

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

n° 249.837 du 15 février 2021

A. 232.769/VI-21.969

En cause : **la société à responsabilité limitée**
 QUATTRO CONCEPT ARCHITECTES,
 ayant élu domicile
 quai de l'Industrie 1/1
 5590 Ciney,

contre :

la Régie communale autonome wavrienne des Sports,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Christophe THIEBAUT et Jérôme DENAYER, avocats,
 Chaussée de Marche 458
 5101 Erpent.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 janvier 2021, la SRL Quattro Concept Architectes demande, d'une part, la « suspension » de « la décision de la Régie communale autonome wavrienne des Sports du 12 janvier 2021 intitulée “Avis de non-attribution” pour la désignation d'un auteur de projet pour l'étude et la direction des travaux d'aménagement d'un stade de football et d'un terrain synthétique au centre sportif de Wavre (RCAWS 2020/002) » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 27 janvier 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 9 février 2021.

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

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

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

M. Jean-Marc Douhard, architecte gérant, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Christophe Thiebaut, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits

1. Le 16 octobre 2020, est publié au *Bulletin des adjudications* un avis de marché public de services portant sur la « désignation d'un auteur de projet pour l'étude et la direction des travaux d'aménagement d'un stade de football et d'un terrain synthétique au centre sportif de Wavre ».

Le marché comprend :

- deux tranches fermes portant sur la réalisation, d'une part, des « esquisse et avant-projet » et, d'autre part, du « projet »;
- une tranche conditionnelle portant sur la « direction de l'exécution des travaux et prestations connexes jusqu'à réception définitive ».

Le mode de passation retenu est la procédure ouverte. Les critères d'attribution sont les suivants : le « taux des honoraires sur base du montant global de 2.300.000 € [45 points] » - qui constitue le prix -, les « délais d'exécution - qualité du calendrier [20 points] », la « valeur architecturale et fonctionnelle - appréciée sur la base d'une note d'intention correspondant à maximum 4 pages A4 - hors document graphique correspondant maximum à 4 pages A3 [15 points] » et les « aspects énergétiques et environnementaux [20 points] ».

Concernant le critère du prix, le cahier spécial des charges prévoit plus particulièrement ce qui suit :

- ☐ au point « I.4 Fixation des prix », que :

« Le présent marché consiste en un marché à prix global.

Le marché à prix global est celui dans lequel un prix forfaitaire couvre l'ensemble des prestations du marché ou de chacun des postes.

Le taux global d'honoraires intègre la rémunération de l'auteur/e de projet et de l'ensemble des bureaux spécialisés (stabilité, techniques spéciales, PEB, PEE, ...) avec lesquels il travaille.

Le montant global est estimé à 2.300.000 € hTVA, honoraires de l'auteur de projet compris »;

- ☐ au point « III.10 Honoraires », que :

« Les honoraires sont calculés sur base du taux d'honoraires repris dans l'offre qui sera calculé sur base du montant des travaux consécutifs à l'exécution de l'ouvrage.

Cependant, le montant global estimé le jour de la signature du contrat est de 2.300.000 €. Ce montant servira de base de calcul pour la facturation des différentes tranches définies ci-après. [...]

L'Auteur de projet est censé avoir inclus dans sa proposition d'honoraires toutes tâches ou prestations ayant raisonnablement un caractère connexe ou annexe aux prestations énumérées ou étant de nature à en permettre ou en faciliter la réalisation.

En ce qui concerne les études d'ingénierie en stabilité ou techniques spéciales, de relevé de géomètre, etc., il est expressément précisé que les plans et les notes de calcul relèvent de la mission de l'auteur de projet et que les frais y afférents restent à sa charge.

Les honoraires renseignés par l'auteur de projet seront réputés inclure l'ensemble des études.

L'auteur de projet fera également analyser la stabilité du sol afin d'évaluer la teneur et composition des sous-couches à prévoir, et ce pour l'ensemble des aménagements et travaux ».

