

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 263.043 du 23 avril 2025

A. 233.189/VI-22.011

En cause : **la société anonyme ÉLECTROTECHNIQUE ET MÉCANIQUE PUTMAN FRÈRES,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Kris LEMMENS et
Mathieu THOMAS, avocats,
rue de la Régence 58 bte 8
1000 Bruxelles,

contre :

1. **la Région de Bruxelles-Capitale,**
représentée par son Gouvernement,
2. **le Service public régional de Bruxelles,**
ayant tous les deux élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER et François
VISEUR, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme FABRICOM,
ayant élu domicile chez
M^{es} Valentine DE FRANCQUEN et
Katrijn VERMEULEN, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 15 mars 2021, la partie requérante demande l'annulation de :

- « - la décision du 14 décembre 2020 de la partie adverse d'attribuer, par procédure ouverte, à la société anonyme Fabricom, le marché public de travaux régi par le cahier spécial des charges BMB/DGE-DBO/2017.1149 et intitulé "accord-cadre avec un seul opérateur économique et relatif à des travaux de fourniture et d'installation de panneaux de téléjalonnement des parkings publics et P+ R en Région de Bruxelles-Capitale phase 2" ;

- la décision de ne pas attribuer à la partie requérante le marché public de travaux régi par le cahier spécial des charges BMB/DGE-DBO/2017.1149 et intitulé “accord-cadre avec un seul opérateur économique et relatif à des travaux de fourniture et d’installation de panneaux de téléjalonnement des parkings publics et P+ R en Région de Bruxelles-Capitale phase 2” ».

Par la même requête, la partie requérante demande une indemnité réparatrice d’un montant de 397.366,25 euros.

II. Procédure

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

Par une requête introduite le 25 mai 2021, la société anonyme Fabricom demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Cette intervention a été accueillie provisoirement par une ordonnance du 25 juin 2021.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse, en réplique et en intervention ont été régulièrement échangés.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d’État, a rédigé un rapport sur la base de l’article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 15 octobre 2024 a fixé l’affaire à l’audience du 13 novembre 2024.

Une ordonnance du 10 mars 2025 a rouvert les débats et fixé l’affaire à l’audience du 2 avril 2025, le conseiller d’État absent pour raisons médicales étant remplacé dans la composition du siège par un autre membre de la VI^e chambre pour entendre les parties et permettre la tenue du délibéré.

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

M^e Renaux Simar *loco* M^{es} Kris Lemmens et Mathieu Thomas, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e François Viseur, avocat, comparaissant pour les parties adverses, et M^e Baptiste Conversano *loco* M^{es} Katrijn Vermeulen et Valentine de Francquen, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur, 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. Exposé des faits utiles

1. Le 20 novembre 2018, le ministre de la Mobilité de la partie adverse approuve, après avoir obtenu l'accord du Gouvernement, le cahier spécial des charges BMB/DGE-DBO/2017-1149 relatif à la conclusion d'un « accord-cadre avec un seul opérateur économique et relatif à des travaux de fourniture et d'installation de panneaux de téléjalonnement des parkings publics et P+R en Région de Bruxelles-Capitale phase 2 ».

Le marché de travaux, qui est passé par procédure ouverte et est estimé à un montant de 3.101.822,90 euros TVAC, se situe en dessous des seuils de publicité européenne. Par l'approbation de l'offre, le pouvoir adjudicateur s'engage à délivrer, durant la durée de l'accord-cadre de quatre ans, des bons de commande d'un montant total au moins égal à 2.500.000 euros et d'un montant maximum de 5.000.000 euros (TVAC et hors révision).

Ce marché fait suite à un premier marché ayant le même objet, conclu en 2008, mais qui visait les zones du centre de Bruxelles (phase 1 du projet).

2. Les 17 décembre 2018, la partie adverse publie un avis de marché au Bulletin des adjudications sous le n° 2020/S 017-038192. Plusieurs avis rectificatifs sont publiés par la suite.

3. Le marché est régi par le cahier spécial des charges BMB/DGE-DBO/2017.1149. Celui-ci fixe les critères d'attribution comme il suit :

« [...] A. VALEUR TECHNIQUE (maximum 50 points)
[...] B. LE MONTANT TOTAL DE L'OFFRE (maximum 30 points)
[...] C. QUALITÉ TECHNIQUE DE L'OFFRE AU REGARD DE LA MÉTHODOLOGIE ET DES MOYENS PROPOSÉS POUR L'EXÉCUTION DU MARCHÉ (maximum 20 points)
[...] »

4. Le 14 février 2019, la partie adverse réceptionne quatre offres de la part des sociétés suivantes :

- La SA Électrotechnique et Mécaniques Putman Frères
- La SA Fabricom
- La SA Genetec
- La SA Spie Belgium (attributaire du marché phase 1)

5. Lors de l'analyse des offres, la partie adverse constate que l'offre de la SA Genetec est incomplète et que le rapport de dépôt est dépourvu d'une signature électronique qualifiée, de telle sorte qu'elle déclare son offre substantiellement irrégulière et nulle.

Le 4 mars 2019, la partie adverse interroge les trois autres soumissionnaires sur leurs prix unitaires pour les postes suivants :

- poste 10 (indemnité forfaitaire pour l'établissement de la signalisation routière nécessaire à l'exécution du chantier sur voiries régionales et communales) ;
- poste 11 (terrassement pour fouilles de reconnaissance et recherches de câbles pour raccordement au réseau électrique) ;
- poste 27 (creusement de tranchées sous revêtement) ;
- postes 64, 65, 66, 67, 68, 69 et 70 (fourniture de différents types de panneaux dynamiques).

Le courrier adressé à l'intervenante précise que les prix unitaires repris dans son offre « semblent anormalement bas ». Elle est invitée à fournir les justifications écrites relatives à la composition de ces prix unitaires conformément à l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Les courriers adressés à la requérante et à la SA

Spie Belgium mentionnent que les précisions relatives à la composition des prix sont demandées « dans le cadre de la vérification des prix » conformément à l'article 35 du même arrêté royal. Le rapport rédigé à l'attention de la ministre de la Mobilité précise, par ailleurs, que la requérante et la SA Spie Belgium ont été interrogées à la suite de la demande de justifications adressée à la SA Fabricom quant à la normalité de ses prix, « pour permettre la comparaison ».

Par des courriers respectifs des 13 et 15 mars 2019, les trois soumissionnaires fournissent dans les délais leurs justifications.

6. Les 11 juillet 2019, 13 novembre 2019 et 25 mai 2020, la partie adverse sollicite la prolongation du délai d'engagement des offres déposées.

7. Le 14 décembre 2020, la ministre de la Mobilité décide d'attribuer le marché litigieux à la SA Fabricom.

Elle conclut à la normalité des prix des trois soumissionnaires au terme du raisonnement suivant :

« Attendu que le classement du montant total des offres provisoirement sélectionnées en ordre croissant d'importance est le suivant :

SOUSSIONNAIRES	Montant HTVA	Montant TVAC
FABRICOM SA	2.246.972,48 €	2.718.836,70 €
PUTMAN Frères S.A.	3.281.294,42 €	3.970.366,25 €
SPIE BELGIUM	3.437.959,93 €	4.159.931,52 €

Attendu qu'en vérifiant les prix des offres, le pouvoir adjudicateur a demandé en date du 4 mars 2019 à :

- FABRICOM SA les justifications écrites relatives à la composition des prix unitaires des postes 10, 11, 27, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70 conformément à l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ;
- PUTMAN Frères SA des précisions relatives à la composition des prix unitaires pour les postes suivants : postes 10, 11, 27, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70 conformément à l'article 35 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (84, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics) ;
- SPIE BELGIUM des précisions relatives à la composition des prix unitaires pour les postes suivants : postes 10, 11, 27, 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70 conformément à l'article 35 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (84, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics).

Attendu que FABRICOM SA a répondu dans les délais requis ;

Que le pouvoir adjudicateur a apprécié les justifications reçues de FABRICOM SA et a constaté que le montant total de l'offre ainsi que les prix unitaires des postes susmentionnés ne présentent pas de caractère anormal en raison des éléments

suivants :

- Le poste 10 (signalisation) est justifié par le matériel de balisage selon le plan de balisage et les heures de pose/dépose, majoré d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices.
- Le poste 11 (terrassement pour fouille) est justifié par un temps moyen de réalisation fois le coût salarial et le matériel nécessaire, majoré d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices.
- Le poste 27 (creusement tranchées sous revêtement) est justifié par un temps moyen de réalisation fois le coût salarial, le matériel nécessaire et la fourniture de sable. Le coût est majoré d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices.
- Les postes des fournitures de panneaux 64 à 70 sont justifiés par la présentation de l'offre du fournisseur des panneaux y compris tous les modules et logiciels nécessaires, majorés d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices et y compris des heures pour la programmation, la configuration et les tests d'intégration.
- La société présente les justificatifs concernant le respect des obligations visées à l'article 7, premier alinéa de la loi du 17 juin 2016 :
 - a) le certificat ISO 14001 pour prouver les impositions environnementales ;
 - b) l'attestation ONSS pour prouver le paiement des cotisations sociales ;
 - c) une déclaration sur l'honneur concernant le respect du droit environnemental, social et du travail ;
 - d) les conditions générales de sous-traitance et/ou fournisseurs pour répercuter sur les sous-traitants et /ou fournisseurs les obligations environnementales, sociales et du travail ;
 - e) l'offre du fournisseur des panneaux.

Attendu que PUTMAN Frères SA a répondu dans les délais requis ;

Que les explications reçues sont satisfaisantes :

- Le poste 10 (signalisation) est justifié par la location du matériel de balisage selon le plan de balisage et les heures de pose/dépose, majoré d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices.
- Le poste 11 (terrassement pour fouille) est justifié par le prix du sous-traitant "terrassement", la fourniture de sable et le matériel nécessaire, majoré d'une marge acceptable pour frais généraux (suivi) et bénéfices.
- Le poste 27 (creusement tranchées sous revêtement) est justifié par le prix du sous-traitant "terrassement", la fourniture de sable et le matériel nécessaire. Le coût est majoré d'une marge acceptable pour frais généraux (suivi) et bénéfices.
- Les postes des fournitures de panneaux 64 à 70 sont justifiés par la présentation de l'offre du fournisseur des panneaux y compris tous les modules et logiciels nécessaires, majorés d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices et y compris des heures pour la programmation, la configuration, le test en atelier du fonctionnement, la réception en usine par le fournisseur et la garantie de deux ans.

Attendu que SPIE BELGIUM a répondu dans les délais requis ;

Que les explications reçues sont satisfaisantes :

- Le poste 10 (signalisation) est justifié par la location interne du matériel de balisage selon le plan de balisage et les heures de pose/dépose, majoré d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices.
- Le poste 11 (terrassement pour fouille) est justifié par un temps moyen de réalisation fois le coût salarial et le matériel nécessaire, majoré d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices.
- Le poste 27 (creusement tranchées sous revêtement) est justifié par un temps moyen de réalisation fois le coût salarial, le matériel nécessaire et la

fourniture de sable. Le coût est majoré d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices.

- Les postes des fournitures de panneaux 64 à 70 sont justifiés par la présentation de l'offre du fournisseur y compris tous les modules et logiciels nécessaires, majorés d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices et y compris des heures pour la programmation et la configuration et les tests d'intégration.

[...] » .

Elle décide d'attribuer le marché à la SA Fabricom pour un montant de 2.718.836,70 EUR TVAC, après avoir comparé les offres et établi le classement suivant :

Soumissionnaires	A1	A2	A3	A4	A	B	C1	C2	C	TOTAL
	/10	/10	/20	/10	/50	/30	/10	/10	/20	/100
FABRICOM SA	8	8	16	8	40	30,00	8	8	16	86,00
PUTMAN	8	8	16	8	40	20,54	10	8	18	78,54
SPIE Belgium	8	8	16	8	40	19,61	8	8	16	75,61

Il s'agit de l'acte attaqué qui est communiqué à la requérante le 13 janvier 2021.

8. À la suite d'un courrier du 20 janvier 2021 de la requérante contestant la décision d'attribution, la partie adverse lui fournit les explications complémentaires suivantes dans un courrier du 4 mars 2021 :

« [...]

Quant à l'analyse des prix, vous semblez nous reprocher une analyse insuffisante des prix de Fabricom qui ne permettrait pas de justifier l'écart de près d'un million d'euros avec votre offre.

Pour autant que de besoin, nous vous confirmons que l'examen des prix a été réalisé de façon complète et détaillée, tant pour votre offre que pour celles de SPIE et de Fabricom.

Notre base de comparaison principale est notre estimation des postes du mètre, laquelle est fondée sur les prix indexés du précédent marché attribué en 2008 avec un objet similaire.

Pour chacun des postes ayant fait l'objet d'un examen détaillé, Fabricom nous a — comme vous — remis un justificatif détaillé et satisfaisant de son prix, tant en termes de coûts unitaires que de rendements proposés.

