CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 262.034 du 20 janvier 2025

A. 243.779/VI-23.226

En cause : **la société anonyme ELOY TRAVAUX**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Jean-Luc TEHEUX, avocat,
rue de Harlez 26
4000 Liège,

contre :

l'Opérateur de Transport de Wallonie,
ayant élu domicile chez
M^es^ Bruno LOMBAERT, Nicolas CARIAT et Roxane DELFORGE, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 20 décembre 2024, la partie requérante demande la suspension de l'exécution de la décision :

« - de considérer l'offre de la SSM GALERE-DUCHENE comme complète et régulière ;

- d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus avantageuse, à savoir la SSM GALERE - DUCHENE, rue Joseph Dupont 73 à 4053 Chaudfontaine, pour le montant de 19.425.093,54 € TVAC (TVA 0% autoliquidation). Ce marché est divisé 15 lots dont le lot 2 concernant la construction des "Infrastructures privées : égouttages, voiries et abords y compris les clôtures, les parcs au Nord et la liaison cyclo-piétonne à l'Est" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 23 décembre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 13 janvier 2025.

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.

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

M^e^ Jean-Luc Teheux, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Nicolas Cariat, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Marie Lambert De Rouvroit, 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 2 juillet 2024, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications (BDA) et au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE) un avis relatif à une procédure ouverte de passation d'un marché de travaux visant à la construction du nouveau dépôt TEC à Tilleur.

Le marché est divisé de la manière qui suit en 15 lots :

- LOT 1 : entreprise Pilote + Bâtiment
- LOT 2 : Infrastructures privées
- LOT 3 : Lot SPAQUE
- LOT 4 : Voiries et espaces à vocation publique
- LOT 5 : Lot SPW-MI
- LOT 6 : Cabine de peinture
- LOT 7 : Elévateurs encastrables
- LOT 8 : Distribution des fluides
- LOT 9 : Passerelles de travail en toiture
- LOT 10 : Nettoyage des autobus
- LOT 11 : Equipements de contrôle d'autobus
- LOT 12 : Fosses
- LOT 13 : Redressage de châssis
- LOT 14 : pompes et citernes à diesel

- LOT 15 : Extracteurs de gaz d’échappement

Les 10 juillet 2024, 17 juillet 2024, 7 août 2024 et 12 août 2024 sont publiés au BDA et au JOUE des avis rectificatifs visant à avertir les soumissionnaires de modifications apportées à certains documents du marché.

À l’issue de ces multiples publications, la date limite de réception des offres est fixée le 26 août 2024.

2. Le cahier spécial des charges précise, au sujet du lot 2 « infrastructures privées » qu’il comprend les travaux d’égouttages, les voiries et abords y compris les clôtures, les parcs au Nord et la liaison cyclo-piétonne à l’Est.

Les clauses administratives du cahier spécial des charges comprennent la précision suivante au sujet du financement de la totalité du marché :

« I.15 Financement européen

L’attention des Soumissionnaires est spécifiquement attirée sur le fait que le Marché est financé par l’OTW sur la base de fonds européens qui lui ont réservés dans le cadre du Plan national pour la reprise et la résilience (PNRR). La mise à disposition de ces fonds par les autorités européennes subsidiantes (qui est indispensable à la réalisation du présent marché) est conditionnée par la mise en service effective du Mobi’Park TEC dans un délai défini et par le respect de différents jalons intermédiaires ».

3. La requérante remet une offre pour les lots 1, 2, 3 et 4. Concernant le lot 2, l’offre de la requérante est d’un montant total de 14.992.120,40 euros TVAC. Une société simple momentanée constituée des sociétés GALERE et DUCHENE est le seul autre opérateur économique qui dépose une offre pour le même lot, d’un montant de 20.441.907,14 euros TVAC.

À la suite de la vérification arithmétique des offres, ces montants sont toutefois ultérieurement rectifiés par la partie adverse à, respectivement, 15.229.223,40 euros TVAC pour la requérante et 19.425.093,54 euros TVAC pour la SSM GALERE-DUCHENE.