2. Six offres sont déposées à la date limite du dépôt des offres, le 26 novembre 2020, dont celle de la requérante.

3. Le 11 décembre 2020, la partie adverse écrit un courrier à la requérante pour l'inviter à lui fournir des justifications quant au prix proposé dans son offre. Il y est précisé ce qui suit :

« En application de l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, nous vous invitons à nous fournir des justifications quant au prix (fixé sous la forme d'un taux global) que vous avez proposé dans votre offre.

Ces justifications, précises, doivent être relatives à la composition du prix (notamment au regard des éléments compris dans l'offre, des délais d'exécution proposés, etc.) et, conformément à la disposition précitée, elles concernent notamment :

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

Nous vous remercions de nous transmettre ces éléments dans un délai de douze jours, soit pour le 28 décembre 2020, au plus tard. »

4. Le 22 décembre 2020, la requérante répond au courrier de la partie adverse en ces termes :

« Comme suite à votre demande de ce 11 décembre, voici nos réponses à vos questions :

Justificatifs honoraires :

Nous avons adapté notre offre au marché. En effet, nous devons bien constater dans les dossiers précédents pour lesquels nous avons demandé les rapports d'attributions que lorsque le pouvoir adjudicateur accorde 45% des points au pourcentage des honoraires, il est impératif de mesurer à combien le bureau sait descendre ses honoraires pour espérer être adjudicataire ou alors ne pas suivre le marché.

Pour les trois derniers marchés sportifs similaires auquel nous avons participé, les communes ont adjugé respectivement à 5,05 %, 5,70 % (bâtiment vestiaire + terrain) & tout dernièrement à +/- 2,00 % pour deux plaines de rue !

En proposant un forfait de 5,25 %, nous devrions donc être "dans le marché" !

Nous sommes aussi intéressés par votre projet. Nous avons donc analysé les "timesheets" par phase de nos précédentes réalisations footballistiques & sportives et avons ajusté au mieux nos propositions de délais et d'honoraires à votre projet pour optimiser les chances d'en être adjudicataire.

Sur le concept (économies délais et honoraires):

Nous pensons que si nous sommes sélectionnés, c'est que le concept que nous vous avons proposé ainsi que les solutions techniques vous plaisent et que donc la phase avant-projet sera rapide. Soit économie de temps pour les parties (délai proposé) et financière pour le bureau (honoraires).

Le projet que nous vous proposons est rationnel, répétitif, simple d'exécution, ne nécessite pas de moyens spéciaux en ingénierie ou techniques.

Nous avons une bonne maîtrise des structures portantes et des encombrements des techniques de flux d'air en interne.

Nous profitons en outre de notre base de données cahier des charges de dossiers précédents similaires et de détails d'exécution qui donnent satisfaction.

À propos de la période d'exécution, le temps de chantier devrait être limité par rapport au volume des honoraires.

Voilà ce que nous pouvons en dire. »

Aucune pièce n'est jointe en annexe de ce courrier.

5. Un rapport d'analyse des offres est ensuite établi. Celui-ci procède à la sélection des soumissionnaires et vérifie la régularité des offres. Il y est notamment considéré que le prix proposé dans l'offre de la requérante est

anormalement bas et conclu à l'irrégularité et l'écartement de cette dernière. Le rapport indique, à ce propos, ce qui suit :

« Conformément à l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 et à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, les offres ont été soumises à une vérification des prix.

Au terme de celle-ci, la SRL Quattro Concept Architectes notamment a été interrogée sur le prix proposé. L'analyse des montants correspondant à la valeur du taux d'engagement proposé par rapport au budget des travaux a, en effet, fait apparaître un écart conséquent par rapport à la moyenne des prix justifiant d'interroger ce soumissionnaire.