De manière générale, il est également vrai que Fabricom propose une marge très basse, ce qui se traduit notamment par un prix systématiquement inférieur aux vôtres pour l'ensemble des postes de fourniture du marché.

À l'inverse, nous constatons dans votre chef (et dans celui de SPIE) un prix plutôt élevé.

Ainsi, pour 67 des 119 postes, votre prix est soit légèrement, soit fortement supérieur à l'estimation que nous avons préalablement réalisée des prix du marché conduisant à un delta important de 1.230.904 eur (estimation sur les 67 postes = 1.842.769 eur et montant de l'offre de Putman sur les 67 postes = 3.073.673 eur).

Cet écart n'est pas sans lien avec l'importante différence de prix entre vous et

Fabricom.

Nous comprenons néanmoins que le détail de la décision d'attribution ne vous suffise pas en l'état. Nous prenons bonne note de vos différents arguments, mais il n'est plus possible, aujourd'hui, de revoir la décision pour y apporter une motivation plus complète dès lors que le marché a été conclu avec Fabricom [...] ».

IV. Intervention

En tant que bénéficiaire de l'accord-cadre litigieux, la SA Fabricom justifie d'un intérêt à intervenir à la présente procédure.

V. Mise hors de cause de la deuxième partie adverse

Le Service public régional de Bruxelles ne dispose pas d'une personnalité juridique distincte de la Région de Bruxelles-Capitale. Seule cette dernière doit être désignée en tant que partie adverse.

Il convient dès lors de mettre hors de cause le Service public régional de Bruxelles.

VI. Recevabilité du recours

Le recours en annulation est notamment dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché public litigieux à la requérante.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre avec certitude que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requérante soutient, dans le cadre de ses moyens, que le marché aurait dû lui être attribué, l'offre de la SA Fabricom devant être écartée pour irrégularité substantielle tandis que son offre était classée deuxième, juste après celle de la SA Fabricom.

La question de la recevabilité du recours en tant qu'il est dirigé contre le refus implicite d'attribuer le marché à la requérante est liée à l'examen au fond des

deux moyens de la requête.

VII. Confidentialité

VII.1. Thèses des parties

La partie adverse produit, à titre confidentiel, les courriers des trois soumissionnaires relatifs à la justification de leurs prix (pièces A à F), un comparatif des offres (pièce G), le décompte final du marché conclu en 2008 (pièce H), la dernière version des facturations se rapportant à ce marché (pièce I) ainsi que les offres des trois soumissionnaires (pièces J à L). Elle explique qu'il s'agit de données sensibles sur le plan commercial et que leur transmission risquerait de fausser la concurrence pour d'autres marchés ayant un objet similaire. Elle rappelle que les données relatives au marché de 2008 reprennent les prix proposés par une entreprise concurrente et qu'il convient donc également de maintenir la confidentialité de ces pièces. Dans son dernier mémoire, la partie adverse ajoute que le contrôle effectué par le Conseil d'État des pièces confidentielles permet à suffisance de vérifier la légalité de l'acte attaqué, tout en maintenant une protection adéquate du secret d'affaires lié au contenu des offres des différents soumissionnaires. Elle ajoute que le marché litigieux a un objet très spécifique – à savoir l'installation de panneaux de téléjalonnement – qui concerne un nombre réduit d'opérateurs économiques susceptibles de remettre offre pour un éventuel autre marché passé par elle ou par un autre pouvoir adjudicateur. Elle estime qu'outre les prix, les autres renseignements techniques et commerciaux contenus dans les offres des soumissionnaires ne peuvent être divulgués à leurs concurrents.

La partie intervenante dépose, à titre confidentiel, ses justifications de prix ainsi qu'une partie de son offre (pièces 8 et 9 annexées au mémoire en intervention). Elle expose que ces pièces contiennent des données commerciales et des données protégées par le secret d'affaires et que leur divulgation porterait atteinte à ses intérêts légitimes.

La requérante demande la levée de la confidentialité « des prix unitaires remis par l'attributaire du marché pour les 67 postes (incluant les postes 10, 11, 27, [64 à 70]) pour lesquels [la partie adverse] a constaté de grandes différences de prix entre les soumissionnaires » et du comparatif des offres (pièce G). Elle estime que ni la partie adverse ni l'intervenante n'expliquent concrètement en quoi ces prix seraient des données commerciales qui doivent être protégées par le secret d'affaires. Elle observe qu'elle a elle-même produit de manière non confidentielle tous les prix remis

dans le cadre de ce marché. Elle insiste sur le fait que la levée de la confidentialité est nécessaire à la solution du litige, dans la mesure où le recours met précisément en cause l'anormalité des prix de l'attributaire. La divulgation de ces pièces doit, selon elle, être acceptée au terme d'une mise en balance des exigences d'une protection juridique effective avec celle déduite du droit au respect du secret d'affaires. Elle ajoute qu'il est peu probable qu'un marché similaire soit prochainement lancé dans la Région de Bruxelles-Capitale de telle sorte qu'une atteinte à la concurrence paraît peu probable. Dans son dernier mémoire, la requérante indique maintenir sa demande de levée de la confidentialité des pièces G et H du dossier administratif « sauf si le Conseil d'État dispose de suffisamment d'informations à la lecture des écrits de procédure pour prononcer l'annulation d'une ou plusieurs des décisions attaquées ». Concernant la pièce G (comparatif des offres), elle relève qu'elle et l'intervenante remettent apparemment des prix relativement similaires pour les postes portant sur la fourniture des panneaux, de sorte que les écarts de prix porteraient principalement sur les travaux à prester. Or, affirme-t-elle, ces prix ont fortement évolué ces dernières années en sorte qu'il n'y a plus aucun secret d'affaires à protéger. Elle estime que, concernant la pièce H (décompte final du marché conclu en 2008), l'obsolescence des prix des postes de travaux comme sur ceux de la fourniture des panneaux (qui sont bien différents de ceux qui sont proposés actuellement) justifie d'autant moins le maintien de la confidentialité de cette pièce. Elle ajoute que « la lecture de cette pièce lui permettra très vraisemblablement d'avoir la confirmation que le marché de 2008 a donné lieu à un important dépassement du budget initial, ce qui démentirait le raisonnement que tient la partie adverse à propos de l'indemnité réparatrice, à savoir que l'accord-cadre attaqué ne donnera lieu à aucune commande ou à des commandes représentant des montants peu importants (*cf. infra*) ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions est libellé comme il suit :

« L'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable ».

Le droit d'accès des parties au dossier du pouvoir adjudicateur, que celui-ci est tenu de déposer, relève des exigences d'un recours juridictionnel effectif. L'exercice de ce droit peut toutefois être limité par l'instance de recours dans les conditions que fixe l'article 26 précité. En effet, cette instance peut, en vertu de cette disposition, être amenée à décider que ce droit d'accès doit être mis en balance avec le respect dû à la confidentialité et au secret d'informations contenues dans ce dossier – ainsi, du reste, que dans les dossiers des autres parties –, en manière telle que cet accès à certaines informations doive être totalement ou partiellement refusé ou, à tout le moins, organisé selon des modalités qu'elle précise.

Une limitation du droit d'accès susceptible d'être décidée en vertu de la disposition précitée suppose, avant tout, que soit en jeu un secret d'affaires précisément identifié par la partie qui s'en prévaut et reconnu comme tel – parce que constaté, non contesté ou tenu pour suffisamment vraisemblable au moment où elle statue – par l'instance de recours sur la base des éléments dont celle-ci dispose.

Lorsqu'elle constate qu'est en jeu un tel secret d'affaires, l'instance de recours est tenue de procéder à la mise en balance des exigences d'une protection juridique effective avec celles déduites du droit au respect des secrets, laquelle mise en balance repose sur son appréciation *in concreto* des données de l'espèce, telles les prétentions des parties, la configuration procédurale du recours dont l'instance est saisie ou toute circonstance propre à la cause.

La requérante demande l'accès aux prix de l'offre de l'attributaire du marché litigieux.

Les prix d'un concurrent constituent, en règle, des données qui sont couvertes par le secret d'affaires et doivent être protégées par la confidentialité. La requérante affirme que les prix remis par les soumissionnaires seraient, en l'occurrence, tous obsolètes et qu'ils ne présenteraient actuellement plus aucun intérêt commercial. Elle ne démontre toutefois pas concrètement cette affirmation qui est contestée tant par la partie adverse que par l'intervenante. Le fait que la partie requérante ait elle-même décidé, au vu des enjeux en présence, de divulguer ses prix, ne peut suffire ni à justifier l'absence de caractère commercialement sensible des prix de ses concurrents, ni forcer ces derniers à faire de même. L'argument consistant à dire qu'il est peu probable qu'un marché similaire sera prochainement lancé en Région de Bruxelles-Capitale, de telle sorte qu'une atteinte à la concurrence paraît douteuse, n'est pas non plus convaincant. La concurrence quant à la fourniture de

panneaux de téléjalonnement ne se limite pas au marché bruxellois et la révélation des prix appliqués au marché litigieux est, à défaut de preuve en sens contraire, susceptible de fournir des renseignements commerciaux d'importance de concurrents qui, comme l'indique la partie adverse sans être contestée sur ce point, sont peu nombreux dans le secteur. Il y a donc lieu de conclure qu'un secret d'affaires est en jeu et que celui-ci doit être mis en balance avec les exigences du procès équitable.

D'un côté, une divulgation des prix de l'offre de l'intervenante engendrerait une violation manifeste de son droit au secret d'affaires et lui causerait un préjudice particulièrement grave et très difficilement réparable, dès lors que, dans de tels marchés, les prix pratiqués sont un élément déterminant d'un point de vue concurrentiel. Ce constat justifie que ces données restent confidentielles.

D'un autre côté, l'atteinte portée aux droits de la défense est adéquatement compensée par le contrôle des pièces confidentielles effectué par le Conseil d'État, au regard des critiques soulevées par la requérante. L'instance de recours a, dans le cadre de l'examen des moyens, particulièrement égard au fait que la requérante ne peut développer, pour certains des griefs soulevés, qu'une argumentation éventuellement très succincte. Le présent arrêt déclare, sur la base de ce contrôle, fondés plusieurs griefs de la requête. Or, la requérante paraît elle-même, dans son dernier mémoire, renoncer à sa demande de levée de confidentialité en cas d'arrêt d'annulation. Quant à l'examen de la demande d'indemnité réparatrice, il n'implique pas, comme il sera exposé, de devoir prendre en considération le décompte final du marché conclu en 2008.

Dans ces circonstances, il y a lieu de considérer que les exigences de protection du secret d'affaires l'emportent sur les principes du contradictoire et du procès équitable.

Il y a lieu de tenir pour confidentielles les pièces A à L du dossier administratif et les pièces 8 et 9 annexées au mémoire en intervention.

VIII. Premier moyen

VIII.1. Thèse de la partie requérante

A. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une première branche, elle soutient que les prix de l'attributaire du marché pour les postes 10, 11, 27, 64 à 70 sont anormaux en sorte que la partie adverse devait écarter l'offre de l'attributaire. Selon la requérante, la base de comparaison que la partie adverse a utilisée pour apprécier la normalité des prix des soumissionnaires (les prix indexés du marché conclu en 2008) serait inadéquate dès lors que (1) les zones géographiques couvertes diffèrent, (2) les panneaux du présent marché sont plus grands, (3) les panneaux sont « *full dynamiques* », (4) la technologie a fortement évolué depuis 2008 et l'objet du marché de 2008 impliquait le développement de prototypes, à l'inverse du marché actuel, (5) le marché de 2008 (phase 1) tel qu'il a été exécuté ne correspond pas au marché prévu initialement. Elle soutient que les panneaux finalement installés sont beaucoup moins chers à la date du lancement du marché litigieux qu'en 2008. Elle souligne également que plusieurs des postes du marché conclu en 2008 étaient en régie alors que, dans le cadre du marché litigieux, ils sont à forfait, ce qui complique la comparaison des prix. Elle en conclut que les prix ont évolué « à la baisse », qu'il est inadéquat de se baser sur les prix du marché conclu en 2008 pour contrôler la normalité des prix du marché litigieux, que, par conséquent, les prix unitaires remis par l'attributaire du marché pour les postes 10, 11, 27, 64 à 70 sont anormaux, qu'en ne tenant pas ces prix pour anormaux, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et qu'en n'écartant pas l'offre de l'attributaire du marché pour prix anormaux, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen.

Dans une deuxième branche, la requérante affirme que le prix global de l'offre de l'attributaire du marché est anormal en sorte que la partie adverse devait écarter cette offre. Elle relève qu'il existe un écart de plus d'un million d'euros (> 31 %) entre son offre et celle de la SA Fabricom et un écart encore plus important encore entre cette dernière et celle de la SA Spie Belgium, attributaire du marché conclu en 2008. Elle estime que le prix remis par la SA Fabricom ne lui permet pas de

supporter les coûts directs des prestations. Elle en conclut que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne tenant pas pour anormal le prix global de l'attributaire et en n'écarter pas, pour ce motif, l'offre de ce dernier.