4. Le 19 septembre 2024, la partie adverse demande à la requérante, dans un courrier se donnant pour fondement l’article 43 de l’arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, de « fournir les informations relatives » à 21 des prix unitaires de son offre pour le lot 2.

Elle adresse le même jour une demande, formulée en des termes identiques, à la SSM GALERE-DUCHENE au sujet de 9 postes du même lot.

5. La requérante et la SSM GALERE-DUCHENE répondent toutes deux à ces demandes d'informations par courriers du 27 septembre 2024.

6. Le 21 novembre 2024, le rapport d'examen relatif aux offres déposées pour le lot 2 est finalisé par la Direction Liège-Verviers et le Service achats de la partie adverse. Il conclut à la sélection des deux soumissionnaires.

Ce rapport énonce que pour trois postes (468, 79 et 169), les « justificatifs » apportés par la requérante à l'occasion du contrôle des prix mettent « en évidence des non-conformités techniques de l'offre au regard des plans et clauses techniques du CSC », et que ces non-conformités « présentent chacune un caractère substantiel et justifient chacune séparément (et *a fortiori* cumulativement) l'écartement de l'offre pour irrégularité substantielle ».

Les auteurs du rapport considèrent par ailleurs ce qui suit au sujet des prix unitaires pour lesquels la SSM GALERE-DUCHENE a été interrogée :

> « L'analyse des justificatifs apportés par la SSM GALERE-DUCHENE ne laisse subsister aucune suspicion de prix anormal. Les prix unitaires de l'offre de cette dernière sont considérés comme normaux et l'offre est déclarée régulière ».

Le rapport propose en conséquence de constater la régularité de la seule offre de la SSM GALERE-DUCHENE, et d'attribuer le marché à cet opérateur économique.

7. Le 4 décembre 2024, la partie adverse décide « d'approuver le rapport d'examen des offres du 21 novembre 2024 […] », de « considérer le rapport d'examen des offres (et ses annexes) comme partie intégrante de [sa] décision » et d' « attribuer le marché ayant remis l'offre la plus avantageuse, à savoir la SSM GALERE-DUCHENE […] pour le montant de 19.425.093,54 € TVAC (TVA 0% autoliquidation) ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Moyen unique

IV.1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique pris de « la violation de l'adage "*patere legem quam ipse fecisti*" ; la violation de l'article 44 de l'AR du 18 juin 2017 concernant la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux ; de la commission d'une erreur manifeste d'appréciation ; de la violation de l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 concernant les marchés publics ainsi que du principe d'égalité et de transparence ; des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et consécutivement de la commission par la partie adverse d'une erreur manifeste d'appréciation ; du principe de bonne administration et de son corollaire le devoir de minutie ».

Elle résume son moyen comme suit :

> « Première branche : […] Violation de l'art.44 "passation dans les secteurs spéciaux", de l'adage *patere legem quam ipse fecisti* et erreur manifeste d'appréciation
>
> La partie adverse a défini dans le rapport d'examen des offres les conditions dans lesquelles "le prix unitaire d'un poste significatif est considéré comme éventuellement anormal" et justifie une interrogation des soumissionnaires. Selon qu'il s'agisse d'un prix anormalement bas ou haut, la partie adverse a ainsi arrêté différents écarts de l'ordre de 15 à 30 % entre le prix unitaire proposé par le soumissionnaire et la moyenne des offres et/ou de l'estimation ; écarts justifiant donc une interrogation du soumissionnaire.
>
> Dans le cadre de ce contrôle des prix, la partie adverse a constaté que l'offre de l'attributaire "comprend 9 postes significatifs dont le prix unitaire rencontre l'une des conditions ci-dessus" (page 9 du rapport d'examen des offres dressé par le TEC). L'on comprend - bien que cela ne soit pas plus amplement explicité dans l'acte querellé - que certains prix compris dans l'offre de l'attributaire présentaient donc des écarts d'un pourcentage de 15 à 30 % de la moyenne des offres ou de l'estimation (selon le cas) et conséquemment que ces prix semblaient anormalement bas ou élevés selon les conditions que la partie adverse avait elle-même définies dans le rapport d'examen des offres.
>
> Ce n'est néanmoins pas sur la base de l'article 44 de l'AR "passation-secteurs spéciaux" que la partie adverse interrogera l'attributaire, mais sur la base de l'article 43 de cet AR. Le recours unique à cette disposition – qui constitue la première étape du contrôle des prix – n'est légalement pas admissible. La suspicion d'un prix anormal à la suite d'une première vérification des prix lui imposait de mettre en œuvre la procédure prévue par l'article 44 précité et partant d'interroger et d'inviter l'attributaire à justifier ses prix de manière concrète, sérieuse et bien étayée. Ce faisant, l'acte querellé contrevient à cette disposition.