En vertu de l'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, un courrier a été adressé à la SRL Quattro Concept Architectes afin de l'inviter à transmettre des justifications de son prix. Elle y a répondu par un courrier du 22 décembre 2020 indiquant ce qui suit :

[...]

Il ressort de la réponse de la SRL Quattro Concept Architectes que celle-ci a fixé son taux exclusivement dans le but d'obtenir le marché et de manière totalement abstraite (hors contraintes économiques), faisant ensuite (artificiellement ?) correspondre des spécificités de son bureau pour tenter de justifier le taux proposé. En outre, la justification part du postulat que l'avant-projet proposé sera, pour l'essentiel, conservé par le pouvoir adjudicateur en tant que projet, alors que celui-ci peut précisément le faire évoluer dans le cadre de l'exécution du marché, ce qui confirme que le prix n'a pas été fixé en tant que tel.

En toute hypothèse, la SRL Quattro Concept Architectes n'apporte aucun élément permettant au pouvoir adjudicateur d'examiner concrètement les raisons pour lesquelles son prix présente un écart important avec la moyenne des prix.

Dans ces conditions, le pouvoir adjudicateur n'a pas la garantie que le marché pourra être exécuté à des conditions viables pour la SRL Quattro Concept Architectes, et il n'est donc pas garanti qu'il pourra bénéficier des prestations attendues (absence de fiabilité du prix).

Faute pour la SRL Quattro Concept Architectes d'avoir justifié le montant total de son offre, il faut considérer qu'il présente un caractère anormal et son offre doit, conformément à l'article 36, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, être écartée "en raison de l'irrégularité substantielle dont elle est entachée" ».

Le rapport compare ensuite les quatre offres restantes (sélectionnées et considérées comme régulières), suivant les critères d'attribution mentionnés dans le cahier spécial des charges. Au terme de cet examen, il est proposé d'attribuer le marché à la société P.

6. Le 11 janvier 2021, le conseil d'administration de la partie adverse décide notamment de « considérer l'offre [de la requérante] comme étant affectée d'une irrégularité substantielle et partant, de la déclarer nulle » et d'attribuer le marché à la société P.

Il s'agit de l'acte attaqué, à tout le moins en ce qu'il écarte l'offre de la requérante.

7. Le 12 janvier 2021, la partie adverse transmet à la requérante les motifs pour lesquels son offre est déclarée irrégulière.

IV. Recevabilité

Dans un courriel du 3 février 2021, l'auditeur chargé de l'instruction de l'affaire a averti les parties qu'elle aborderait d'office, dans son avis, la question de la recevabilité de la demande de suspension en ce que son intitulé ne se réfère pas à l'extrême urgence.

À la suite de ce courriel, la requérante a, le 9 février 2020, déposé, avant l'audience, une requête « corrigée » de son « erreur matérielle », en expliquant notamment que « [l]a précision dans son intitulé [avait] été omise » et en demandant au Conseil d'État de bien vouloir « accepter » cette nouvelle requête.

À l'audience, la requérante ne revient plus sur cette question de recevabilité de sa requête. Quant à la partie adverse, elle fait valoir que l'absence de mention de l'extrême urgence dans l'intitulé de la requête s'explique d'autant moins que, dans son courrier de communication de l'acte attaqué, elle a expressément indiqué à la requérante que la demande de suspension devait exclusivement être introduite devant le Conseil d'État par une procédure d'extrême urgence. Elle renvoie à l'arrêt n° 234.110 du 11 mars 2016, dans lequel le Conseil d'État a jugé irrecevable la demande de suspension ordinaire contenue dans une requête unique, au motif que, dans le contentieux des marchés publics, toute demande de suspension introduite devant le Conseil d'État doit exclusivement l'être selon la procédure d'extrême urgence. Elle indique s'interroger sur la recevabilité de la présente requête, dès lors qu'outre l'absence de mention de l'extrême urgence dans son intitulé, elle contient un exposé de l'urgence, mais pas de l'extrême urgence. Elle ajoute encore que la requête « corrigée » est déposée au-delà du délai de quinze jours prévu par la loi, en sorte que les corrections qu'elle contient sont irrecevables.