Dans une troisième branche, la requérante soutient que les prix de l'attributaire du marché pour d'autres postes que ceux pour lesquels il a été interrogé sont anormaux en sorte que la partie adverse devait écarter l'offre de ce dernier. Elle estime que, vu l'écart existant entre le prix global de son offre et celui de la SA Fabricom, les prix d'autres postes unitaires remis par cette société sont anormaux. Elle considère que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne tenant pas pour anormaux les prix remis pour ces postes et qu'elle a violé les dispositions et principes visés au moyen en n'écarter pas l'offre de l'attributaire pour ce motif.

Elle précise la portée de chacune des branches du premier moyen en faisant valoir que, comme l'offre de l'attributaire du marché contient un prix global anormal et des prix unitaires anormaux pour plusieurs postes, la partie adverse était tenue d'écarter cette offre en sorte que la sienne devenait l'offre économiquement la plus avantageuse puisqu'elle se classait en deuxième position. Elle en déduit que le Conseil d'État doit annuler non seulement la décision d'attribuer le marché à la SA Fabricom, mais également le refus implicite de ne pas lui attribuer celui-ci.

B. Mémoire en réplique

Quant aux première et troisième branches, la requérante constate qu'elle fournit, comme l'attributaire du marché, des panneaux provenant du fournisseur *Alpha electronics*. Elle relève qu'il résulte des déclarations de la ministre que c'est la marge appliquée par chacun des soumissionnaires (11 % pour l'intervenante *versus* 18 % pour la requérante) qui explique la différence de prix pour les postes 64 à 70. Elle demande au Conseil d'État de bien vouloir vérifier que l'écart pour ces postes correspond bien à une différence entre les marges bénéficiaires précitées, en affirmant que, si ce n'est pas le cas, les prix pour ces postes sont anormaux. Elle demande également au Conseil d'État de vérifier que les prix remis pour les postes 10, 11 et 27 ne sont pas anormalement hauts ou anormalement bas, ce qui lui semble être le cas au vu des informations fournies par la partie adverse dans le mémoire en réponse. Elle ajoute que les prix estimés annoncés par la partie adverse ne peuvent être pris comme références, dès lors qu'ils diffèrent des prix qu'elle a remis et qui ont été considérés comme normaux. Elle estime, en revanche, que les écarts entre les prix de son offre – jugés normaux – et ceux de l'attributaire démontrent que ces derniers sont anormaux.

Elle considère, sur la base d'une série de calculs estimatifs qu'elle produit en annexe de son mémoire en réplique, que les explications contenues dans le mémoire en réponse mettraient en lumière un écart très important (environ 800.000 euros) entre les prix de l'attributaire et ceux qu'elle a remis pour les autres postes que les postes 10, 11, 27, 64 à 70.

Quant à la deuxième branche, la requérante indique que, contrairement à ce qu'affirment les autres parties, elle ne soutient pas que l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 serait applicable en l'espèce. Elle explique qu'elle souhaitait seulement mettre en perspective l'écart existant entre son offre et celle de l'attributaire (écart > 31 % à comparer avec l'écart de 15 % visé à cette disposition). Elle reproche à la partie adverse de n'avoir déposé aucun document permettant d'attester du fait que l'estimation du marché a été réalisée *in tempore non suspecto*, avant la prise de connaissance des prix des offres, et demande qu'une mesure d'instruction soit réalisée à ce sujet. Elle maintient que le prix total proposé par l'attributaire ne lui permet pas de supporter les coûts directs des prestations et des matériaux et encore moins de couvrir ses frais généraux et son bénéfice. Elle dépose un tableau de comparaison entre les prix estimés de l'attributaire et ses propres prix sur la base des informations transmises par la partie adverse dans son mémoire en réponse. Il ressort, selon elle, de cette comparaison qu'à partir de la ligne 93 du tableau, il reste 55 postes à évaluer, ce qui représente un total de plus de 320.000 euros dans l'offre de la requérante alors que, pour l'attributaire du marché, tous les postes précédents ont déjà grevé son montant total et qu'il y a même un déficit de budget de plus de 32.757,75 euros. Elle en déduit que plus de 55 postes de l'offre de l'attributaire du marché ne sont pas financés par le montant total de cette offre. Elle estime, sur cette base, démontrer que le prix global de l'offre de l'attributaire du marché est anormal.

C. Dernier mémoire de la requérante

Quant à la première branche, la requérante fait valoir que si, comme l'indique l'auditeur dans son rapport, le contrôle de la normalité des prix ne s'est pas fait sur la base des prix indexés du marché conclu en 2018, il reste que le grief soulevé dénonce une erreur manifeste d'appréciation en ce que la partie adverse n'a pas tenu pour anormaux les postes 10, 11, 27, 64 à 70 du marché litigieux. Elle explique avoir été induite en erreur par le courrier du 4 mars 2021 dans lequel la partie adverse affirme qu'elle a contrôlé les prix à partir des prix indexés du précédent marché. Elle

rappelle que l'intervenante a été interrogée sur les prix unitaires des dix postes précités en raison de leur caractère apparemment anormal. Elle relève que, dans le rapport de l'auditeur, il est indiqué que, pour les postes 10 et 11 notamment, les prix remis par l'intervenante présentent un écart significatif, non seulement par rapport aux prix des autres soumissionnaires, mais aussi par rapport aux prix unitaires estimés par le pouvoir adjudicateur et que ces différences de prix s'expliquent, pour le poste 10, « par la différence en matière de pose/dépose » et, pour le poste 11, « par la différence en matière de temps de fouille ». Selon elle, rien ne permet de justifier de telles différences. Elle en déduit que « la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne tenant pas pour anormaux les prix unitaires pour les 10 postes en question ou, à tout le moins, pour les postes 10 et 11 », ce qui « devrait conduire le Conseil d'État à annuler tant la décision d'attribution de l'accord-cadre à l'intervenante que la décision de ne pas attribuer l'accord-cadre à la requérante ».

Quant à la deuxième branche, la requérante se réfère au rapport de l'auditeur en relevant que les parties adverse et intervenante n'y répondent pas concrètement.

Quant à la troisième branche, la requérante relève que, dans son rapport, l'auditeur est d'avis que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en qualifiant de négligeables les postes 41, 51 et 82, peu importe que les prix remis par l'intervenante pour ces postes fussent plus élevés que l'estimation. Elle constate que les parties adverse et intervenante ne prétendent pas que les prix qu'elle a remis pour les postes analysés par le rapport seraient anormaux ou surévalués. Elle considère qu'il n'y a pas lieu de s'écarter de ce rapport, à défaut pour les parties adverse et intervenante de réfuter concrètement celui-ci.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

La requérante affirme que les prix des postes 10, 11, 27, 64 à 70 remis par l'intervenante sont anormaux.

Dans sa requête, elle tente de démontrer cette affirmation en faisant valoir que la partie adverse ne pouvait pas contrôler la normalité des prix de ces dix postes en se fondant sur une estimation du marché élaborée sur la base des prix indexés du marché conclu en 2008 (phase 1).

La requérante soulève tout d'abord la question de savoir si cette estimation du marché a été réalisée *in tempore non suspecto*, avant l'ouverture des offres. Il résulte des pièces complémentaires déposées par la partie adverse à la suite de la mesure d'instruction diligentée par l'auditeur-rapporteur que tel est bien le cas, l'estimation du marché ayant été réalisée dès son lancement.

Ni l'acte attaqué ni la note établie à l'attention de la ministre procédant à l'analyse des offres n'explique la place accordée à l'estimation du marché lors de la vérification de la normalité des prix. La partie adverse énonce cependant, dans son courrier du 4 mars 2021 qu'elle adresse à la requérante plusieurs semaines après la communication de la décision d'attribution, que « [n]otre base de comparaison principale est notre estimation des postes du métré, laquelle est fondée sur les prix indexés du précédent marché attribué en 2008 avec un objet similaire ».

En réalité, il ressort de l'examen des offres et du tableau comparatif des prix des offres, déposé à titre confidentiel par la partie adverse, que l'estimation des prix du marché n'a servi qu'à identifier le caractère non négligeable des postes et, partant, à décider de procéder à une vérification plus approfondie des prix pour ceux-ci. En revanche, contrairement à ce qu'affirme la requérante, l'estimation des prix du marché n'a pas joué de rôle pour contrôler concrètement la normalité des prix unitaires de l'attributaire pour les postes 10, 11, 27, 64 à 70. Il résulte, en effet, de la motivation de l'acte attaqué – qui n'est pas contredite par le dossier administratif – que la normalité de ces prix a été appréciée au regard des justifications apportées par la SA Fabricom. Les éléments avancés par l'acte attaqué pour justifier la normalité de ces prix proviennent exclusivement de ces justifications. À trois exceptions près, l'estimation des prix unitaires des postes 10, 11, 27, 64 à 70 est d'ailleurs assez éloignée des prix unitaires de l'attributaire pour ces postes, ce qui n'a pas empêché la partie adverse de conclure à la normalité de ceux-ci.

Le grief manque en fait en ce qu'il part de la prémisse inexacte que la normalité des prix des postes 10, 11, 27, 64 à 70 remis par l'attributaire a été admise en se fondant sur l'estimation des prix du marché établie par la partie adverse.

Dans son mémoire en réplique, la requérante invite le Conseil d'État à vérifier (1) que la différence entre les marges bénéficiaires appliquées par elle et par l'attributaire aux prix des postes 64 à 70 explique, à elle seule, la différence de prix entre les deux soumissionnaires pour ces postes, faute de quoi il faudrait conclure à l'anormalité des prix de l'attributaire pour ces postes et (2) que les prix des postes 10, 11 et 27 ne sont pas anormaux, en faisant valoir que les écarts entre les prix qu'elle a

remis – jugés normaux – et ceux de l’attributaire démontrent que ces derniers sont anormaux. Elle ajoute, dans son dernier mémoire, que, pour les postes 10 et 11, rien ne justifie les différences de temps de pose/dépose de la signalisation et de temps de fouille mentionnées dans les justifications des différents soumissionnaires.

Concernant les postes 64 à 70 qui portent sur la fourniture de différents panneaux dynamiques, il ne suffit pas, pour établir une erreur manifeste d’appréciation, de constater, comme le soutient la requérante, que l’écart entre les prix proposés serait (légèrement) supérieur à la différence entre les marges bénéficiaires appliquées par les deux soumissionnaires (18 % et 11 %) aux prix de fourniture des panneaux. En effet, tant l’attributaire que la requérante ont, dans la composition de leurs prix, inclus d’autres prestations comme celles qui sont nécessaires à la programmation, la configuration et le développement.

Concernant les postes 10, 11 et 27, il convient de rappeler que des écarts entre des prix n’impliquent pas que l’un ou l’autre de ceux-ci soient anormaux, le caractère anormal d’un prix ne pouvant être décidé qu’à la suite des justifications individuelles remises par les soumissionnaires en application de l’article 36 de l’arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Quant aux justifications apportées par les soumissionnaires pour les postes 10 et 11, la requérante se limite à affirmer que rien n’explique les différences de temps de pose/dépose de la signalisation (poste 10) et les différences de temps de fouille (poste 11). Elle reste toutefois en défaut de démontrer que les temps de prestations qu’elle a elle-même prévus seraient les seuls acceptables pour tenter d’établir que ceux qui sont mentionnés par l’attributaire seraient manifestement sous-évalués – nonobstant les justifications qu’il a pu donner et qui sont reprises en partie dans le mémoire en intervention –, en sorte que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d’appréciation à cet endroit. Par ailleurs, pour les postes 11 et 27, la requérante recourt, comme l’indique l’acte attaqué, à un sous-traitant. Elle indique, à cet endroit, des prix forfaitaires qui ne sont pas eux-mêmes justifiés.

La requérante ne démontre pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d’appréciation en tenant pour normaux les prix remis par l’attributaire du marché pour les postes 10, 11, 27, 64 à 70.

Le premier moyen, en sa première branche, n’est pas fondé.

Quant aux deuxième et troisième branches

La requérante affirme que le prix global de l'offre de l'attributaire serait anormal (deuxième branche) et que les prix unitaires de cette offre pour d'autres postes que les dix postes pour lesquels il a été interrogé présenteraient également un caractère anormal (troisième branche).

Cette affirmation repose essentiellement sur les écarts de prix existant entre les différentes offres déposées. Or, comme il vient d'être indiqué, des écarts de prix entre plusieurs offres ne suffisent pas à considérer que certains d'entre eux sont anormaux, le caractère anormal d'un prix ne pouvant être décidé qu'à la suite des justifications individuelles données par le soumissionnaire en application de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité.

Force est de constater que l'attributaire du marché n'a, dans le cadre de la procédure de passation litigieuse, pas été interrogé sur le prix global de son offre. Quant aux prix unitaires qu'il a remis, il a uniquement été invité à justifier les prix des postes 10, 11, 27, 64 à 70, à l'exclusion des autres postes du métré.