Par ailleurs, en s'écartant de la méthode préalablement définie dans le rapport d'examen des offres et en s'abstenant d'interroger l'attributaire sur l'anormalité de certains des prix unitaires proposés en application de l'article 44 précité, la partie adverse s'est écartée du *modus operandi* qu'elle avait pourtant défini, contrevenant de la sorte à l'adage "*patere legem quam ipse fecisti*".

Deuxième branche : Violation des obligations légales de motivation formelle et matérielle et du devoir de minutie

La décision de ne pas considérer comme anormaux les prix de l'offre de l'attributaire doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels l'adjudicateur a fondé cette décision. Or :

- en s'abstenant d'interroger l'attributaire sur pied de l'article 44 précité, la partie adverse se soustrait sciemment à l'obligation de motivation formelle renforcée et corrélativement fait obstacle à toutes possibilités dans le chef de la requérante de contrôler *de facto* que les prix offerts par l'attributaire sont, soit justifiés (en cas d'anormalité), soit conformes aux prix du marché.

- En toute hypothèse, la simple affirmation contenue dans l'acte querellé selon laquelle "l'analyse des justificatifs apportés par la SSM GALERE-DUCHENE ne laisse subsister aucune suspicion de prix anormal" est parfaitement insuffisante aux regards des obligations visées sous cette branche ».

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse résume de cette manière sa réponse à la première branche du moyen unique :

« Dans la réfutation de la première branche du moyen, la partie adverse démontre qu'en l'absence de toute suspicion d'anormalité dans les prix de l'offre du soumissionnaire GALERE-DUCHENE à l'issue de la vérification des prix effectuée sur la base de l'article 43 de l'arrêté royal secteurs spéciaux, la partie adverse n'avait aucune raison d'enclencher le mécanisme d'examen des prix conformément à l'article 44 de l'arrêté royal susvisé ».

Le résumé de sa réponse à la deuxième branche du moyen se présente par ailleurs comme suit :

« Dans la réfutation de la deuxième branche du moyen, la partie adverse soutient qu'en l'absence de nécessité de procéder à l'examen des prix conformément à l'article 44 de l'Arrêté royal Secteurs spéciaux, il n'était pas nécessaire de "renforcer" la motivation de la décision à cet égard. Il ressort à suffisance de la décision motivée d'attribution et du dossier administratif que la partie adverse a procédé à la vérification des prix ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Principes applicables

L'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, que l'article 153, 3°, de la même loi rend applicable aux marchés publics passés dans les secteurs spéciaux, impose au pouvoir adjudicateur ou à l'entité adjudicatrice de procéder à la vérification des prix des offres et lui permet de demander aux soumissionnaires les indications nécessaires à cette fin.

L'objectif de la réglementation sur le contrôle des prix est double : d'une part, protéger l'entité adjudicatrice 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 de l'entité adjudicatrice et des deniers publics; d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence en évitant que l'entité adjudicatrice 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.

Les articles 41, 43 et 44, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux précisent la manière dont la vérification des prix et des coûts doit s'opérer. Ce contrôle se déroule en deux étapes. Suivant l'article 41, « […] l'entité adjudicatrice procède à une vérification des prix ou des coûts de l'offre conformément à l'article 43 et, en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés, elle procède à un examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 44 ».