Il n'est contesté ni que le marché litigieux est soumis à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ni que le régime applicable au présent recours est celui 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.

En ce qui concerne le référé, l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 prévoit expressément que « la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence [...] ». Une demande de suspension ordinaire est, dès lors, irrecevable au contentieux des marchés publics.

L'article 25, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 prévoit qu'« à moins que la présente loi n'y déroge, les règles de compétence et de procédure devant l'instance de recours sont celles fixées par les lois et arrêtés relatifs à l'instance de recours ». L'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État fixe notamment les règles de procédure pour les demandes introduites, selon la procédure d'extrême urgence, devant cette instance. Son article 16, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, prévoit que « [d]ans le cas où l'extrême urgence est invoquée, la demande de suspension [...] contient : 1° dans l'intitulé, la mention que la demande est introduite en “extrême urgence” [...] ».

Il suit d'une lecture combinée des dispositions précitées que, pour constituer une demande de suspension au sens de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, la requête doit, dans son intitulé, se référer à l'extrême urgence.

À ce propos, il doit, avant tout, être admis que l'exigence de mention de l'extrême urgence dans l'intitulé de la requête ne présente pas la moindre difficulté et ne peut, pour cette raison, être considérée comme entravant l'accès au juge. Ensuite, il s'impose de relever que la formalité ainsi prescrite sert, outre un intérêt procédural qui permet de constater immédiatement que la demande est introduite selon la procédure d'extrême urgence, un but de sécurité juridique à l'égard des personnes qui sont potentiellement concernées par l'introduction de la demande de suspension, telles que l'autorité adjudicatrice et l'attributaire du marché. D'une part, l'introduction d'une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence, visée à l'article 15 du 17 juin 2013, affecte le pouvoir de conclusion du marché lorsque le délai (obligatoire ou volontaire) dit « de *standstill* » est applicable (loi du 17 juin 2013, article 11 et 30, § 1^{er}). D'autre part, l'absence d'introduction d'une telle demande a une incidence sur le délai d'engagement des soumissionnaires à raison de leurs offres et de la suspension éventuelle de ce délai (loi du 17 juin 2013, article 8, § 2, alinéa 2). La sécurité juridique des personnes concernées exige donc - tant pour leurs intérêts procéduraux qu'en raison des effets produits hors de la procédure - que, dès l'introduction d'une demande de suspension de l'exécution d'une décision d'attribution de marché et de certaines concessions, aucun doute ne surgisse quant aux effets qu'elle est susceptible de produire, ce qui suppose notamment que cette demande puisse être considérée comme une demande de

suspension au sens de l'article 15 et puisse être reconnue comme telle par les personnes concernées, à la seule vue de la requête.

Le formalisme imposé dans l'intitulé de la requête permet de ménager un équilibre entre le droit au recours juridictionnel de la personne qui introduit une demande de suspension de l'exécution d'une décision d'attribution de marché, d'une part, et la nécessité de garantir les intérêts procéduraux et la sécurité juridique des personnes concernées par l'introduction de cette demande, d'autre part. En ce sens et pour cette raison, ce formalisme ne paraît pas excessif.

L'exigence de mention de l'extrême urgence dans l'intitulé de la requête est, par ailleurs, compatible avec les directives européennes applicables en la matière. Elle contribue précisément à réaliser l'objectif poursuivi par la réglementation européenne qui est de garantir que les décisions illégales des pouvoirs adjudicateurs puissent faire l'objet de recours efficaces et aussi rapides que possible. L'obligation de se référer, dans l'intitulé de la requête, à l'extrême urgence participe de l'objectif de célérité des recours, visé aux articles 1^{er}, § 1^{er}, des directives 89/665/CEE du 21 décembre 1989 et 92/13/CEE du 25 février 1992 relatives aux procédures de recours en matière de passation des marchés publics, puisqu'elle permet de déterminer avec certitude dès l'introduction de la demande de suspension, si cette demande est, ou non, celle que vise l'article 15 de la loi du 17 juin 2013. L'exigence de mention de l'extrême urgence - à laquelle il peut être satisfait sans difficulté - demeure manifestement dans un rapport de proportionnalité entre les moyens employés et le but recherché.

