

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

n^o 250.697 du 27 mai 2021

A. 233.508/VI-22.038

En cause : **la société à responsabilité limitée
FAST FORWARD ARCHITECTS,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER et
François VISEUR, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles,

contre :

**la Service d'Incendie et d'Aide médicale urgente de
la Région de Bruxelles-Capitale,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Jean-Marc WOLTER, Véronique CHRISTIAENS
et Marnix DE SMEDT, avocats,
avenue de la Couronne 340
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 26 avril 2021, la SRL Fast Forward Architects demande, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution de « la décision du 8 avril 2021 attribuant le marché DAS2020.109 à Studiopolis Architecte et, par conséquent, de ne pas l'attribuer à la partie requérante » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 27 avril 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 11 mai 2021.

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

La contribution et le droit 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.

M. Imre Kovalovszky, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Véronique Vanden Acker et François Viseur, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Brice Anselme et Marnix De Smedt, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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

La partie requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen de la demande de suspension :

« 1. La présente requête s'inscrit dans le cadre de l'attribution d'un marché pluriannuel de services sous forme d'accord cadre portant sur la réalisation de prestations récurrentes d'études d'architecture, d'ingénierie de la construction et de conseils en PEB au profit de la partie adverse.

Sur base de ce marché, le SIAMU entend commander diverses missions d'architecture et de bureau d'études portant sur des projets divers.

Le marché est organisé sur base d'un bordereau de prix, c'est-à-dire que quelle que soit la mission demandée, les architectes seront payés à l'heure prestée.

Aucun système de forfaitisation n'est mis en place dans le marché. Un tel système est relativement exceptionnel dans le secteur des architectes et bureaux d'études.

2. Le marché est passé par procédure ouverte avec publication au niveau européen.

3. L'avis de marché est publié au Bulletin des adjudications le 13 octobre 2020 et au JOUE le 16 octobre 2020.

4. Neuf offres sont réceptionnées par le SIAMU.

Les neuf soumissionnaires ont été sélectionnés par la partie adverse.

L'offre de la SM Sophia Group Atelier / Atelier Parallel a été déclarée irrégulière pour absence de signature.

Aucune des huit autres offres n'a été écartée à la suite du processus de vérification des prix.

5. A l'issue du processus d'évaluation des offres, celle de Studiopolis architecte SRL remporte le plus de points avec 100 points sur 100.

La partie requérante est classée troisième, avec une note de 74,84 points sur 100.

La deuxième offre est celle de la SM Why Architecture / Sweco, avec une note de 93,11/100.

L'écart entre les offres des deux premiers classés et de la requérante est principalement d'ordre financier : Studiopolis a remis une offre à 345.848,07 EUR, la SM Why Architecture / Sweco, 352.140,25 EUR et la requérante, 560.650,48 EUR.

6. Le marché est donc attribué au bureau Studiopolis Architecte dans une première décision du 1^{er} février 2021.

Un recours en suspension d'extrême urgence est introduit contre cette décision devant le Conseil d'Etat le 19 février 2021. Le principal argument soulevé portait sur une erreur d'appréciation et un défaut de motivation dans le contrôle des prix des deux premiers classés.

La partie adverse décide alors de retirer l'acte litigieux.

Une nouvelle décision d'attribution aboutissant au même résultat mais différemment motivée quant au contrôle des prix est adoptée le 8 avril 2021.

Il s'agit de l'acte attaqué ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la requérante

Le premier moyen est pris « de l'excès de pouvoir et de la violation de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, particulièrement de ses articles 66, 71 et 78, de la violation de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et plus particulièrement de ses articles 64, 67 et 73, de la violation 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, particulièrement en ses articles 4, 4/1 et 5 ; de l'erreur de fait, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des principes de bonne administration d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de la violation du devoir de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation »,

en ce que « l'adjudicataire du marché ne répond pas aux critères de sélection posés par la partie adverse dans son avis de marché » ;

et en ce que « il ne peut pas être recouru à la capacité financière d'un sous-traitant pour répondre aux conditions de sélection liées à la capacité économique et

financière sans que ledit sous-traitant ait produit un engagement spécifique qui n'a pas été produit en l'espèce »,

alors que « le marché ne peut être attribué qu'à un soumissionnaire qui répond aux conditions de sélection fixées par la partie adverse ».