L'absence de vérification du prix global de l'attributaire et des prix unitaires qu'il a remis pour d'autres postes n'est pas dénoncée dans le cadre du premier moyen de la requête. Une illégalité à cet endroit ne peut dès lors conduire à déclarer fondé ce moyen. De même, l'erreur manifeste d'appréciation qu'aurait commise la partie adverse en qualifiant certains postes de négligeables – dont la requérante fait état dans son dernier mémoire en se référant au rapport de l'auditeur – est étrangère au grief soulevé dans le premier moyen de la requête. Ces différents griefs sont examinés dans le cadre du deuxième moyen.

La requérante affirme encore, à l'appui de la deuxième branche du premier moyen, que le prix total proposé par l'attributaire ne lui permet pas de supporter les coûts directs des prestations et des matériaux et encore moins de couvrir ses frais généraux et son bénéfice. Cette affirmation se fonde sur un tableau qu'elle produit en annexe de son mémoire en réplique, dans lequel elle indique les prix qu'elle pense être ceux de l'offre de l'attributaire pour les différents postes du métré. Elle affirme, sur la base de cette estimation, que le montant total de l'offre de l'attributaire ne lui permet pas de financer 55 postes du métré.

Les estimations de prix réalisées par la requérante ne correspondent pas aux prix remis par l'attributaire dans son offre. Le montant total de celle-ci est logiquement la somme des prix des 119 postes du métré. Pour le reste, l'attributaire n'a, comme il vient d'être indiqué, pas été invité à justifier ses prix, sauf ceux des

postes 10, 11, 27, 64 à 70.

La requérante ne démontre pas que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en ne tenant pas pour anormaux le prix global de l'offre de l'attributaire ou les prix unitaires d'autres postes pour lesquels il n'a pas été interrogé.

Le premier moyen, en ses deuxième et troisième branches, n'est pas fondé.

*

Le premier moyen n'étant fondé en aucune de ses branches, le recours en annulation est irrecevable en tant qu'il est dirigé contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante (deuxième acte attaqué).

IX. Deuxième moyen

IX.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 29, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, *juncto*, 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, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur en fait ou en droit dans les motifs ou de l'inadéquation dans les motifs.

Dans une première branche, la requérante reproche à la partie adverse de s'être limitée, en vue de se prononcer sur la normalité du prix global de l'attributaire, à contrôler celle des prix des postes 10, 11, 27, 64 à 70 et à interroger l'attributaire uniquement sur les prix de ces dix postes alors que ceux-ci ne sont pas suffisants pour expliquer l'écart énorme entre le prix global de l'attributaire du marché, d'une part, et ceux de la requérante et de la SA Spie Belgium, d'autre part.

Dans une deuxième branche, la requérante fait grief à la partie adverse de

ne pas avoir contrôlé et interrogé l'attributaire du marché sur plusieurs des 57 autres postes, à propos desquels elle admet, dans son courrier du 4 mars 2021, qu'elle avait remarqué des différences importantes de prix.

Dans une troisième branche, elle observe que, complémentairement à ce qui est développé dans le cadre de la première branche, la partie adverse avait l'obligation de contrôler la normalité du prix global de l'offre de l'attributaire du marché, dès lors que celui-ci s'écarte de bien plus de 15 % de celui de la moyenne des offres déposées (écart > 31 %). Ce contrôle s'imposait, selon elle, d'autant plus que la SA Spie Belgium était la mieux placée pour comprendre les tenants et aboutissants du marché litigieux puisque c'est elle qui a exécuté le marché conclu en 2008.

Dans une quatrième branche, elle reproche à l'acte attaqué de ne contenir aucune motivation quant au caractère normal du prix global de l'attributaire du marché.

Dans une cinquième branche, la requérante fait valoir que la motivation de l'acte attaqué est viciée puisque la base de comparaison utilisée par la partie adverse pour admettre la normalité des prix de l'attributaire, à savoir les prix indexés du marché conclu en 2008, est inadéquate pour les motifs déjà exposés dans le cadre de la première branche du premier moyen.

Dans une sixième branche, elle fait grief à la motivation de la décision d'attribution attaquée de se borner à reprendre les justifications qui ont été transmises par l'attributaire et à mentionner que les prix ne sont pas anormaux, sans indiquer les motifs pour lesquels ces justifications permettent de considérer comme normaux des prix qui, dans un premier temps, semblaient anormaux à la partie adverse. Elle critique plus particulièrement la motivation de l'acte attaqué concernant les postes 10, 11 et 27. Elle souligne également que cette motivation ne permet pas de comprendre la raison pour laquelle la marge bénéficiaire de la SA Fabricom, pourtant jugée « très basse » par la partie adverse, est acceptable. À l'appui de sa critique, elle cite le courrier du 4 mars 2021 de la partie adverse. Elle fait valoir qu'en tout état de cause, la motivation de la décision d'attribution sur ce point est lacunaire et contradictoire.

Dans une septième branche, la requérante expose que la motivation de la décision d'attribution attaquée ne permet pas de comprendre si les prix de l'attributaire du marché pour les postes 10, 11, 27, 64 à 70 étaient dans le même ordre de grandeur que ceux de la requérante ou s'ils s'écartaient sensiblement de ses prix et de ceux de la SA Spie Belgium. Elle soutient que, dans la deuxième hypothèse, la

motivation de la décision d'attribution est contradictoire, la partie adverse ne pouvant estimer comme normaux tant les prix de l'attributaire pour ces postes que les prix de la requérante et de la SA Spie Belgium.

B. Mémoire en réponse

Quant à la première branche, la partie adverse explique qu'elle s'est concentrée sur les postes représentant le cœur du projet, à savoir les panneaux et leur câblage. Elle affirme qu'aucun autre poste ne présentait d'apparence d'anormalité et que la requérante ne démontre pas le contraire. Elle soutient que le fait qu'un écart important de prix existe entre les offres de différents soumissionnaires ne suffit pas, en soi, à obliger l'adjudicateur à interroger les soumissionnaires sur l'ensemble de leurs prix unitaires. Elle rappelle que le prix global de l'offre de l'attributaire du marché était conforme à l'estimation du pouvoir adjudicateur.

Quant à la deuxième branche, la partie adverse réfute l'affirmation selon laquelle elle aurait, dans son courrier du 4 mars 2021, reconnu que la vérification des prix des postes 10, 11, 27, 64 à 70 était insuffisante pour contrôler la normalité du prix global de l'offre de l'attributaire.

Quant à la troisième branche, la partie adverse fait valoir que l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 n'est pas applicable en l'espèce et que le montant total de l'offre de l'attributaire ne s'écartait pas sensiblement de l'estimation effectuée par le pouvoir adjudicateur (écart de 12,3 %). Elle considère dès lors qu'elle a pu légitimement estimer qu'il n'était pas nécessaire d'interroger l'attributaire du marché sur le prix global de son offre. L'affirmation de la requérante selon laquelle « l'écart très important entre le prix de l'attributaire et le prix total de la société Spie qui exécutait le marché de 2008 et qui était la mieux placée pour comprendre les tenants et aboutissants du marché de 2018 » serait en contradiction avec la thèse selon laquelle le marché de 2008 ne pouvait pas constituer une base de comparaison pour estimer les prix unitaires et le montant total du marché en cause. Pour les motifs déjà exposés dans le cadre du premier moyen (marchés portant tous deux sur la pose de panneaux de téléjalonnement dans la Région de Bruxelles-Capitale), elle maintient que le comparatif avec le marché conclu en 2008 était utile.

Quant à la quatrième branche, elle répond que, comme elle pouvait décider de ne pas interroger l'adjudicataire sur le montant total de son offre, elle n'était pas contrainte de fournir une motivation *in extenso* quant au caractère normal de l'offre sous cet angle.

Quant à la cinquième branche, la partie adverse réitère ses explications concernant la pertinence d'utiliser le marché conclu en 2008 comme base de comparaison partielle pour estimer le montant du marché en cause. Elle relève que les arguments de la requérante sont contradictoires dès lors que les éléments de différenciation entre les deux marchés – cités par la requérante – comme le fait que les panneaux sont de plus grande taille et sont « *full* dynamiques », sont de nature à justifier une augmentation des prix et non des prix plus bas. Elle souligne que les prestations prévues par le marché de 2008 n'étaient pas limitées à des prototypes. L'affirmation de la requérante selon laquelle la partie adverse aurait dû avoir son attention attirée par le fait qu'il existait un « écart très important entre le prix de l'attributaire et le prix total de la société Spie qui exécutait le marché de 2008 et qui était la mieux placée pour comprendre les tenants et aboutissants du marché de 2018 » lui paraît en contradiction avec la thèse défendue par la requérante selon laquelle le marché de 2008 ne pouvait pas constituer une base de comparaison pour estimer les prix unitaires et le montant total du marché en cause. Elle ajoute que des facteurs extérieurs au marché peuvent pousser une entreprise – telle que la SA Spie Belgium en l'espèce – à proposer des prix inférieurs ou, au contraire, supérieurs à ce qu'elle propose d'habitude.

Quant à la sixième branche, la partie adverse répond qu'elle a bien procédé à une vérification de la pertinence des justifications fournies par l'adjudicataire dès lors qu'elle a considéré que les prix remis par celui-ci étaient justifiés par la marge plus faible de celui-ci ainsi que par la taille importante de cette entreprise.

Quant à la septième branche, la partie adverse relève qu'il n'existe aucune obligation de motivation du choix des postes pour lesquels elle décide d'interroger l'attributaire du marché. Elle observe qu'elle a interrogé les différents soumissionnaires sur « les postes qui lui paraissaient les plus importants pour l'exécution du marché et qui n'étaient pas négligeables ».

C. Mémoire en intervention

Quant à la première branche, l'intervenante renvoie à ses développements relatifs à la troisième branche du premier moyen, dans lesquels, en substance, (1) elle reprend, pour partie, les justifications de prix qu'elle a remises pour les postes 10, 11, 27, 64 à 70 et renvoie, pour le surplus, aux pièces confidentielles du dossier, (2) elle fait valoir que le marché conclu en 2008 ne constitue qu'un élément de comparaison

parmi d'autres et qu'il présentait quand même, pour certains postes, de grandes similitudes avec le marché litigieux et (3) elle indique ne pas comprendre l'argument de la requérante qui prétend que l'attributaire aurait remis des prix anormalement bas, tout en affirmant que les prix du marché ont évolué « à la baisse ». Elle conteste, par ailleurs, que la Région de Bruxelles-Capitale aurait, dans son courrier du 4 mars 2021, affirmé que des prix anormaux auraient été constatés pour 67 postes dans le métré de l'attributaire. Elle expose que la partie adverse a, dans ce courrier, relevé que ce sont les prix de la requérante qui, pour 67 postes, étaient (beaucoup) plus élevés que ceux de l'estimatif établi par la Région de Bruxelles-Capitale.

Quant à la deuxième branche, l'intervenante se réfère à ce qu'elle a expliqué dans le cadre de la première branche du deuxième moyen. Elle insiste sur le fait que le courrier du 4 mars 2021 de la partie adverse ne mentionne nullement qu'il y a des différences importantes pour 67 postes de l'offre de l'attributaire par rapport à l'estimatif de base, mais qu'il remet plutôt en cause l'offre de la requérante qui présente des prix (beaucoup) plus élevés.

Quant à la troisième branche, l'intervenante renvoie à ses développements relatifs à la troisième branche du premier moyen, dans lesquels elle rappelle le large pouvoir d'appréciation qui est reconnu au pouvoir adjudicateur pour procéder à un contrôle des prix, estimer le caractère apparemment anormal d'un prix, déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications et examiner la validité des justifications apportées par le soumissionnaire concerné. Selon l'intervenante, la requérante ne démontre pas, dans sa requête, que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Quant à la quatrième branche, elle observe que la partie adverse n'est pas tenue de motiver la raison pour laquelle le prix total de l'attributaire est normal si elle estime que ce prix n'est pas anormal. Elle ajoute que la réfutation de cette branche est le corollaire naturel de la réfutation de la troisième branche du deuxième moyen dont il résulte que la partie adverse n'a, à juste titre, pas considéré le prix total de l'attributaire comme anormal.

Quant à la cinquième branche, l'intervenante constate que la question de l'utilisation des prix du marché de 2008 comme base de comparaison a déjà été traitée dans le cadre de la première branche du premier moyen. Elle estime que les arguments de la requérante se contredisent dès lors que des panneaux plus grands et « *full dynamiques* » devraient être plus chers que les panneaux de 2008, tandis que l'invocation d'une évolution technologique et les déclarations de la ministre de la

Mobilité plaident pour une diminution des prix. Elle reproche à la requérante de ne pas exposer dans sa requête en quoi les deux phases du projet seraient différentes en ce qui concerne les études, les travaux de déplacement et la maintenance alors que ce sont les éléments les plus comparables pour les deux phases du projet. En ce qui concerne les différences qui pourraient exister entre le marché litigieux et celui de 2008 relativement aux types de panneaux, l'intervenante observe que la partie adverse a interrogé tous les soumissionnaires sur les prix remis pour les postes correspondants et que ceux-ci ont pu justifier leurs prix en donnant des raisons propres à leur structure et à leurs spécificités. En ce qui concerne les autres postes du métré, l'intervenante constate que la requérante n'indique pas, dans sa requête, pourquoi le marché en cause serait différent dans la première phase du projet. Elle souscrit au raisonnement de la Région de Bruxelles-Capitale selon lequel le marché de 2008 était pertinent pour estimer les prix du marché de 2018 dès lors que ces deux marchés ont un objet similaire et qu'ils s'inscrivent dans le même contexte. Les travaux, études et autres éléments repris dans le métré sont, selon elle, comparables pour les deux phases du projet.