Dans le cadre de la vérification des prix et des coûts imposée par l'article 43, l'entité adjudicatrice dispose d'un large pouvoir d'appréciation, tant dans le choix de la méthode de vérification des prix ou des coûts que pour considérer, au terme de ce contrôle, que certains prix ou coûts lui semblent anormalement bas ou élevés.

Lorsqu'il existe une suspicion de prix anormal à l'issue de cette vérification des prix, l'entité adjudicatrice est tenue de procéder à un examen des prix et des coûts conformément à l'article 44, en invitant le soumissionnaire « à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal » et en portant sur ces justifications une appréciation concrète et effective.

À l'issue de l'examen des prix, la décision de considérer, ou de ne pas considérer, comme anormaux les prix ou les coûts de l'offre doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments concrets sur lesquels l'entité adjudicatrice a fondé cette décision. Il en va d'autant plus ainsi que l'entité adjudicatrice dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, dont le corollaire est une obligation de motivation étendue.

B. Application au cas d'espèce

La requérante affirme en substance que la partie adverse, bien qu'elle ait considéré que certains prix unitaires de l'offre de la SSM GALERE-DUCHENE étaient apparemment anormaux, n'a pas procédé à un examen des prix de cet offre, comme le requiert l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, et n'a pas énoncé, dans la motivation formelle de sa décision, les motifs lui permettant de considérer que les prix concernés étaient bien normaux.

La partie adverse affirme quant à elle n'avoir pas considéré que certains prix des offres étaient apparemment anormaux, n'avoir procédé qu'à une vérification des prix des soumissionnaires, sur le fondement de l'article 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité, et avoir acquis la certitude, à l'issue de celle-ci, que les prix unitaires et les coûts de l'offre de la SSM GALERE-DUCHENE n'étaient pas anormaux. Elle soutient dès lors ne pas avoir réalisé un examen des prix, en application de l'article 44 du même arrêté, et en conséquence ne pas avoir l'obligation de motiver en la forme son appréciation quant à la normalité des prix.

Le rapport d'examen des offres rédigé par la Direction Liège-Verviers et le Service achats de la partie adverse, qui fait partie intégrante de la décision d'attribution, comporte l'explication suivante au sujet du contrôle des prix réalisé par les services de la partie adverse :

« 2. Postes unitaires significatifs

Les postes unitaires significatifs sont ceux pour lesquels le montant atteint 0.5 % du montant global moyen des offres.

Le nombre d'offres déposées étant de 2, la moyenne des montants a été calculée en tenant compte des deux offres et de l'estimation.

3. Prix anormaux

Le prix unitaire d'un poste significatif est considéré comme éventuellement anormal et fait l'objet d'une analyse complémentaire, voire d'une demande

d’information et/ou de justification afin de statuer sur son caractère normal ou anormal s’il répond aux critères suivants :

Anormalement bas:

Le prix se situe plus de 15% sous le prix correspondant le plus bas des autres offres et ;

Le prix se situe plus de 20% sous la moyenne des prix unitaires du poste correspondant et ;

Le prix se situe plus de 20% sous l’estimation du poste correspondant.

OU

Anormalement haut:

Le prix se situe plus de 15% au-dessus du prix correspondant le plus élevé des autres offres et ;

Le prix se situe plus de 30% au-dessus de la moyenne des prix unitaires du poste correspondant et ;

Le prix se situe plus de 30% au-dessus de l’estimation du poste correspondant et ;

La différence, pour autant qu’elle soit positive, entre le montant du poste et la moyenne du poste correspondant est supérieure à 0.5% du montant total de l’offre ».

Il ressort de cette explication que les services de la partie adverse ont eux-mêmes qualifié d’« anormalement bas » ou d’ « anormalement haut » les prix des « postes unitaires significatifs » qui correspondaient aux critères ainsi fixées. Ils en ont identifié 21 dans l’offre de la requérante et 9 dans celle de la SSM GALERE-DUCHENE.

Le rapport d’examen des offres contient par ailleurs les motifs suivants au sujet des « justificatifs » apportés par la SSM GALERE-DUCHENE dans son courrier du 27 septembre 2024 :

« L’analyse des justificatifs apportés par la SSM GALERE-DUCHENE ne laisse subsister aucune suspicion de prix anormal. Les prix unitaires de l’offre de cette dernière sont considérés comme normaux et l’offre est déclarée régulière ».

La partie adverse fait donc état d’une « suspicion de prix anormal » qui a été, selon son appréciation, levée à l’analyse des justificatifs de l’attributaire du marché.

Les motifs du rapport d’attribution, notamment les motifs qui précèdent, font partie intégrante de l’acte attaqué. La partie adverse ne peut donc être suivie lorsqu’elle affirme n’avoir jamais considéré que certains prix unitaires des offres des deux soumissionnaires étaient apparemment anormaux. Il doit au contraire être

constaté que, selon l'appréciation de la partie adverse, plusieurs prix des deux soumissionnaires présentaient bien une apparence d'anormalité.

Dans ces circonstances, la partie adverse était tenue de recourir à la procédure d'examen des prix prévue par l'article 44 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 et, sauf l'éventuelle hypothèse de postes considérés comme négligeables, d'inviter « le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal ». Elle devait par ailleurs apprécier les justifications reçues, et motiver en la forme son appréciation quant à la normalité des prix concernés.

Dans ses courriers adressés le 19 septembres 2024 aux deux soumissionnaires, la partie adverse s'est toutefois limitée à leur demander de « fournir les informations relatives aux prix unitaires » concernés, sur le fondement de l'article 43 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

Le dossier administratif ne permet par ailleurs pas de constater que la partie adverse a effectivement apprécié les justifications envoyées le 27 septembre 2024 par la SSM GALERE-DUCHENE au sujet des 9 postes pour lesquels elle a été interrogée. Seules les explications relatives aux postes 484 et 540 sont abordées, en ces termes, par le rapport des auteurs de projet, annexé au rapport d'examen des offres et donc communiqué aux deux soumissionnaires :

« SSM GALERE - DUCHENE

Le soumissionnaire a transmis ses justificatifs de prix par courrier du 27 septembre 2024, soit dans le délai imparti.

Les postes qui ont fait l'objet de questionnement sont repris en annexe.

Le soumissionnaire a justifié ses prix en détaillant le prix du matériel, des matériaux, des équipements, de la main d'œuvre, des sous-traitants, de la fourniture et de la mise en œuvre.

Poste 484-Art Add n°16 : terrassement en tunnel: coût 9.913,53€

Les justifications de ce prix considèrent des coûts de sous-traitance et de location de matériel qui nous semblent très importants ainsi qu'une durée importante pour réaliser ces travaux. Néanmoins, le prix demeure acceptable et son incidence sur le prix global n'est pas significative. Le prix unitaire ne présente pas de caractère spéculatif dans le chef du soumissionnaire.

Poste 540 - G8734* : Option obligatoire: Revêtement en dalles de béton armé préfabriquées de dimensions 125 x 62.5 cm x 12 cm selon descriptions CSC chap. G.5.4.

Le soumissionnaire souligne qu'il s'agit d'une option et non d'une variante.

> Le prix du poste 540 comprend uniquement la différence de prix (plus-value) pour la fourniture des dalles particulières en supplément par rapport aux dalles standards du poste 197.
>
> Nous en tiendrons compte et adapterons le total de l'offre de Galère - Duchêne en conséquence.
>
> Les réponses fournies par le soumissionnaire peuvent être considérées comme satisfaisantes.
>
> Étant donné que les justifications de prix transmises par le soumissionnaire sont admissibles et satisfaisantes, l'offre ne laisse subsister aucune suspicion de prix anormal ».