Ce formalisme apparaît d'autant moins excessif qu'il n'exclut pas nécessairement de considérer, le cas échéant, que satisferait à la condition d'introduction de la demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence la requête dont l'intitulé ne contiendrait certes pas la mention de l'extrême urgence, mais dont il apparaîtrait d'emblée que l'intention de son auteur est d'introduire une demande de suspension en application de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 et que cette intention n'est pas démentie par un autre élément de la requête. Cette intention doit être claire et non équivoque. Elle doit exprimer, de manière certaine, la volonté d'introduire la demande selon la procédure d'extrême urgence qui est visée à l'article 15 précité. Dans de telles circonstances, il peut être considéré qu'il est satisfait aux objectifs de célérité des recours et de sécurité juridique rappelés ci-avant.

En l'espèce, l'intitulé de la requête unique « recours en annulation et demande de suspension » ne contient pas l'indication selon laquelle la demande de suspension serait introduite selon la procédure d'extrême urgence. Les mentions

introductives de cette requête, comme son contenu, ne font pas non plus état d'une procédure d'extrême urgence. La requête ne contient, par ailleurs, aucune référence à la loi du 17 juin 2013 précitée, ni *a fortiori* à son article 15. Au contraire, la requérante développe un titre « justification de l'urgence de la suspension », laquelle est exigée en cas de suspension ordinaire, mais est étrangère au référé d'extrême urgence au contentieux des marchés publics.

La requête déposée le jour de l'audience, que la requérante présente comme « corrigée de son erreur matérielle », ne permet pas de pallier les défauts de la requête initiale. Contrairement à ce qu'elle affirme, il ne peut être question d'une simple « erreur matérielle », à défaut de pouvoir identifier d'emblée l'expression d'une volonté claire et non équivoque dans le chef de la requérante, au moment où elle a introduit sa demande, de saisir le Conseil d'État selon la procédure d'extrême urgence. Par ailleurs, le délai de quinze jours visé à l'article 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013 pour l'introduction d'une demande de suspension visée à l'article 15 a expiré le 27 janvier 2021. Dès lors, la requête « corrigée » déposée le 9 février 2021 ne peut constituer une nouvelle requête annulant et remplaçant la requête initiale introduite le 25 janvier 2021.

Au vu de ces éléments, il apparaît que la demande de suspension ne peut être considérée comme ayant été introduite selon la procédure d'extrême urgence, conformément à ce que prescrit l'article 15 de la loi du 17 juin 2013.

Cette demande est, en conséquence, irrecevable.

V. Confidentialité

La partie adverse demande de donner un caractère confidentiel à l'offre de la requérante, au rapport d'examen des offres et à la décision motivée d'attribution

Il s'agit des pièces 4, 7 et 8 du dossier administratif, dont la divulgation pourrait, selon elle, porter préjudice « aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises privées » ou « à une concurrence loyale entre entreprises ».

Cette demande n'étant pas contestée, il convient, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées. Par ailleurs, conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée, il y a lieu d'ordonner la confidentialité des pièces 5, 11 et 12 annexées à la requête, qui contiennent l'offre de la requérante, les plans A3 établis pour le projet envisagé, ainsi que son dossier explicatif.

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

Article 1^{er}

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

Les pièces 4, 7 et 8 du dossier administratif ainsi que les pièces 5, 11 et 12 annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 15 février 2021 par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret