminution du prix de la SA KRINKELS, correspondrait à une formulation stéréotypée et sans précision.

Enfin, l'examen du dossier administratif confidentiel effectué en extrême urgence fait apparaître que le résumé, dans la motivation formelle de la décision d'attribution attaquée, des explications fournies par la SA KRINKELS correspond effectivement aux informations contenues dans le courrier de ce soumissionnaire du 17 juin 2024. Par ailleurs, la partie adverse a pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que ces explications sont de nature à expliquer la diminution du prix total de la SA KRINKELS, de sorte que celui-ci ne paraît pas anormal.

En conséquence, le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un troisième moyen de la violation des articles 86 et 79 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de la concurrence et de son corollaire le principe d'égalité entre soumissionnaires, du principe de bonne administration devoir de minutie et notamment de la vérification des faits pris en considération.

Elle soutient que l'acte attaqué fait mention d'une réorganisation du métré, du regroupement ou suppression de postes, voire d'une diminution des quantités par la SA KRINKELS, justifiant la diminution du prix de son offre, sans examiner la régularité de ces modifications dans la décision d'attribution.

Or, selon elle, la partie adverse est tenue de faire mention de rectifications ou modifications apportées au métré par un soumissionnaire et de justifier pour quelles raisons elle a décidé d'une absence d'irrégularité substantielle de l'offre.

À l'audience, la partie requérante soutient que si la partie adverse a modifié le métré, comme elle le prétend, il lui appartenait de le mentionner dans l'acte attaqué. Elle se réfère pour le surplus à la sagesse du Conseil d'État.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

La décision d'attribution attaquée fait état d'une « réorganisation du métré (regroupement ou suppression de postes, voire diminution de quantités) ».

Le troisième moyen repose sur le postulat que cette phrase, qui se situe dans la partie relative à la vérification des prix totaux, signifie que la SA KRINKELS aurait apporté des modifications à certains postes de l'inventaire du marché.

La partie adverse fait valoir que c'est bien elle, et non pas la SA KRINKELS, qui a réorganisé le métré et, plus précisément, a revu l'inventaire de la procédure d'attribution de 2023 par rapport à celui de la procédure d'attribution de 2021.

Il ressort d'un examen *prima facie* de l'inventaire rempli par la SA KRINKELS dans son offre, ainsi que du courrier du 17 juin 2024 de ce soumissionnaire à la partie adverse contenant les explications quant à son prix total, que la mention, dans la motivation de la décision d'attribution, de la « réorganisation du métré (regroupement ou suppression de postes, voire diminution de quantités) » à titre d'explications admises par la partie adverse du prix total de la SA KRINKELS, ne peut avoir visée une modification apportée à l'inventaire par la SA KRINKELS, mais bien une évolution de la structuration de l'inventaire du marché litigieux par rapport à celui de 2021.

Le troisième moyen, tel qu'il est formulé aux termes de la requête, repose dès lors sur un postulat erroné en fait.

À l'audience, la partie requérante fait valoir que la partie adverse aurait dû préciser dans la motivation formelle de la décision d'attribution attaquée que c'est bien elle, et non la SA KRINKELS, qui est à l'origine de la modification de l'inventaire de 2023.

Sans qu'il ne soit nécessaire de juger si ce grief est tardif et, partant, irrecevable, il y a lieu d'observer qu'en toute hypothèse, il a dû être possible pour la partie requérante de comprendre que, par la mention en question, était visée une réorganisation de l'inventaire par la partie adverse et non par la SA KRINKELS. D'une part, cette mention se situe dans la partie de la décision d'attribution attaquée relative à la comparaison des prix totaux de la SA KRINKELS et de la partie requérante remis en 2023 par rapport à leurs prix totaux remis en 2021. D'autre part, la décision d'attribution fait encore état de la réorganisation de l'inventaire de 2023 par rapport à celui de 2021 dans la partie relative à l'examen des prix unitaires, qui contient la phrase suivante : « vu la réorganisation de l'inventaire des postes du marché (au regard du marché de 2021), le nombre de postes non négligeables a augmenté ». Le grief n'est donc pas sérieux.

En conséquence, le troisième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Confidentialité

La partie requérante demande de garantir la confidentialité de son offre, qu'elle ne dépose pas, et de ses justifications de prix (pièces 5, 18 et 28).

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres de la partie requérante et de la partie intervenante (pièces E et F). Elle dépose également à titre confidentiel un tableau comparatif des prix (pièce G), les échanges entre elle et respectivement la partie requérante et la partie intervenante concernant des justifications de leurs prix (pièces A à D) et le courrier de la partie intervenante comportant l'explication de ses prix (pièce H).

La partie intervenante demande le respect de la confidentialité de son offre (pièces A.1 à A.3) et de sa réponse « apportée aux questions de la SOFICO » ce qui peut être interprété comme visant les pièces C et H du dossier administratif

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

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

Article 1^{er}

La requête en intervention introduite par la SA KRINKELS est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 5, 18 et 28 annexées à la requête, A à H du dossier administratif et A.1 à A.3 annexées à la requête en intervention sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 10 octobre 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Michèle Belmessieri,
Nathalie Roba

conseillère d'État, présidente f.f.,
greffière.

La greffière,

La Présidente,

Nathalie Roba

Michèle Belmessieri