La requérante développe le moyen comme suit :

« 14. Le critère de sélection lié à la capacité économique et financière est le suivant :

8.2.2. Capacité économique et financière

Chiffres d'affaires

Il est requis du soumissionnaire qu'il établisse sa capacité économique et financière via la déclaration concernant son chiffre d'affaires sectoriel du domaine d'activités faisant l'objet du marché (Services de consultance en architecture et ingénierie), pour au maximum les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début d'activités du soumissionnaire, conformément à l'article 67, §1, 2°, de l'AR PASSATION.

Niveau spécifique minimal exigé :

Le chiffre d'affaires sectoriel précité devra à tout le moins atteindre, annuellement, pour les trois derniers exercices disponibles, le montant minimal suivant : 100.000 € HTVA.

Les candidats ont été présélectionnés sur base du DUME.

La vérification n'a donc eu lieu qu'auprès de Studiopolis, l'adjudicataire du marché

En ce qui concerne la capacité économique et financière, la décision d'attribution est motivée comme suit :

Capacité économique et financière

En l'espèce, il appert que la S.P.R.L. STUDIOPOLIS ARCHITECTE a été constituée le 11 octobre 2017, ses statuts ayant été publiés aux annexes du Moniteur belge du 17 octobre suivant. Au moment de sa soumission, STUDIOPOLIS ARCHITECTE n'était dès lors pas en mesure de produire son chiffre d'affaires pour trois exercices comptables complets, à savoir 2017, 2018 et 2019.

Néanmoins, l'article 67 de l'AR PASSATION précise que la déclaration concernant le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché porte au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles. Cette disposition est par ailleurs rappelée dans le cahier spécial des charges, comme précisé ci-dessus.

En raison de son objet social, c'est-à-dire « l'exercice de la profession d'architecte, d'ingénieur et toutes les prestations en relevant, lesquelles ne peuvent être incompatibles avec les prestations de la profession d'architecte » (article 5 de statuts de STUDIOPOLIS ARCHITECTE), et compte tenu de notamment les articles 2, § 2, et 6, de la loi du 20 février 1939 sur la protection du titre et de la profession d'architecte, le chiffre d'affaires global de STUDIOPOLIS ARCHITECTE a trait au domaine d'activité qui est l'objet du marché.

Selon les informations disponibles auprès de la Centrale des Bilans de la Banque nationale de Belgique, le chiffre d'affaires de STUDIOPOLIS ARCHITECTE est le suivant :

- Pour la période du 11 octobre 2017 au 31 décembre 2018 : 65.971,00 EUR ;
- Pour l'exercice 2019 : 77.019 EUR.

STUDIOPOLIS ARCHITECTE a toutefois joint à son dossier de soumission l'engagement de ses sous-traitants à savoir, G.E.I. Génie civil S.A., G.E.I. Techniques spéciales S.A. (conseiller P.E.B.) et le Bureau d'études Jean-Luc Liber (géomètre), à mettre à disposition les moyens nécessaires pour l'exécution du marché si celui-ci était attribué à STUDIOPOLIS ARCHITECTE.

Le soumissionnaire a en outre joint des attestations relatives au chiffre d'affaires de ses sous-traitants, dont les montants sont systématiquement supérieurs au seuil de capacité économique et financière minimal exigé par le cahier spécial des charges. Après vérification du chiffre d'affaires de G.E.I. Génie civil S.A. à la Centrale des Bilans de la Banque nationale de Belgique, les seuils devant être atteints sont confirmés.