Quant à la sixième branche, l'intervenante renvoie à la réponse de la partie adverse.

Quant à la septième branche, l'intervenante rappelle que l'analyse des prix se fait au cas par cas, moyennant les justifications fournies par le soumissionnaire pour ce qui concerne ses prix. Elle relève que le fait qu'une disparité existe entre les prix pour un même poste n'implique pas d'emblée une anormalité pour l'un des soumissionnaires et pas les autres. Elle soutient qu'un examen minutieux implique justement une analyse de chacune des justifications et qu'à défaut, il ne servirait à rien d'interroger les soumissionnaires. Elle renvoie, pour le surplus, à l'argumentation de la partie adverse.

D. Mémoire en réplique

Quant aux première, deuxième, troisième et quatrième branches, la requérante fait valoir que la justification que contient le mémoire en réponse quant à la normalité du prix total et des autres prix unitaires de l'offre de l'attributaire, qui se fonde sur une estimation du marché litigieux, n'a jamais été communiquée auparavant, en sorte qu'elle constitue une motivation tardive qui ne peut pas être acceptée. Elle relève, par ailleurs, qu'aucun élément du dossier administratif ne vient soutenir cette affirmation du mémoire en réponse. Elle fait valoir que la décision d'attribution ne contient aucune indication selon laquelle la partie adverse aurait

admis comme normal le prix total de l'attributaire du marché et que seule la « note à la Ministre » du 14 décembre 2020 reprend une telle mention, mais que ce document n'a pas été communiqué à la requérante au moment de la notification de la décision d'attribution. Elle en déduit un défaut de motivation formelle et matérielle de l'acte attaqué concernant les motifs pour lesquels le prix total de l'attributaire du marché n'a pas été jugé anormal. Elle soutient qu'après l'échéance du délai minimum de 12 jours imposé au soumissionnaire pour remettre ses justifications de prix, le pouvoir adjudicateur ne peut pas faire état d'autres justifications qu'il rechercherait lui-même pour pallier la défaillance des justifications qui lui ont été fournies par le soumissionnaire interrogé. Selon elle, le pouvoir adjudicateur ne peut se baser sur d'autres éléments que ceux qui lui ont été fournis, sauf s'il les a soumis au soumissionnaire concerné afin de lui permettre d'y réagir, *quod non* en l'espèce.

Quant à la cinquième branche, la requérante expose que, pour les travaux à réaliser, la comparaison avec le marché de 2008 n'est pas non plus adéquate dans la mesure où les postes des deux marchés ne sont pas systématiquement identiques entre eux. Elle explique que le grief qu'elle adresse à la partie adverse est d'avoir admis les prix de l'attributaire du marché au motif qu'ils étaient cohérents par rapport à ceux du marché de 2008. Or, selon la requérante, les prix des panneaux du marché initial de 2008 ne permettraient pas de valider les prix des panneaux proposés dans le cadre du marché de 2018. Il importe peu, selon elle, que les prix des panneaux proposés en 2018 soient plus bas que ceux des panneaux prévus initialement en 2008, puisque ce qui est reproché est d'utiliser une base de comparaison incohérente pour valider la normalité de prix de panneaux qui ont fortement évolué en dix ans. Elle ajoute que le poste 27 du marché litigieux ne correspond pas au poste 6 du marché conclu en 2008. Elle expose que le poste 27 comprend également des prestations qui relèvent du poste 7 du marché de 2008 sans toutefois la fourniture des câbles, de telle sorte que, pour pouvoir utilement comparer les prix des deux marchés, il aurait fallu fusionner les postes 6 et 7 du marché de 2008, réviser leurs prix et retirer le prix moyen des câbles. Elle en déduit que l'estimation aurait dû être de 93,8 euros/m pour le poste 27 (et non pas 70 euros/m comme annoncé dans le mémoire en réponse). Elle conclut qu'en validant les prix de l'attributaire du marché par référence à une estimation de prix fondée sur les prix indexés du marché de 2008, la décision attaquée repose sur des motifs erronés en fait et inadéquats.

Quant à la sixième branche, la requérante maintient que la motivation de l'acte attaqué mentionne simplement comment l'attributaire du marché a justifié ses prix et l'acceptation par la partie adverse de ces justifications. En revanche, elle n'indique pas en quoi ces justifications sont exactes et pertinentes et permettent bel et

bien d'expliquer que les prix pour les postes en question sont normaux, alors qu'ils ont été, dans un premier temps, jugés anormaux par la partie adverse elle-même.

La requérante déclare renoncer à la septième branche de son moyen.

E. Dernier mémoire de l'intervenante

Quant aux première, troisième et quatrième branches, l'intervenante renvoie à ses développements relatifs à la deuxième branche du premier moyen, dans lesquels elle expose, en substance, que (1) le Conseil d'État ne peut censurer que des erreurs manifestes d'appréciation sur la question de savoir si un prix doit être considéré comme anormal et s'il est opportun de solliciter des justifications, (2) le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans les motifs de sa décision la raison pour laquelle un prix ne présente, selon lui, aucun caractère anormal et (3) la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en n'ayant pas interrogé l'attributaire sur la normalité de son prix global, dès lors qu'elle disposait d'éléments suffisants (estimation du montant du marché) pour être confortée dans le fait que ce prix était normal. Elle ajoute qu'en ce qui concerne la motivation de ne pas considérer son prix global comme anormalement bas, il suffit de relever que la partie adverse a considéré que ce n'était pas le cas, au vu du montant estimé du marché, ce qui permet de comprendre à suffisance les raisons pour lesquelles la partie adverse n'a pas interrogé l'intervenante et a estimé ne pas devoir écarter l'offre de celle-ci.

Quant à la deuxième branche, l'intervenante renvoie à ses développements relatifs à la troisième branche du premier moyen, dans lesquels elle expose, en substance, que (1) il appartient à la requérante de démontrer qu'en égard aux circonstances de l'espèce, la partie adverse a commis une erreur manifeste dans l'appréciation du caractère négligeable ou non des postes du métré, (2) l'attributaire a remis un prix total proche de l'estimation établie par la partie adverse, en sorte que cette dernière n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en se référant à cette estimation pour justifier le caractère négligeable de certains postes, (3) le Conseil d'État ne peut se substituer au pouvoir adjudicateur en décidant, à sa place, du caractère négligeable de certains postes au regard de leur pourcentage par rapport au montant total de l'offre du soumissionnaire concerné ou de la différence de prix unitaires entre les offres et (4) la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en ne procédant pas à une vérification approfondie de la normalité des prix des postes 41, 51 et 82 pour lesquels l'attributaire présentait un prix sensiblement supérieur aux prix unitaires estimés, dès lors qu'elle n'est pas tenue d'interroger les soumissionnaires dont elle juge les prix anormalement élevés dès lors qu'elle

n'envisage pas de déclarer l'offre irrégulière pour ce motif. Elle ajoute qu'en ce qui concerne la motivation de la décision de considérer que certains prix unitaires ne sont pas anormaux, la mention de la vérification des prix unitaires était suffisante.

Quant à la cinquième branche, l'intervenante se réfère au rapport de l'auditeur-rapporteur qui conclut à son caractère non fondé.

Quant à la sixième branche, elle indique que plusieurs éléments dans les justifications des prix unitaires relèvent de la confidentialité de son offre. Elle soutient que les éléments contenus dans le dossier administratif peuvent venir dans le prolongement des motifs exprimés dans la décision d'attribution, qui, pour chaque poste, mentionnent la raison qui justifie la normalité des prix unitaires de l'attributaire du marché. Elle ajoute qu'en ce qui concerne les postes 10 et 11, la partie adverse a parfaitement pu considérer que les explications similaires fournies par les soumissionnaires pouvaient justifier la normalité de leurs prix tout en remarquant que la divergence entre ces prix provenait de temps de pose/dépose de la signalisation (pour le poste 10) et de temps de fouille (pour le poste 11) très différents d'une offre à l'autre. Selon elle, la partie adverse a bien procédé à une analyse consciencieuse de la pertinence des justifications fournies par l'attributaire et la motivation de la décision d'attribution permet de comprendre les raisons pour lesquelles les prix unitaires ont été considérés comme admissibles, ainsi que les raisons pour lesquelles ils divergent.

F. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse se réfère aux développements de son mémoire en réponse.

G. Dernier mémoire de la requérante

Quant aux première, troisième et quatrième branches, la requérante soutient qu'en l'espèce, la partie adverse ne disposait pas d'éléments suffisants pour s'assurer que le prix total de l'attributaire était normal.

Quant à la deuxième branche, elle renvoie aux conclusions du rapport de l'auditeur-rapporteur.

Quant à la cinquième branche, la requérante expose que, comme elle n'a pas accès à l'intégralité du dossier administratif, elle se réfère à l'appréciation portée par le Conseil d'État à cet égard.

Quant à la sixième branche, la requérante maintient que la motivation qui figure dans l'acte attaqué se limite à constater qu'une justification a été apportée ; elle ne témoigne pas d'une appréciation concrète de la pertinence et du caractère admissible des éléments de justification fournis par l'attributaire. Elle reproche à la partie adverse de ne pas s'être interrogée sur les différences de temps de pose/dépose de signalisation (pour le poste 10) et de fouille (pour le poste 11) présentes dans les justifications des soumissionnaires. Elle relève qu'elle a communiqué ses prix en annexe de son mémoire en réplique et que l'intervenante n'a pas cherché à démontrer qu'ils seraient anormaux, non pertinents ou surévalués.

Elle déduit de ce qui précède que le Conseil d'État doit annuler tant la décision d'attribution de l'accord-cadre que le refus implicite de ne pas lui attribuer celui-ci, puisqu'il doit être constaté que « le marché ne pouvait pas être attribué en l'état à l'intervenante dont les prix pour les postes dont question apparaissent anormalement bas, à défaut de justifications admissibles ».

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant aux première, troisième et quatrième branches

Dans les première et troisième branches du moyen, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir interrogé l'attributaire sur le prix global de son offre compte tenu de l'important écart (> 31 %) existant entre ce prix et ceux des deux autres soumissionnaires. Dans la quatrième branche du moyen, elle fait grief à l'acte attaqué de ne pas contenir de motivation relative au caractère normal du prix global de l'attributaire.

Il ressort de l'acte attaqué que les justifications fournies par l'attributaire du marché pour établir la normalité des prix unitaires pour les postes 10, 11, 27, 64 à 70 du métré sont également invoquées par le pouvoir adjudicateur afin de justifier la normalité du montant total de l'offre de l'intervenante. L'acte attaqué précise en effet « [q]ue le pouvoir adjudicateur a apprécié les justifications reçues de Fabricom SA et a constaté que le montant total de l'offre ainsi que les prix unitaires des postes susmentionnés ne présentent pas de caractère anormal en raison des éléments suivants [...] ».

Cependant, le courrier adressé à l'intervenante dans le cadre du contrôle des prix visait exclusivement le caractère anormal des prix unitaires des postes

précités. La partie adverse n'a donc pas estimé que le prix global proposé par l'intervenante présentait une apparence d'anormalité nécessitant un contrôle plus approfondi au sens de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation tant pour détecter des prix apparemment anormaux et demander les informations et justifications nécessaires au soumissionnaire concerné que pour apprécier la validité et la pertinence de celles-ci. Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle de l'autorité, sans préjudice de la censure d'une erreur manifeste d'appréciation que cette autorité aurait, le cas échéant, commise.

Les parties s'accordent sur le fait que l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité n'est pas applicable au marché litigieux. Le pouvoir adjudicateur ne voyait donc pas son pouvoir d'appréciation, quant à la détection de prix globaux anormaux, encadré par des critères objectifs prédéfinis.

La partie adverse affirme, pour la première fois dans le cadre de la procédure diligentée devant le Conseil d'État, que dès lors que le prix global de l'attributaire ne s'écartait pas sensiblement de l'estimation qu'elle a effectuée, elle a pu estimer qu'il n'était pas nécessaire de l'interroger sur ce prix.

Tout d'abord, cette affirmation n'est pas corroborée par les motifs de l'acte attaqué qui, pour affirmer la normalité du prix global de l'offre de l'attributaire, se limite à invoquer les explications données par ce dernier concernant les prix des postes 10, 11, 27, 64 à 70.

Ensuite, s'il est vrai que le prix global proposé par l'intervenante est relativement proche de l'estimation du montant total du marché établie par le pouvoir adjudicateur (écart de 12,3 %), il convient de rappeler que le prix global d'un marché n'est jamais que la somme des prix unitaires des différents postes du métré. Or, sur la base du comparatif des offres (pièce confidentielle G du dossier administratif), il faut constater que, pour plus de la moitié des postes du métré (64 postes sur 119), les prix de l'intervenante présentent, avec les prix estimés par la partie adverse, des écarts supérieurs à 30 % (pour 41 postes, des prix plus élevés et, pour 23 postes, des prix plus bas). Pour un nombre remarquable de ces postes (46 postes sur 64), les écarts sont supérieurs à 50 % (pour 35 postes, des prix plus élevés et, pour 11 postes, des prix plus bas). Ces 64 postes, pour lesquels des écarts très élevés (vers le haut ou vers le bas) existent entre les prix de l'attributaire et les prix estimés, représentent plus de

1.250.000 euros du montant total estimé du marché. Les doutes quant aux prix unitaires estimés rejaillissent inévitablement sur l'estimation du montant total du marché. Contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, l'écart relativement faible (- 12,3 %) entre l'estimation établie par la partie adverse et le prix global de l'offre de l'attributaire ne permet pas d'affirmer la normalité de ce dernier. Dans une telle configuration, la partie adverse ne pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, s'abstenir de vérifier le prix global de l'attributaire, compte tenu de l'écart très élevé (> 31 %) entre celui-ci et les prix globaux remis par les deux autres soumissionnaires.

Enfin et contrairement à ce que soutient l'acte attaqué, les prix unitaires contrôlés (pour les postes 10, 11, 27, 64 à 70) ne permettent d'expliquer que très partiellement la grande différence de prix existant entre l'offre de l'attributaire et celles des deux autres soumissionnaires. Les dix postes précités représentent, pour chaque offre, moins de 45 % de son montant total et les écarts de prix entre l'offre de l'attributaire et celles des deux autres soumissionnaires pour l'ensemble des dix postes précités, d'une part, et pour l'ensemble des autres postes, d'autre part, se situent dans un même ordre de grandeur : selon les offres, les écarts de prix varient, pour l'ensemble des dix postes précités, de 31 à 38 %, et, pour l'ensemble des autres postes, de 26 à 36 %.

Il suit des éléments qui précèdent que :

- l'écart très élevé existant entre le prix global remis par l'attributaire et ceux des deux autres soumissionnaires ne pouvait manifestement pas être ignoré par la partie adverse ; au vu des pièces du dossier, celle-ci ne pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, conclure à la normalité de ces prix sans autre vérification ;
- la motivation de l'acte attaqué qui invoque les justifications fournies par l'attributaire concernant les prix des postes 10, 11, 27, 64 à 70 pour valider le prix global de l'offre de celui-ci est inadéquate ; dès lors que la partie adverse était tenue, au regard des développements qui précèdent, de vérifier ce prix global, une telle motivation est, par ailleurs, nécessairement insuffisante.

Le deuxième moyen, en ses première, troisième et quatrième branches, est fondé.

Quant à la deuxième branche

La requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir interrogé l'attributaire sur les prix unitaires d'autres postes que les postes 10, 11, 27, 64 à 70.

Dès lors que cette critique touche pour l'essentiel à des pièces déposées à titre confidentiel, il ne peut être reproché à la requérante de ne pas identifier plus précisément les prix unitaires concernés et de ne pas préciser plus avant sa critique.

Dans le cadre de son mémoire en réponse, la partie adverse explique, à l'occasion de l'examen des première et septième branches du deuxième moyen, qu'elle « s'est concentrée sur les postes représentant le cœur du projet, à savoir les panneaux et le câblage de ceux-ci » et qu'elle « a interrogé les différents soumissionnaires sur les postes qui paraissaient les plus importants pour l'exécution du marché et qui n'étaient pas négligeables ».

Il ressort des pièces confidentielles du dossier que les soumissionnaires ont été interrogés sur les prix unitaires des postes qui, dans l'estimation des prix établie par la partie adverse, peuvent être considérés comme non négligeables (selon les postes, entre 3,5 % et 14 % du montant total estimé du marché). Ce n'est pas aussi vrai pour les postes 64, 69 et 70. Mais ceux-ci portent sur la fourniture de panneaux dynamiques – qui représente le cœur du marché litigieux –, ce qui, suivant la partie adverse, justifie que les soumissionnaires ont quand même été interrogés sur les prix de ces trois postes. On observe, par ailleurs, que, pour les postes 64, 65 et 66, les écarts de prix sont assez faibles entre les offres des différents soumissionnaires, mais également au regard des prix estimés pour ces postes. Ceci n'a cependant pas empêché la partie adverse d'inviter les soumissionnaires à justifier leurs prix pour ces postes, en détectant même, dans l'offre de l'intervenante, des prix apparemment anormaux.

Si l'estimatif de base du marché peut constituer un élément pertinent d'appréciation du caractère négligeable ou non d'un poste, la partie adverse ne pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, ignorer l'importance de certains prix unitaires remis par les soumissionnaires, particulièrement lorsque des écarts de prix très élevés existent, d'une part, entre l'estimation et les prix des soumissionnaires et, d'autre part, entre les prix des différents soumissionnaires. Tel est, par exemple, manifestement le cas pour le poste 41 du mètre qui représente 7,32 % de la moyenne du montant total des offres déposées et montre des écarts de prix très importants entre, d'une part, l'estimation et les prix des soumissionnaires (prix des soumissionnaires 2 à 9 fois plus élevés que le prix estimé) et, d'autre part,

entre les prix des soumissionnaires (prix 2 à 4 fois plus élevés, selon les offres).

La partie adverse ne pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, s'abstenir d'interroger les soumissionnaires sur les prix de postes qu'à l'évidence elle ne pouvait considérer comme négligeables et qui présentaient manifestement des apparences d'anormalité. Elle devait, pour ces postes, demander aux soumissionnaires concernés de justifier leurs prix en application de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Le moyen, en sa deuxième branche, est fondé.

Quant à la cinquième branche

La requérante soutient que l'acte attaqué est mal motivé en ce qu'il admet la normalité des prix de l'attributaire sur la base d'une estimation des prix qui se fonde sur une base de comparaison inadéquate (prix indexés du marché conclu en 2008).

Comme il a déjà été exposé, il ressort des pièces du dossier que l'estimation des prix établie par la partie adverse a servi à identifier le caractère non négligeable des postes du métré et, partant, à décider de procéder à une vérification plus approfondie des prix pour ceux-ci.

La normalité des prix pour les postes 10, 11, 27, 64 à 70 n'a pas été validée sur la base d'une estimation des prix. Elle a été exclusivement appréciée au regard de justifications de prix fournies par l'attributaire du marché en application de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Quant au prix global de l'offre, les motifs de l'acte attaqué se limitent à affirmer sa normalité en invoquant les explications fournies par l'attributaire concernant les prix des dix postes qui ont été contrôlés.

Comme il a déjà été observé, pour un très grand nombre de postes du métré, les prix de l'intervenante présentent, avec les prix estimés par la partie adverse, des écarts très importants (vers le haut comme vers le bas). Si la partie adverse n'a pas interrogé l'attributaire sur les prix des autres postes du métré, ce n'est pas qu'elle les considérait comme normaux. Comme elle l'indique dans son mémoire en réponse, elle a estimé devoir concentrer son contrôle et interroger les soumissionnaires uniquement sur les postes qui lui « paraissaient les plus importants pour l'exécution

du marché et qui n'étaient pas négligeables ».

Le deuxième moyen, en sa cinquième branche, manque en fait en ce qu'il part de la prémisse inexacte que la normalité des prix de l'attributaire a été validée sur la base d'une estimation de prix fondée sur les prix indexés du marché conclu en 2008.

Quant à la sixième branche

La requérante dénonce un défaut de motivation formelle. Elle reproche à l'acte attaqué de ne pas expliquer en quoi les justifications fournies par l'attributaire du marché pour les prix unitaires des postes 10, 11, 27, 64 à 70, sont admissibles.

L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'autorité est tenue, doit notamment permettre aux destinataires d'une décision de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à l'adopter, vérifier que celle-ci s'est livrée à un examen complet et détaillé des circonstances de l'affaire et apprécier l'opportunité et, le cas échéant, la manière d'exercer les recours dont ils peuvent disposer.

Lorsque le pouvoir adjudicateur juge nécessaire d'inviter un soumissionnaire à justifier certains prix qui lui semblent anormaux, la décision de ne pas finalement les considérer comme tels doit faire l'objet d'une motivation précise, faisant ressortir la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments sur lesquels le pouvoir adjudicateur a fondé sa décision. Il en va d'autant plus ainsi que le pouvoir adjudicateur dispose en la matière d'un large pouvoir d'appréciation, dont le corollaire est une obligation de motivation étendue.

S'il peut être admis que, se référant à des justifications de prix, un pouvoir adjudicateur adopte, en raison d'impératifs liés à la confidentialité, une motivation en termes brefs, en demeurant allusif sur certaines raisons l'ayant amené à reconnaître la pertinence des justifications du prix, une telle motivation ne peut toutefois être excessivement laconique et doit permettre, d'une part, de vérifier que le pouvoir adjudicateur a analysé les justifications invoquées avec soin et, d'autre part, de comprendre les raisons pour lesquelles il a admis ces justifications.

En l'espèce, l'acte attaqué est motivé comme il suit :

« [...] Que le pouvoir adjudicateur a apprécié les justifications reçues de FABRICOM SA et a constaté que le montant total de l'offre ainsi que les prix unitaires des postes susmentionnés ne présentent pas de caractère anormal en raison des éléments suivants :

- Le poste 10 (signalisation) est justifié par le matériel de balisage selon le plan de balisage et les heures de pose/dépose, majoré d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices.
- Le poste 11 (terrassement pour fouille) est justifié par un temps moyen de réalisation fois le coût salarial et le matériel nécessaire, majoré d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices.
- Le poste 27 (creusement tranchées sous revêtement) est justifié par un temps moyen de réalisation fois le coût salarial, le matériel nécessaire et la fourniture de sable. Le coût est majoré d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices.
- Les postes des fournitures de panneaux 64 à 70 sont justifiés par la présentation de l'offre du fournisseur des panneaux y compris tous les modules et logiciels nécessaires, majorés d'une marge acceptable pour frais généraux et bénéfices et y compris des heures pour la programmation, la configuration et les tests d'intégration.

[...] ».

Comme le relève la requérante, à l'exception de la question des frais généraux pratiqués par la partie intervenante qui sont jugés « acceptables » par la partie adverse, cette motivation se limite à constater qu'une justification a été apportée et à mentionner certains éléments de cette justification. Elle ne témoigne toutefois pas d'une appréciation concrète de la pertinence et de l'admissibilité des justifications fournies par l'attributaire du marché. Une telle motivation ne permet pas de comprendre quels éléments ont déterminé la partie adverse à décider que les prix proposés étaient admissibles en dépit de leur apparente anormalité.

La partie adverse fait valoir, dans son mémoire en réponse, qu'elle a considéré que les prix remis par l'attributaire étaient justifiés par une marge plus faible ainsi que par la taille de l'entreprise. Outre que ces éléments ne paraissent, à défaut d'autres précisions, pas suffisants pour conclure à la normalité des prix de l'attributaire pour l'ensemble des dix postes contrôlés, ils constituent une motivation *a posteriori* qui ne peut compenser l'absence de motivation de l'acte.

En outre, l'examen des justifications apportées par l'intervenant et les autres soumissionnaires – auxquelles la requérante n'a pas accès en raison de leur caractère confidentiel – confirme l'insuffisance de la motivation de l'acte attaqué. Par exemple, pour les prix unitaires des postes 10 et 11 du mètre, les temps de pose/dépose de la signalisation (poste 10) et les temps de fouilles (poste 11) annoncés peuvent fortement diverger d'un soumissionnaire à l'autre. Compte tenu de ces divergences, se limiter à faire référence à ces facteurs sans autre précision ne permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles les prix unitaires de l'attributaire qui apparaissaient anormalement bas sont finalement tenus pour normaux. Exiger davantage de précisions quant à ces éléments ne revient pas à obliger l'autorité à expliciter les motifs des motifs de sa décision, mais à exposer les éléments essentiels qui permettent de saisir les raisons qui ont justifié son adoption.

Le deuxième moyen, en sa sixième branche, est fondé.

Quant à la septième branche

La requérante renonce, dans son mémoire en réplique, à la septième branche du deuxième moyen. Il n'y a dès lors pas lieu d'examiner celle-ci.

*

Contrairement à ce qu'affirme la requérante dans son dernier mémoire, les griefs retenus lors de l'examen du deuxième moyen de la requête ne conduisent pas à devoir annuler la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché litigieux. Le présent arrêt ne constate, à aucun endroit, que les justifications données par l'attributaire du marché seraient inadmissibles.