Hormis cet examen, qui ne concerne que deux postes apparemment anormaux sur neuf, la motivation formelle de la décision d'attribution se résume aux affirmations selon lesquelles « l'analyse des justificatifs apportés par la SSM GALERE-DUCHENE ne laisse subsister aucune suspicion de prix anormal » et « les prix unitaires de l'offre de cette dernière sont considérés comme normaux et l'offre est déclarée régulière ». Une telle motivation ne révèle pas, *prima facie*, un examen concret et effectif de chacune des justifications reçues, et ne permet pas à la requérante de comprendre les raisons pour lesquelles les prix unitaires de l'offre de l'attributaire, pour lesquels il existait une suspicion d'anormalité, ont finalement été considérés comme normaux par la partie adverse.

Le premier moyen est dès lors sérieux en ses deux branches.

V. Balance des intérêts

V.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie adverse

La partie adverse demande « l'application de la balance des intérêts conformément à l'article 15, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés ».

Elle justifie cette demande comme suit dans sa note d'observations :

> « 37. En effet, le respect du planning d'exécution des travaux du projet du Mobi'Park conditionne la liquidation du financement européen qui a été octroyé pour le réaliser.
>
> Dans le cadre du plan relance de l'Union européenne pour soutenir les États membres après la crise du coronavirus ("Facilité pour la Reprise et la Résilience" ou "FRR"), l'Union européenne a soutenu de nombreux projets en Belgique pour un budget de plus de 7 milliards € ("Plan pour la Reprise et la Résilience" ou

"PRR"). Chaque projet comprend une évaluation des coûts ainsi que des jalons et des cibles à atteindre, sous peine de perdre le financement global du projet.

Dans ce cadre-là, le Mobi'Park TEC fait partie du projet "Verdir la flotte de bus (I-3G)", comprenant au total trois sous-projets. Sous peine de perdre le financement européen qui s'élève à 105 millions € pour l'ensemble du projet (pièce D du dossier administratif confidentiel), le dépôt de bus doit être opérationnel à l'échéance prévue par le planning.

Ainsi qu'il ressort de la pièce E du dossier administratif confidentiel (p. 284), dont un extrait est reproduit ci-après, la "cible n° 115 b)" doit ainsi être atteinte pour le deuxième trimestre (T2) de 2026 (juin) :

[…]

La suspension de la décision attaquée (suivie d'une éventuelle annulation) emporterait sans aucun doute un retard important dans le planning déjà très serré, avec le risque que les travaux ne puissent être achevés avant la fin du mois de juin 2026. La perte du financement européen pour l'ensemble du projet "Verdir la flotte de bus (I-3G)" impliquerait pour la Région wallonne, déjà très lourdement endettée, d'abandonner des projets en cours d'exécution ou de dégager des fonds propres (alors que les marges financières sont nulles) afin de poursuivre ceux-ci.

38. Dans l'évaluation de la balance des intérêts et, en particulier, des conséquences dommageables que le rejet de la demande de suspension entrainerait pour la partie requérante, la partie adverse sollicite également respectueusement de Votre Conseil de tenir compte des irrégularités substantielles dont est affectée l'offre de la partie requérante en raison des non-conformités techniques révélées et qu'elle ne conteste nullement dans le cadre de sa requête. Cette évidence laisse raisonnablement penser que le recours n'a été introduit que pour permettre à la partie requérante de régulariser son offre à un stade ultérieur, tandis que l'offre de l'attributaire du marché est, après vérification, quant à elle parfaitement conforme aux prescriptions techniques du marché et correspond pleinement aux besoins et attentes de la partie adverse ».

B. Thèse de la requérante

La requérante relève, à l'audience, que la partie adverse ne démontre aucune des affirmations destinées à justifier un rejet de la demande de suspension en raison de la balance des intérêts en présence.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15, alinéa 3, 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 est rédigé comme suit :

« L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou

les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages ».

L'activation de la balance des intérêts que permet cette disposition suppose que l'instance de recours reconnaisse la gravité des conséquences auxquelles le pouvoir adjudicateur risque d'être exposé en cas de suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qu'elle constate le caractère d'urgence que revêt la situation et qu'elle vérifie que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas, par sa propre attitude, exposé au risque des conséquences redoutées. Il appartient, enfin, à l'instance de recours d'évaluer la possibilité, pour le pouvoir adjudicateur, de procéder à la réfection de l'acte dont la suspension de l'exécution devrait être ordonnée, et ce au regard tant du (des) motif(s) qui, en réponse au(x) moyen(s), justifierai(ent) la suspension sollicitée que de la proximité de l'échéance au-delà de laquelle le risque des conséquences graves redoutées devrait se réaliser.

La partie adverse allègue que la suspension de l'acte attaqué est susceptible d'entraîner un retard dans la mise en œuvre du projet « verdir la flotte de bus », qui pourrait mener à la perte d'un subside européen de 105.000.000 d'euros.

Elle n'en fait toutefois pas la démonstration concrète.

Elle dépose, pour justifier son affirmation, deux pièces à titre confidentiel

La première pièce, qui émane semble-t-il du Gouvernement wallon, décrit les coûts liés au projet en question. Elle atteste de l'existence d'un projet comportant l'achat de 32 bus, de 32 chargeurs lents et 2 chargeurs rapides et la construction d'un Mobi'Park TEC, d'un coût total de 105 millions d'euros. Les travaux liés à la construction du seul Mobi'Park sont évalués à la somme de 68.500.958 euros.

La deuxième pièce est inventoriée par la partie adverse comme étant les « annexes de la décision de la Commission européenne portant approbation des modifications apportées aux arrangements opérationnels entre la Commission européenne et la Belgique conformément au règlement (UE) 2021/241 (dans le cadre du plan national pour la reprise et la résilience) ». Ce document n'est toutefois pas daté et comporte la mention « draft », ce qui tend à indiquer qu'il n'est pas définitif. Il permet néanmoins d'établir que le secrétaire d'État en charge du Plan national pour la reprise et la résilience a demandé à la commission européenne de modifier les « arrangements opérationnels entre la Commission européenne et la Belgique

conformément au règlement (UE) 2021/241 » afin notamment d'y intégrer un projet 115 b) intitulé « verdir la flotte de bus ».

Cette modification concerne bien un projet de dépôt de bus et la livraison de 34 bornes de recharges (dont deux rapides). En revanche, le projet semble avoir été réduit pour ne plus concerner qu'une livraison de 13 bus, et non 32 comme prévu dans la fiche descriptive des coûts précitée. La brève description de ce projet mentionne trois « jalons », à savoir : la « livraison de 13 bus biarticulés entièrement électriques », l'« installation de 32 bornes de recharge "lente" et de 2 bornes de recharge "rapide" (l'une dans le dépôt de bus et l'autre au terminus) », le dernier jalon étant « le dépôt de bus est opérationnel ».

Ces pièces, au sujet desquelles la partie adverse n'offre guère d'explication, ne permettent pas de constater qu'un subside européen d'un montant de 105.000.000 euros est lié à la construction du Mobi'Park. Ce montant semble être contredit par la première pièce produite par la partie adverse, qui permet de constater que le montant du projet Mobi'Park, apparaissant lié au seul « jalon » de l'opérationnalité du nouveau dépôt, est de 68.500.958 euros. À ce dernier égard, la partie adverse n'indique pas à quel état d'achèvement des travaux il peut être considéré que « le dépôt est opérationnel ».

La partie adverse ne précise par ailleurs pas le règlement de l'Union européenne applicable – même s'il peut être déduit des pièces précitées qu'il s'agit du règlement (UE) 2021/241 du Parlement européen et du Conseil du 12 février 2021 établissant la facilité pour la reprise et la résilience – ni n'explique le mécanisme de subventionnement qu'il contient, notamment les procédures applicables et les décisions qui peuvent être prises lorsqu'il apparaît que les « jalons » et les « cibles » intermédiaires ou finaux ne sont pas ou ne pourront pas être respectés.

La partie adverse n'expose pas non plus les dates clés de la conception et de la mise en œuvre de son projet de Mobi'Park – qui permettraient de vérifier qu'elle n'est pas elle-même responsable d'un retard dans son lancement et dans son exécution – pas plus qu'elle n'aborde le planning des travaux, ni ne précise si les autres lots du marché – qui semblent également nécessaires à l'exécution du projet d'ensemble – ont déjà été attribués.

Tout au plus peut-il être déduit des clauses administratives du cahier spécial des charges que l'ordre de commencer les travaux, pour les lots 1 à 4, devait en principe être donné le 4 novembre 2024, pour un délai d'exécution de 588 jours calendriers, alors que la décision d'attribution pour le lot 2 n'a été prise que le

4 décembre 2024, soit avec six semaines de retard, si l'on tient compte du délai d'attente prévu par l'article 11 de la loi précitée du 17 juin 2016. Il ressort également du cahier des charges que, pour le lot 2, « un délai partiel de rigueur » est imposé, lié à la possibilité de « stationner cinq tribus au plus tard le 10 novembre 2025 ». La partie adverse ne précise pas, à cet égard, si ce délai partiel est en lien avec le « jalon » que constitue le caractère opérationnel du dépôt.

La partie adverse ne démontre pas, dans ces circonstances, que la suspension de l'exécution de l'acte attaqué entraînerait des conséquences négatives sur l'intérêt public qui l'emporteraient sur l'impératif d'un rétablissement immédiat de la légalité.

Il convient pour le surplus de relever que compte tenu de l'irrégularité constatée dans le présent arrêt, la réfection de l'acte attaqué apparaît envisageable, sans qu'il soit nécessaire de relancer une procédure de passation. Il est dès lors loisible à la partie adverse d'envisager, si elle le souhaite, un retrait de l'acte attaqué et une reprise rapide de la procédure d'attribution.

La demande de la partie adverse est rejetée.

VI. Confidentialité

La partie adverse dépose un dossier à titre confidentiel comprenant les deux offres, les courriers envoyés aux soumissionnaires pour leur demander des informations quant à leurs prix, les justifications reçues des deux soumissionnaires à la suite de ce courrier, l'annexe au rapport d'examen des offres (commentaires de la partie adverse relatifs aux plannings), la « *Costing description sheet* pour le projet "Verdir la flotte de bus" », ainsi qu'un document qu'elle intitule « Annexes de la décision de la Commission européenne portant approbation des modifications apportées aux arrangements opérationnels entre la Commission européenne et la Belgique conformément au règlement (UE) 2021/241 (dans le cadre du plan national pour la reprise et la résilience) ». Elle dépose également à titre confidentiel, à l'occasion d'une mesure d'instruction menée par l'auditeur, l' « annexe du point 2 du rapport d'examen des offres (rapports d'analyse du coordinateur sécurité et santé) », l' « annexe du point 8 du rapport d'examen des offres (tableau récapitulatif de l'analyse des offres) » et le « comparatif des offres pour le lot 2 ».

L'ensemble de ces pièces sont inventoriées de A à H dans le dossier administratif.

La partie adverse justifie sa demande de confidentialité, uniquement dans l'inventaire du dossier administratif, « par un souci de préservation du secret d'affaires et de la libre concurrence entre les candidats ».

La requérante dépose quant à elle son offre à titre confidentiel ainsi que son courrier de justification de prix (pièces 3 et 4 du dossier de la requérante).

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

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

Les dépens sont réservés.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1.

La suspension de l'exécution de la décision de la partie adverse du 4 décembre 2024 attribuant à la SSM GALERE-DUCHENE le lot 2 du marché public de travaux visant à la construction du nouveau dépôt TEC à Tilleur est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A à H du dossier administration et les pièces 3 et 4 de la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 20 janvier 2025, par la VI^e^ chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Xavier Close,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba,	greffière.

La greffière,	Le Président,
Nathalie Roba	Xavier Close