X. Demande d'indemnité réparatrice

X.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soutient que le marché aurait dû lui être attribué puisque l'offre de l'attributaire aurait dû être écartée pour irrégularité substantielle, qu'elle a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse et que celle-ci aurait donc dû être retenue. Elle ajoute que le marché a tout de même été attribué à l'intervenante et que son dommage est devenu définitif et certain dès lors que le marché a commencé à être exécuté.

Elle demande l'application du forfait de 10 % du montant (TVAC) de son offre (par analogie avec le forfait prévu par l'article 16 de la loi du 17 juin 2013 précitée), pour calculer le préjudice subi du fait qu'elle devait remporter le marché. Elle sollicite en conséquence une indemnité réparatrice d'un montant de 397.366,25 euros.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse considère, à titre principal, que la demande d'indemnité réparatrice n'est pas fondée dès lors que les actes attaqués ne sont entachés d'aucune

irrégularité.

Elle estime, à titre subsidiaire, que, dans l'hypothèse où une illégalité devait être relevée par le Conseil d'État qui serait susceptible d'entraîner l'annulation de la décision d'attribuer le marché, il ne peut être considéré avec certitude que l'offre de l'intervenante aurait dû être écartée ni que le marché aurait nécessairement été attribué à la requérante. Selon elle, il convient d'appliquer la théorie de la perte de chance d'obtenir le marché pour déterminer le montant de l'indemnité à accorder à la requérante. Elle évalue cette perte de chance à 33 % puisque trois soumissionnaires ont déposé offre.

La partie adverse déclare ne pas contester l'application du pourcentage de 10 % par analogie à l'hypothèse visée à l'article 16 de la loi du 17 juin 2013.

Elle conclut que, si une illégalité devait être constatée, le calcul de l'indemnité réparatrice, évaluée à 10 % du montant de l'offre de base (HTVA), devrait se faire en fonction d'une perte de chance d'obtenir le marché fixée à 33 %, ce qui porte le montant de cette indemnité à 131.130,86 euros.

C. Mémoire en intervention

La partie intervenante se réfère à l'argumentation de la partie adverse.

D. Mémoire en réplique

La requérante maintient, à titre principal, solliciter une indemnité réparatrice d'un montant de 397.366,25 euros.

À titre subsidiaire, elle soutient qu'à supposer que le droit à l'obtention du marché ne lui soit pas reconnu, il y aurait lieu d'évaluer la perte de chance d'obtenir celui-ci à 50 %, dès lors que le montant total de l'offre remis par le troisième soumissionnaire était supérieur au prix global de son offre. Dans cette hypothèse, le préjudice devrait être évalué à 50 % de 10 % du montant de son offre, ce qui porte le montant de l'indemnité réparatrice à 198.683,12 euros.

À titre infiniment subsidiaire, elle sollicite une indemnité réparatrice en raison de la perte d'une chance d'obtenir le marché fixée à 33 % de 10 % du montant de son offre, soit 131.130,86 euros.

Pour la première fois, dans son mémoire en réplique, la requérante demande que soient appliqués, sur le montant de l'indemnité à payer, des intérêts compensatoires calculés au taux légal depuis le 14 décembre 2020 et des intérêts moratoires au taux légal depuis la date de l'arrêt à intervenir jusqu'à complet paiement.

E. Dernier mémoire de l'intervenante

La partie intervenante se réfère aux développements de la partie adverse.

F. Dernier mémoire de la partie adverse

À titre principal, la partie adverse considère que la demande d'indemnité réparatrice doit être rejetée même si des illégalités devaient être constatées dans l'arrêt dès lors que l'accord-cadre litigieux n'a, au jour du dépôt du dernier mémoire, fait l'objet d'aucune commande subséquente. Elle produit à l'appui de cette affirmation un courriel du 9 février 2023 de son fonctionnaire dirigeant qui confirme l'absence de commandes réalisées à ce jour. Elle rappelle la définition de l'accord-cadre et fait valoir que lorsqu'une demande d'indemnité réparatrice soulève l'illégalité de la décision d'attribution d'un tel instrument, le montant de l'offre HTVA du demandeur ne constitue pas une base de calcul adéquate pour chiffrer le montant de son préjudice, ce dernier ne reflétant pas le volume de commandes qui a effectivement été ordonné dans le cadre de l'exécution de l'accord-cadre.

À titre subsidiaire, la partie adverse souligne que c'est le montant HTVA de l'offre de la requérante qui doit être pris en considération, soit 3.281.294,42 euros.

Elle ajoute que la perte de chance d'obtenir le marché doit être évaluée à 25 %, pour les motifs suivants :

- « Comme le relève à juste titre [...] l'auditeur, la partie requérante ne démontre pas que le marché litigieux aurait dû nécessairement lui être attribué. Le pourcentage de 50 % proposé par [...] l'auditeur ne peut toutefois être retenu dès lors qu'il ne prend pas suffisamment en compte les deux hypothèses où le marché n'aurait pas été attribué à la partie requérante, à savoir (i) si les prix remis par la partie intervenante avaient été jugés normaux au terme d'une analyse correctement effectuée et (ii) si la partie adverse avait décidé de renoncer à l'attribution du marché. Cette dernière hypothèse apparaît loin d'être incertaine. En effet, eu égard aux écarts conséquents entre, d'une part, l'offre de la partie intervenante et celle de la partie requérante (1.034.321,94 EUR) et, d'autre part, entre l'estimation du marché et l'offre de la partie requérante (717.804,42 EUR) – et sachant que la société SPIE

a déposé une offre dont le montant était encore plus élevé que celui de la requérante – la partie adverse aurait très bien pu décider de renoncer à la passation du marché. Ces écarts conséquents auraient également pu inciter la partie adverse à considérer les offres des deux autres soumissionnaires réguliers comme étant “inacceptables” et, dès lors, fonder le recours à une nouvelle passation du marché en cause, cette fois-ci en procédure concurrentielle avec négociation sur pied de l’article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016.

Un tel choix aurait entraîné une nouvelle procédure de passation et, par voie de conséquence, une nouvelle chance pour la partie intervenante et la société SPIE d’obtenir le marché. Dans une telle hypothèse, la partie requérante n’aurait pas non plus été désignée attributaire de l’accord-cadre litigieux.

Cette notion “d’offres inacceptables” n’est pas définie par la loi du 17 juin 2016 ou par ses travaux préparatoires. La meilleure doctrine relève “[qu’] une appréciation sur la base d’éléments concrets propres à chaque cas d’espèce s’impose”.

Confrontée à une situation où, constatant l’irrégularité de l’offre de la partie intervenante, l’offre régulière la moins disante dépasserait de près de 28 % l’estimation du marché, la partie adverse aurait très bien pu décider de considérer les deux offres restantes comme étant “inacceptables” au sens de l’article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016.

La validité de ce choix aurait été, dans l’éventualité d’un recours, vérifiée par Votre Conseil. Toutefois, une telle option n’apparaît pas *a priori* incompatible avec la réglementation ou incohérente par rapport aux circonstances propres au cas d’espèce.

Il résulte des considérations qui précèdent qu’en réalité, quatre – et non trois – hypothèses doivent être prises en considération en vue de valoriser la chance qu’aurait eue la partie requérante d’obtenir le marché litigieux :

- (i) Au terme d’une analyse correctement effectuée des prix globaux et unitaires remis par la partie intervenante, la partie adverse aurait considéré ceux-ci normaux et, partant, déclaré son offre régulière ;
- (ii) Au terme d’une analyse correctement effectuée des prix globaux et unitaires remis par la partie intervenante, la partie adverse aurait considéré ceux-ci anormaux et, partant, déclaré son offre irrégulière ;
- (iii) Face aux écarts de prix conséquents entre d’une part, l’offre de la partie intervenante et celle de la partie requérante (1.034.321,94 EUR) et, d’autre part, entre l’estimation du marché et l’offre de la partie requérante (717.804,42 EUR) – et sachant que la société SPIE a déposé une offre dont le montant était encore plus élevé que celui de la requérante – la partie adverse aurait pu décider de renoncer à la passation du marché litigieux ;
- (iv) Face aux écarts conséquents entre, d’une part, l’offre de la partie intervenante et celle de la partie requérante (1.034.321,94 EUR) et, d’autre part, entre l’estimation du marché et l’offre de la partie requérante (717.804,42 EUR) – et sachant que la société SPIE a déposé une offre dont le montant était encore plus élevé que celui de la requérante – la partie adverse aurait pu décider de recommencer la passation du marché litigieux, cette fois-ci en procédure concurrentielle avec négociations sur pied de l’article 38, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2016 ».

Elle déduit de ces développements qu’en tenant compte d’une perte de chance de 25 % d’obtenir le marché litigieux, le montant de l’indemnité réparatrice s’élève à 82.032,36 euros.

À titre infiniment subsidiaire, la partie adverse sollicite que l’évaluation de la perte de chance d’obtenir le marché soit fixée à 33 %, ce qui porte le montant de l’indemnité réparatrice à 108.252,71 euros.

G. Dernier mémoire de la requérante

Quant au « montant de référence » à prendre en compte pour calculer le préjudice, la requérante met en doute l'information selon laquelle aucune commande ne sera passée dans le cadre de l'exécution de l'accord-cadre litigieux, lequel court jusqu'au début de l'année 2025. Elle dépose, en annexe de son dernier mémoire, le « Compte-rendu intégral des interpellations et des questions » de la réunion du 24 janvier 2023 de la Commission de la mobilité du Parlement bruxellois qui, selon elle, confirme que des commandes seront passées et que celles-ci ne se limiteront pas au parking « P+R » du Ceria à Anderlecht. Elle rappelle que, pour la phase 1 du projet, les commandes de panneaux dynamiques et statiques ont dépassé les volumes de commandes initialement prévus, en sorte qu'il est hautement improbable qu'un très faible nombre de panneaux soit commandé pour la phase 2. Elle ajoute que le contentieux qui semble exister entre la partie adverse et Interparking – et qui expliquerait l'absence actuelle de commandes dans le cadre de la phase 2 – ne peut lui être opposé. Selon elle, à suivre le raisonnement de la partie adverse, on pourrait même retenir le montant de 5 millions d'euros comme « montant de référence » puisqu'il s'agit du montant maximal que l'attributaire pourrait obtenir. Elle renvoie à la pièce confidentielle H du dossier administratif en affirmant que le marché conclu en 2008 a donné lieu à un important dépassement du budget initial, ce qui contredit l'affirmation selon laquelle l'accord-cadre litigieux (conclu en 2018) ne donnera lieu à aucune commande ou à des commandes représentant des montants peu importants.

Compte tenu de ce contexte, il lui paraît « le plus logique – et le plus conforme à la réalité concrète du préjudice subi – de prendre en considération comme “montant de référence” le montant de l'offre de la requérante puisqu'il se base sur une estimation de commandes que la partie adverse a elle-même réalisée lors du lancement de son marché, c'est-à-dire en se basant sur ses besoins qu'elle avait elle-même estimés *in tempore non suspecto* en amont du projet ». À titre subsidiaire, elle soutient qu'il faut prendre le montant de 2,5 millions d'euros comme « montant de référence », en se référant au point E « Importance du marché » du cahier spécial des charges qui engage la partie adverse sur ce montant minimal de commandes, en sorte qu'en déposant leur offre, chaque soumissionnaire avait l'assurance qu'en cas d'obtention du marché, des commandes de ce montant seraient passées avec lui.

Quant au pourcentage à appliquer sur le « montant de référence », la requérante maintient qu'il doit être fixé à 10 % dès lors qu'il est établi que le marché ne pouvait pas être attribué, en l'état, à l'intervenante, à défaut d'avoir fourni des

justifications admissibles de ses prix.

À titre subsidiaire, elle estime qu'il n'y a pas lieu de s'écarter du pourcentage de 5 % appliqué par l'auditeur dans son rapport. Elle conteste l'affirmation de la partie adverse selon laquelle elle aurait renoncé au marché litigieux en présence de prix trop élevés remis par les deux autres soumissionnaires alors qu'elle insiste, dans le même temps, sur le fait que le marché n'est qu'un accord-cadre dans lequel le montant finalement payé à l'attributaire dépend du volume de commandes passé avec lui en fonction de ses besoins et de son budget. Elle ajoute que des commandes seront prochainement passées, ce qui dément l'affirmation de la partie adverse selon laquelle elle aurait renoncé à passer le marché et que la partie adverse n'indique pas les éléments qui auraient été modifiés dans le cahier spécial des charges pour parvenir à des prix moins élevés dans le cadre d'une hypothétique procédure négociée. Elle affirme qu'en l'absence de telles modifications, ses prix et ceux du troisième soumissionnaire auraient été sensiblement les mêmes puisqu'ils auraient porté sur des prestations identiques ou semblables. Elle conclut en affirmant qu'une très hypothétique renonciation au marché ne peut lui être opposée dès lors que « c'est en raison des illégalités commises par la partie adverse elle-même que l'on se retrouve dans cette situation ».

Quant aux intérêts dus sur les montants à payer, la requérante répète la demande formulée à cet égard dans son mémoire en réplique.

X.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 144, alinéa 1^{er}, de la Constitution réserve aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire la compétence de connaître des contestations qui ont pour objet des droits civils. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit, par exception, que « la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions ».

L'article 11bis des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose, en son alinéa 1^{er}, que « [t]oute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence ».

L'indemnité réparatrice constitue une notion autonome qui se distingue tant de la réparation du dommage sur la base des dispositions du Code civil que de l'indemnité « en équité » de l'article 11 des lois coordonnées précitées et dont « il convient de laisser au Conseil d'État le soin de dégager progressivement les modalités au travers de sa jurisprudence » (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, pp. 6-7). Par ailleurs, l'obligation pour le Conseil d'État de tenir compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, comme le prescrit l'article 11*bis* précité, se justifie, selon le législateur, « notamment par la nécessité de maintenir un équilibre entre la partie qui poursuit l'annulation et la partie adverse » (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, p. 7) et implique que l'indemnité ne doit pas réparer l'intégralité du préjudice (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, avis de la section de législation n° 59/933/AG du 29 août 2013, n° 5-2233/2, p. 8).

Au terme du présent arrêt, le Conseil d'État annule la décision du 14 décembre 2020 de la ministre de la Mobilité d'attribuer le marché public de travaux ayant pour intitulé « accord-cadre avec un seul opérateur économique et relatif à des travaux de fourniture et d'installation de panneaux de téléjalonnement des parkings publics et P+R en Région de Bruxelles-Capitale phase 2 » (cahier spécial des charges BMB/DGE-DBO/2017.1149) à la SA Fabricom pour un montant de 2.718.836,70 euros TVAC.

L'arrêt constate les illégalités suivantes : une absence de vérification du prix global de l'offre de l'attributaire et de prix unitaires de postes du métré et un défaut de motivation formelle, laquelle ne permet pas de comprendre pourquoi les prix unitaires remis par l'attributaire pour les postes 10, 11, 27, 64 à 70 ont été admis en dépit de leur apparente anormalité.

Il appartient à la requérante de démontrer un lien de causalité entre les illégalités ainsi constatées et le préjudice dont elle se plaint, cette démonstration devant établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par la partie adverse. En outre, l'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne trouve à s'appliquer que lorsque l'acte administratif illégal a, en dépit de son effacement *ab initio* de l'ordre juridique ou du constat d'illégalité, engendré un préjudice que ceux-ci ne peuvent réparer. La charge de la preuve de l'existence de ce préjudice et la détermination du montant de l'indemnité réparatrice incombent également à la requérante.

En l'occurrence, le marché a été conclu avec la SA Fabricom. Dans son dernier mémoire, la partie adverse affirmait que le marché n'avait encore fait l'objet d'aucune commande, notamment en raison d'un conflit avec Interparking. Interrogée à ce sujet avant l'audience, elle a confirmé qu'un montant de 294.078,36 euros HTVA de commandes avait finalement été passé avec l'attributaire du marché. L'accord-cadre litigieux a donc, à tout le moins, reçu un début d'exécution.

La requérante expose que le préjudice subi consiste, à titre principal, dans la perte d'attribution de ce marché et, à titre subsidiaire, dans la perte d'une chance de se voir attribuer le marché qu'elle évalue à 50 % ou, au moins, à 33 %. La partie adverse soutient que le préjudice subi ne consiste que dans la perte d'une chance d'obtenir le marché qu'elle évalue à 25 % ou, au plus, à 33 %.

Il faut tout d'abord constater que le présent arrêt déclare irrecevable le recours en tant qu'il est dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante. L'arrêt juge non fondé le premier moyen qui soutient que l'offre de l'attributaire devait être écartée au motif qu'elle a remis des prix anormaux, la requérante ne démontrant pas d'erreur manifeste d'appréciation à cet endroit. Par ailleurs, l'arrêt ne constate pas que les justifications données par l'attributaire pour les prix des postes présentant une apparence d'anormalité ne pouvaient être admises.

Comme il vient d'être indiqué, l'arrêt retient uniquement les griefs de la requête tirés de l'absence de vérification de prix et d'un défaut de motivation formelle pour admettre la normalité des prix contrôlés. Concernant le défaut de vérification de prix, il est notamment jugé ce qui suit :

« [...] la partie adverse ne pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, ignorer l'importance de certains prix unitaires remis par les soumissionnaires, particulièrement lorsque des écarts de prix très élevés existent, d'une part, entre l'estimation et les prix des soumissionnaires et, d'autre part, entre les prix des différents soumissionnaires. Tel est, par exemple, manifestement le cas pour le poste 41 du mètre qui représente 7,32 % de la moyenne du montant total des offres déposées et montre des écarts de prix très importants entre, d'une part, l'estimation et les prix des soumissionnaires (prix des soumissionnaires 2 à 9 fois plus élevés que le prix estimé) et, d'autre part, entre les prix des soumissionnaires (prix 2 à 4 fois plus élevés, selon les offres). La partie adverse ne pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, s'abstenir d'interroger les soumissionnaires sur les prix de postes qu'à l'évidence elle ne pouvait considérer comme négligeables et qui présentaient manifestement des apparences d'anormalité. Elle devait, pour ces postes, demander aux soumissionnaires concernés de justifier leurs prix en application de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ».

Il ressort de cet extrait que le défaut de contrôle des prix concerne, en réalité, les trois offres déposées. Comme il a déjà été indiqué, la partie adverse ne s'est

pas abstenue d'interroger les soumissionnaires sur les prix de certains postes parce qu'elle excluait à leur égard toute apparence d'anormalité ; elle a exclusivement invité les soumissionnaires à justifier les prix des postes qu'elle considérait comme « non négligeables et importants », identifiés comme tels avant le lancement du marché sur la seule base de son estimation de prix.

Au vu des écarts très élevés de prix unitaires, d'une part, entre l'estimation du marché et les offres et, d'autre part, entre les offres, pour plusieurs postes du métré, il n'est pas possible de présumer du résultat qu'aurait donné une vérification complète et pertinente des prix.

Dans un tel contexte, la requérante ne peut revendiquer, à titre de préjudice, la perte certaine du marché : elle peut uniquement se prévaloir d'une perte de chance d'obtenir le marché. Elle ne démontre, par ailleurs, pas que la chance qu'elle remporte celui-ci est plus élevée que celles des deux autres soumissionnaires ayant déposé offre. Par ailleurs, l'hypothèse d'une renonciation à passer le marché si l'offre de l'intervenante avait dû être écartée apparaît comme très hypothétique à la lecture de l'acte attaqué. En effet, celui-ci reconnaît lui-même que « les prix proposés sont [...] acceptables » pour les trois soumissionnaires. La partie adverse ne peut dès lors soutenir que les offres de la requérante ou de la SA Spie Belgium auraient été considérées comme « inacceptables », indépendamment de la question de la régularité des prix remis. Compte tenu de ces éléments, le *ratio* de chances pour la requérante d'obtenir le marché peut être fixé à 33 %.

Il convient de se référer, par analogie, au pourcentage d'indemnisation de 10 % visé à l'article 16, 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. Certes, le législateur n'a prévu l'application d'un montant d'indemnité forfaitaire que lorsqu'un soumissionnaire est irrégulièrement évincé à l'occasion d'un marché attribué sur la base du seul critère du prix. Force est toutefois de constater qu'en fixant à 10 % l'indemnité forfaitaire due au soumissionnaire irrégulièrement évincé, il a procédé à une évaluation *ex aequo et bono* du dommage subi lorsqu'un soumissionnaire n'obtient pas le marché qui de devait lui être attribué. La circonstance que le marché est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de critères qualité/prix est, en règle, sans incidence sur le pourcentage de l'indemnité pouvant être obtenue. L'article 11bis des lois coordonnées, qui impose au Conseil d'État de tenir compte des intérêts publics et privés, permet le recours à une telle méthode, pour éviter de longues et coûteuses expertises qui seraient nécessaires à l'établissement du

dommage exactement subi. En effet, ainsi qu'il a déjà été souligné, l'indemnité réparatrice constitue une notion autonome se distinguant en particulier de la réparation du dommage sur la base des dispositions du Code civil.

Quant au « montant de référence » sur lequel il conviendrait, en principe, d'appliquer les pourcentages précités (10 % de 33 % de ce montant, soit 3,3 %), l'évaluation la plus conforme à la réalité concrète du préjudice subi implique, dans les circonstances particulières de la cause, à la suite de l'annulation de la décision d'attribution de l'accord-cadre litigieux, de prendre en compte le volume de commandes – ou le montant des marchés subséquents – effectivement passé sur le fondement de celui-ci. C'est particulièrement le cas lorsque le pouvoir adjudicateur fait valoir, comme c'est le cas en l'espèce, que le montant de ces commandes diverge fortement des montants initialement prévus. Par ailleurs, la prise en compte des intérêts publics et privés exclut d'accorder, à titre d'indemnité réparatrice, des montants qui seraient beaucoup plus élevés que ceux que la requérante aurait obtenus si elle avait effectivement remporté le marché.

En l'espèce, la partie adverse a, comme il vient d'être indiqué, pu confirmer qu'un montant total de 294.078,36 euros HTVA de commandes a été passé avec l'attributaire du marché. Son conseil a, par ailleurs, déclaré à l'audience que l'accord-cadre avait pris fin au mois de janvier 2025.

Ceci étant, comme le relève la requérante dans son dernier mémoire, le cahier des charges a la particularité de contenir, au point E « Importance du marché » du chapitre I « Généralités », la disposition suivante :

- « Le présent marché est un accord-cadre au sens des articles 2, 35°, et 43 de la loi du 17 juin 2016. Cet accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, pour lequel le pouvoir adjudicateur délivrera des bons de commande en fonction de ses besoins et selon les prescriptions du présent cahier spécial des charges, et en tenant compte des dispositions suivantes :
 - Le montant total de l'ensemble des prestations exécutées dans le cadre des bons de commande délivrés pendant la durée du marché est au moins égal à € 2.500.000 et ne peut dépasser la somme de € 5.000.000.
 - Les montants mentionnés ci-dessus s'entendent T.V.A. comprise et révision non comprise.
 - Dans le cadre de ce marché, chaque commande est considérée comme un marché distinct, indépendamment de l'exécution des autres commandes ».

Dès lors que le montant minimal de commandes de 2.500.000 euros n'a pas été atteint dans le cadre de l'exécution de l'accord-cadre litigieux, il y a lieu de prendre en compte ce montant (moins le montant correspondant à la TVA) comme « montant de référence », soit un montant de 2.066.115,70 euros (= 2.500.000/1,21). En effet, en déposant offre, chaque soumissionnaire avait l'assurance qu'en cas

d'obtention de l'accord-cadre, des commandes seraient passées à concurrence de ce montant.

Il y a donc lieu d'accorder à la requérante une indemnité réparatrice égale à 3,3 % de 2.066.115,70 euros, soit un montant de 68.181,82 euros.

Quant aux intérêts compensatoires et intérêts moratoires à appliquer au montant de l'indemnité à accorder, ils ne sont pas dus de plein droit. Leur octroi est sollicité, pour la première fois, dans le mémoire en réplique. Cet objet de la demande est, dès lors, tardif et est, partant, irrecevable, en application de l'article 25/2, § 2, alinéa 2, du règlement général de procédure qui requiert que le montant de l'indemnité demandée soit contenu dans la requête introductive en indemnité réparatrice.

XI. Indemnité de procédure

La requérante sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

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

Article 2.

Il convient de mettre hors de cause le Service public régional de Bruxelles.

Article 3.

La décision du 14 décembre 2020 du ministre de la Mobilité de la partie adverse d'attribuer le marché public de travaux ayant pour intitulé « accord-cadre avec un seul opérateur économique et relatif à des travaux de fourniture et d'installation de panneaux de téléjalonnement des parkings publics et P+R en Région de Bruxelles-Capitale phase 2 » (cahier spécial des charges BMB/DGE-DBO/2017.1149) à la SA Fabricom pour un montant de 2.246.972.48 euros HTVA, 2.718.836,70 euros TVAC, est annulée.

Le recours en annulation est rejeté pour le surplus.

Article 4.

Une indemnité réparatrice de 68.181,82 euros est accordée à la partie requérante, à charge de la partie adverse.

Article 5.

Les pièces A à L du dossier administratif et les pièces 8 et 9 annexées au mémoire en intervention sont tenues pour confidentielles.

Article 6.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir les droits de rôle de 400 euros, les contributions de 40 euros, et l'indemnité de procédure de 770 euros, accordée à la partie requérante.

La partie intervenante supporte le droit de rôle de 150 euros lié à son intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 23 avril 2025, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

Florence Piret,
Xavier Close,
Aurélien Vandeburie,
Adeline Schyns,

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

La greffière,

La Présidente,

Adeline Schyns

Florence Piret