Selon l'article 73, § 1^{er}, de l'AR PASSATION, « conformément à l'article 78 de la loi, un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique du lien qui l'unit à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 67 [...] ». Selon le paragraphe 2 de cette même disposition, il est requis que le soumissionnaire ait à cet effet complété la partie II.C du DUME, ce qui est le cas en l'espèce. En agissant de cette manière, STUDIOPOLIS ARCHITECTE a clairement exprimé son intention de faire appel aux capacités des autres entités identifiées ci-dessus, dans le DUME et dans son offre, pour satisfaire aux critères de sélection. Enfin, comme expliqué plus haut, le DUME de l'ensemble de ces sous-traitants a été joint à l'offre.

Il est dès lors établi que STUDIOPOLIS ARCHITECTE réunit les conditions fixées par le critère de sélection relatif à sa capacité économique et financière.

15. Il ressort des motifs de la décision que le chiffre d'affaires de Studiopolis, seul, ne répond pas aux exigences de sélection posées dans l'avis de marché, à savoir 100.000 EUR par exercice.

La partie adverse se fonde donc sur le chiffre d'affaire des bureaux d'études sous-traitants de Studiopolis pour estimer qu'elle répond bien au critère de sélection lié au chiffre d'affaires.

16. Certes, l'article 78 de la Loi du 17 juin 2016 autorise le recours à la capacité de tiers pour atteindre les critères de sélection.

Néanmoins, l'article 73 de l'A.R. du 18 avril 2017 encadre cette faculté et impose à un opérateur économique qui souhaite recourir aux capacités d'autres entités d'apporter à l'adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, notamment en produisant l'engagement de ces entités à cet effet.

Cette preuve de l'engagement doit être univoque et garantir à l'adjudicateur que le tiers mettra bien les moyens utiles pour répondre au critère de sélection à la disposition de l'adjudicataire si le marché lui est attribué.

17. Or, un engagement de sous-traitance tel que déposé et signé par un bureau d'étude, ne peut s'entendre pour un critère de chiffre d'affaires.

En matière de sélection qualitative, la capacité économique et financière peut être mesurée au travers du critère du chiffre d'affaire lorsque l'adjudicateur veut s'assurer de la possibilité pour le soumissionnaire d'exécuter le marché sans connaître de difficulté de trésorerie liées au délai – souvent plus long que dans les marchés privés – entre l'exécution des prestations et leur paiement.

Il permet également de s'assurer que le soumissionnaire dispose d'un chiffre d'affaire suffisamment important pour que l'attribution du marché ne bouleverse pas l'économie générale de l'entreprise au point de mettre en doute sa capacité à l'exécuter correctement.

En substance, le critère de sélection lié au chiffre d'affaire permet de définir la capacité économique et financière du soumissionnaire pour exécuter le marché.

18. Comme l'a parfaitement énoncé la Cour de justice dans l'arrêt *Holst Italia* du 2 décembre 1999 (CJCE, C-176/98) :

“ 28. Toutefois, un tel recours à des références extérieures ne peut être admis sans conditions. Il appartient en effet au pouvoir adjudicateur, ainsi que le précise l'article 23 de la directive 92/50, de procéder à la vérification de l'aptitude des prestataires de services conformément aux critères énumérés. Cette vérification a notamment pour objet de donner au pouvoir adjudicateur l'assurance que le soumissionnaire aura effectivement l'usage des moyens de toute nature dont il se prévaut pendant la période couverte par le marché.

29. Ainsi, lorsque, pour démontrer ses capacités financières, économiques et techniques en vue d'être admise à participer à une procédure d'appel d'offres, une société fait état des capacités d'organismes ou d'entreprises auxquels elle est liée par des liens directs ou indirects, de quelque nature juridique qu'ils soient, il lui appartient d'établir qu'elle a effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché (voir, en ce sens, s'agissant des directives 71/304 et 71/305, arrêt *Ballast Nedam Groep I*, précité, point 17).

30. Il appartient au juge national d'apprécier la pertinence des éléments de preuve produits à cet effet. Dans le cadre de ce contrôle, la directive 92/50 ne permet ni d'exclure a priori certains modes de preuve ni de présumer que le prestataire dispose des moyens de tiers en se fondant sur la seule circonstance qu'il appartient à un même groupement d'entreprises".

19. En l'espèce, contrairement au cas d'espèce ayant précédé l'arrêt *Holst Italia*, les entités tierces à la capacité financière desquelles il est fait usage ne sont pas des filiales (ou la maison mère) du soumissionnaire mais bien des tiers qui sont engagés dans la procédure d'attribution du marché litigieux via des liens de sous-traitance.

Or, le critère du chiffre d'affaire est lié à la solidité financière de l'entreprise soumissionnaire.

Pour qu'il soit satisfait au critère, il faudrait que les sous-traitants s'engagent à financer Studiopolis ou à prendre un engagement solidaire ou encore à lui apporter un financement direct, des prêts, des recapitalisation, etc.

Force est d'admettre que de tels engagements, s'ils peuvent s'entendre d'une société vis-à-vis de ses filiales, sont étrangers aux relations entre une entreprise et ses sous-traitants. Sauf accords spécifiques, il ne peut être présumé que Studiopolis bénéficierait de la capacité financière de ses sous-traitant pendant l'exécution du marché et pourrait de ce fait, assurer au SIAMU, la robustesse financière suffisante de son co-contractant, STUDIOPOLIS.

La situation de faillite en cours d'exécution du marché ne peut donner lieu qu'à la résiliation du marché et non, tant en vertu de la réglementation applicable (art.38/3 arrêté royal du 14 janvier 2013 relatif aux règles générales d'exécution des marchés publics) que du cahier des charges au remplacement par les sous-traitants. Si Studiopolis devait connaître des difficultés financières pendant l'exécution du marché, le SIAMU n'aurait d'autre choix que de résilier celui-ci. L'objectif poursuivi par le critère de sélection ne serait alors pas atteint.

La décision d'attribution évoque les engagements de sous-traitance des bureaux d'études faisant offre avec Studiopolis et la déclaration qu'elle contient de "mettre à disposition les moyens nécessaires pour l'exécution du marché si celui-ci était attribué à Studiopolis Architecte". Cet engagement ne peut être interprété comme impliquant l'accord des sous-traitants de Studiopolis de palier à des difficultés financières ou de trésorerie que connaîtrait l'adjudicataire pendant l'exécution du marché (qui pourraient aller jusqu'à les obliger à prêter de l'argent à Studiopolis voire à prendre une participation en capital dans celle-ci afin de lui éviter la faillite et lui permettre de poursuivre l'exécution du marché).

De telles obligations seraient totalement exorbitantes d'un engagement de sous-traitance traditionnel tel que produit par Studiopolis. Une relation de sous-traitance, sans accords spécifiques à cet égard, ne peut être envisagée de la sorte.

20. En considérant que Studiopolis architecte répondait aux exigences de capacité économique et financière, la partie adverse a donc commis une erreur de fait.

Le premier moyen est sérieux. »

À l'audience, la requérante expose que si, comme le soutient la partie adverse dans sa note d'observations, la motivation de la décision attaquée contient une erreur matérielle en ce qu'il a été tenu compte en réalité des marges brutes d'exploitation de Studiopolis Architecte et non du chiffre d'affaires mentionné dans l'offre de cette dernière, la partie adverse ne pouvait, dans les circonstances de l'espèce, se contenter de cette déclaration et aurait dû vérifier l'exactitude de cette dernière. Elle estime que le rapport entre la marge d'exploitation renseignée par la Centrale des bilans de la Banque nationale de Belgique et un chiffre d'affaires qui serait d'au moins 100.000 euros n'est pas crédible. Elle demande dans cette optique que soit levée la confidentialité des pièces concernées.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le cahier spécial des charges fixe un critère de sélection relatif à la capacité économique et financière libellé comme suit :

« Il est requis du soumissionnaire qu'il établisse sa capacité économique et financière via la déclaration concernant son chiffre d'affaires sectoriel du domaine d'activités faisant l'objet du marché (Services de consultance en architecture et ingénierie), pour au maximum les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début d'activités du soumissionnaire, conformément à l'article 67, § 1, 2°, de l'AR PASSATION. Niveau spécifique minimal exigé : Le chiffre d'affaires sectoriel précité devra à tout le moins atteindre, annuellement, pour les trois derniers exercices disponibles, le montant minimal suivant : 100.000 € HTVA ».

La décision motivée d'attribution mentionne que le chiffre d'affaires de Studiopolis est de 65.971 euros en 2018 et de 77.019 euros en 2019. Dans sa note d'observations, après avoir relevé que « la DMA [décision motivée d'attribution] contient une erreur matérielle, dans la mesure où il a été tenu compte, pour les années considérées, des marges brutes d'exploitation de la S.R.L. STUDIOPOLIS ARCHITECTE, telles que celles-ci figurent dans les bilans déposés à la Centrale des Bilans de la Banque Nationale de Belgique », la partie adverse fait valoir qu'il s'agit d'une « erreur matérielle » dès lors que « le chiffre d'affaires déclaré par la S.R.L. STUDIOPOLIS ARCHITECTE dans son offre dépasse bien le seuil de 100.000 € fixé par les documents du marché en ce qui concerne le critère relatif à la capacité économique et financière des soumissionnaires et ce, pour chacune des années précitées ».

L'erreur matérielle dont fait état la partie adverse est avérée. L'offre de la requérante contient une déclaration relative au chiffre d'affaires, lequel s'avère supérieur à 100.000 euros pour chacune des années 2017, 2018 et 2019.

Il n'empêche que la capacité économique et financière de Studiopolis a été acceptée pour un autre motif, à savoir le recours à la capacité de sous-traitants.

Aux termes de l'article 78, alinéas 1^{er} et 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics :

« Un opérateur économique peut, le cas échéant, et pour un marché déterminé, avoir recours à la capacité économique et financière et aux capacités techniques et professionnelles d'autres entités, telles que visées à l'article 71, alinéa 1^{er}, 2^o et 3^o.
Lorsqu'un opérateur économique a recours aux capacités d'autres entités en ce qui concerne des critères ayant trait à la capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur peut exiger que l'opérateur économique et ces entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du marché, pour autant que la possibilité d'exiger la responsabilité solidaire n'ait pas été exclue dans les documents de marché. Pour être effective, cette responsabilité solidaire doit cependant être acceptée par écrit par l'entité dont la capacité est invoquée. Lorsque l'acceptation écrite susmentionnée n'est pas fournie, le candidat ou le soumissionnaire ne peut avoir recours à la capacité de cette entité. Le présent alinéa ne porte pas préjudice à la responsabilité solidaire prévue en vertu d'autres lois, notamment au niveau des dettes sociales, fiscales ou salariales ».

L'article 73, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques énonce ce qui suit :

« Conformément à l'article 78 de la loi, un opérateur économique peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique du lien qui l'unit à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 67 et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés aux articles 68 et 70 ».

En l'espèce, chacun des trois sous-traitants de l'adjudicataire a attesté disposer d'un chiffre d'affaires supérieur à celui exigé en application des documents du marché et s'est engagé à mettre à disposition les moyens nécessaires pour l'exécution du marché.

Il ne paraît pas, *prima facie*, que les engagements de mettre à disposition de l'attributaire les moyens nécessaires pour l'exécution du marché ne seraient pas conformes aux exigences de l'article 78 de la loi du 17 juin 2016 et de l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il ne semble pas pouvoir être déduit de ces dispositions que, comme le soutient la requérante, les sous-traitants auraient dû s'engager « à financer Studiopolis ou à prendre un engagement solidaire ou encore à lui apporter un financement direct, des prêts, de recapitalisation , *etc* ». Au contraire, en ce qu'il prévoit la faculté, pour le pouvoir adjudicateur, d'exiger « que l'opérateur économique et ces entités en question soient solidairement responsables de l'exécution du marché, pour autant que la possibilité d'exiger la responsabilité solidaire n'ait pas été exclue dans les documents du marché », l'article 78 de la loi

du 17 juin 2016 semble accorder au pouvoir adjudicateur un large pouvoir d'appréciation pour exiger ou non un engagement solidaire des sous-traitants, qu'il lui est même possible d'exclure d'emblée en portant cette précision dans les documents du marché.

Le premier moyen n'est pas sérieux. Il n'y a dès lors pas lieu de faire droit, au stade actuel de la procédure, à la demande de la requérante de lever la confidentialité de pièces relatives aux chiffres d'affaires de Studiopolis, lesquelles ne sont pas nécessaires pour conclure au caractère non sérieux du moyen.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la requérante

Le deuxième moyen est pris « de l'excès de pouvoir et de la violation de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics particulièrement en ses articles 83 et 84, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques particulièrement en ses articles 33, 35, 36 et 76, 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, particulièrement en ses articles 4, 4/1 et 5 ; de l'erreur de fait, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des principes de bonne administration d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de la violation du devoir de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation »,

en ce que « l'adjudicateur a commis une erreur d'appréciation dans la décision litigieuse concernant le contrôle des prix en considérant que les frais de déplacement de Studiopolis étaient plus bas que ceux de ses concurrents »,

alors que les dispositions reprises au moyen imposent à l'adjudicateur de procéder à une vérification des prix de manière complète et de motiver de façon complète et adéquate le résultat de cette vérification dans la décision litigieuse elle-même.

La requérante développe son moyen comme suit :

« 23. La motivation suivant l'examen de la normalité du prix de Studiopolis contient une erreur manifeste d'appréciation voire une incohérence qui entache celle-ci d'une irrégularité.

Ainsi, en pages 17 et 18 de la décision d'attribution, la partie adverse écrit que "STUDIOPOLIS ARCHITECTE explique encore avoir établi son siège d'exploitation, où s'effectuent la plupart des prestations, dans l'habitation de son gérant". Elle précise en outre que, en ce qui concerne "les déplacements dans la région bruxelloise, la proximité de la gare d'Uccle/Moensberg et de la ligne 43 permet de se déplacer dans toute la région bruxelloise en transport en commun moyennant un forfait annuel réduit".

Et la partie adverse d'adopter l'argument comme suit : Le SIAMU prend en compte les éléments avancés par STUDIOPOLIS ARCHITECTE lui permettant de réduire certains coûts (notamment les coûts de déplacement). À cet égard, le SIAMU constate que l'ensemble des références figurant sur le site internet de STUDIOPOLIS ARCHITECTE indique qu'elle concentre son activité sur une clientèle très principalement, voire exclusivement située en Région bruxelloise. Parmi cette clientèle, il s'agit surtout d'organisations soumises à la réglementation des marchés publics. Si ces éléments ne permettent pas à eux seuls de justifier les prix, ils ont pu influencer la formation de ceux-ci.

24. Tout d'abord, force est d'admettre que la logique du raisonnement est difficilement perceptible. La requérante peine à comprendre le lien qui est fait entre les justifications données par Studiopolis et cet extrait de la motivation de la décision litigieuse.

En cela, la décision viole les dispositions relatives à sa motivation.

25. Ensuite, le SIAMU se fonde sur le site internet de Studiopolis. Outre que la partie requérante ne comprend pas le lien que fait le SIAMU entre la concentration de la clientèle de STUDIOPOLIS en Région bruxelloise et les tarifs bas pratiqués par celle-ci, force est d'admettre que les informations recueillies sur le site internet de celle-ci n'ont aucune valeur probante.

Quelle que soit la conclusion qu'elle a voulu en tirer, la partie adverse a violé son devoir de minutie en se contentant d'une visite sur le site internet d'un soumissionnaire pour tirer des conclusions aussi importante concernant la normalité de son prix.

26. En tout état de cause, la requérante constate que la partie adverse justifie le prix de Studiopolis en partie sur base des frais engagés dans d'autres marchés, en indiquant comme élément positif de justification de son prix le fait que la plupart de ses clients son bruxellois.

Une telle justification est constitutive d'une erreur d'appréciation dès lors que seul le prix pratiqué dans le présent marché et les justifications qui s'y rapportent doivent être pris en compte.

27. Finalement, quant au fond, le SIAMU semble adhérer à l'explication de Studiopolis selon laquelle son siège de Linkebeek lui permet de rayonner partout dans la Région bruxelloise et que la proximité de la gare de Uccle Moensberg et de la ligne 47 de la STIB permet à son équipe de voyager dans toute la région au prix de l'abonnement annuel de la STIB et/ou de la SNCB.

Ce motif est entaché d'une erreur manifeste d'appréciation qui entache d'irrégularité la vérification des prix de Studiopolis.

En effet, la gare d'Uccle Moensberg est à 1,3 km ou 18 minutes à pieds du siège de la Rue des Hêtres de Studiopolis à Linkebeek.

La Ligne 43 de la STIB ne passe pas plus près du siège de Studiopolis. Par ailleurs, la ligne 43 ne circule que dans Uccle et les collaborateurs devront changer une voire deux fois de moyens de transports avant d'arriver à bon port en région bruxelloise.

On comprend difficilement comment cette situation géographique pourrait permettre à Studiopolis de se distinguer de ses concurrents au niveau du prix et plus particulièrement de ses frais de déplacement inclus dans celui-ci, lorsque l'on constate que parmi les neuf soumissionnaires, six ont leur siège au sein de la Région bruxelloise et en des points beaucoup plus stratégiques du point de vue de l'utilisation des transports en commun.

Ainsi, Cereau SRL est à Ixelles, la requérante au centre de Bruxelles (Rue des Fabriques), Sophia Group est à la Rue Scailquin à Saint Josse et les deux derniers sont à Forest. Même le siège de Bouwtechniek, situé à 1,8 kilomètre à pied de la gare d'Anvers central, permet d'accéder plus rapidement à la majorité des lieux utiles de la Région bruxelloise qu'à partir du siège de Studiopolis (et ce d'autant plus que Bouwtechniek dispose d'un bureau à Bruxelles, sur le site de Tous et Taxis, à quelques pas du siège du SIAMU).

28. Cette proximité géographique ne permet pas non plus de justifier les prix des sous-traitants de Studiopolis.

29. Force est donc d'admettre que la motivation de la normalité du prix de Studiopolis est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen est sérieux.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Il résulte de la décision motivée d'attribution que la partie adverse a procédé à la vérification des prix et coûts, conformément à l'article 36, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, et qu'elle a constaté que le prix de deux offres s'écartait d'au moins 15 % du prix moyen déterminé en application dudit article 36, § 4, précité. Le pouvoir adjudicateur a ensuite vérifié les prix des postes repris dans l'inventaire et il est apparu que, pour Studiopolis, deux postes de l'inventaire, à savoir celui d'architecte senior/chef de projet et celui d'architecte junior, ont été identifiés comme présentant une apparence d'anormalité. Sur la base des réponses apportées à la suite de sa demande de justification des prix, la partie adverse a considéré que l'offre de Studiopolis ne présentait pas de caractère d'anormalité. La décision motivée d'attribution énonce à ce propos ce qui suit :

« Dans sa réponse, STUDIOPOLIS ARCHITECTE apporte plusieurs justifications. Elle détaille pour chaque poste de l'inventaire, le prix porté en compte par ses collaborateurs et sous-traitants et la marge qu'elle prend sur ces prix. Elle souligne également le caractère intellectuel des prestations à fournir dans le cadre du marché, ceci ayant comme conséquence que "contrairement à un marché de travaux ou de fournitures, où le prix de l'offre est fortement déterminé par le prix (normal) des fournitures et des matériaux, chaque soumissionnaire dispose en l'espèce d'une plus grande liberté pour fixer sa marge bénéficiaire". STUDIOPOLIS ARCHITECTE explique encore avoir établi son siège d'exploitation, où s'effectuent la plupart des prestations, dans l'habitation de son gérant. Elle précise en outre que, en ce qui concerne "les déplacements dans la région bruxelloise, la proximité de la gare d'Uccle/Moensberg et de la ligne 43 permet de se déplacer dans toute la région bruxelloise en transport en commun moyennant un forfait annuel réduit". STUDIOPOLIS précise également qu'elle respecte les obligations visées à l'article 7 de la LOI, en matière du droit environnemental, social et du travail, notamment en rapport avec le bien-être des prestataires, leur paiement et qu'elle s'interdit de tout acte de dumping social.

Appréciation

Comme indiqué ci-dessus, (i) l'objectif principal poursuivi par la vérification et l'examen des prix consiste à évaluer si les prix permettent d'exécuter le marché conformément aux dispositions du cahier spécial des charges et (ii) le type de marché ici considéré est sujet à de grandes variations en termes d'honoraires, ce qui n'indique pas automatiquement une anormalité des prix (cf. C.J.U.E., arrêt C-367/19 du 10 septembre 2020 précité).

STUDIOPOLIS ARCHITECTE détaille tant son prix de soumission que les postes de l'inventaire qui présentent une apparence d'anormalité tout en indiquant sa marge bénéficiaire. Le détail fourni a permis au SIAMU d'apprécier plus amplement les composants des prix soumis. Par ailleurs, le SIAMU rejoint

STUDIOPOLIS ARCHITECTE quant à sa plus grande liberté pour fixer sa marge bénéficiaire vu le caractère intellectuel des prestations à fournir.

Le SIAMU prend en compte les éléments avancés par STUDIOPOLIS ARCHITECTE, lui permettant de réduire certains coûts (notamment les coûts de déplacement). À cet égard, le SIAMU constate que l'ensemble des références figurant sur le site Internet de STUDIOPOLIS ARCHITECTE indique qu'elle concentre son activité sur une clientèle très principalement, voire exclusivement située en Région bruxelloise. Parmi cette clientèle, il s'agit surtout d'organisations soumises à la réglementation des marchés publics. Si ces éléments ne permettent pas à eux seuls de justifier les prix, ils ont pu influencer la formation de ceux-ci.

Cet opérateur a en outre déjà exécuté par le passé et à la satisfaction du SIAMU, des marchés similaires à des conditions similaires, ainsi que pour d'autres pouvoirs adjudicateurs, tels la Chambre des Représentants, où des variations de prix similaires ont été constatées entre les différentes offres.

Au terme de cet examen et compte tenu de cette expérience, il n'a pas été constaté que l'offre de STUDIOPOLIS ARCHITECTE présenterait un caractère d'anormalité quant à ses prix et coûts qui empêcherait l'exécution du marché aux conditions fixées par les documents de celui-ci ».

Lorsque, face à des prix apparemment anormalement bas, le pouvoir adjudicateur examine les justifications apportées par le soumissionnaire concerné, il dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Il s'ensuit que, lorsqu'il est invité à contrôler l'appréciation portée par un pouvoir adjudicateur sur la justification de prix, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle de ce pouvoir adjudicateur. Il lui revient toutefois de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision de l'autorité, et de censurer dans le chef de cette dernière une appréciation manifestement erronée.

Il paraît ressortir de la motivation de la décision attaquée que le motif principal pour lequel la partie adverse estime que les prix de Studiopolis ne présentent pas de caractère anormal réside en ce que ce soumissionnaire a détaillé les différents postes de l'inventaire en indiquant sa marge bénéficiaire, ce qui a permis d'apprécier plus amplement les composants des prix fournis. Le pouvoir adjudicateur indique, dans la motivation, qu'il rejoint l'argument formulé par Studiopolis selon lequel, eu égard au caractère intellectuel des prestations à fournir, cette dernière bénéficie, pour fixer sa marge bénéficiaire, d'une marge de manœuvre plus importante que celle dont dispose un soumissionnaire dans le cadre d'un marché de travaux ou de fournitures pour lequel le prix de l'offre est fortement déterminé par le prix des fournitures et matériaux. Les développements de la requête, encore exposés à l'audience, ne permettent pas, au terme d'un examen *prima facie* en extrême urgence, d'établir que l'appréciation de la partie adverse serait affectée d'une erreur manifeste.

Le pouvoir adjudicateur estime également pouvoir prendre en considération les éléments qui, selon Studiopolis, permettent de réduire certains coûts, parmi lesquels figurent notamment les coûts de déplacement, mais également

les économies générées par le fait que la société a établi son siège d'exploitation dans l'habitation de son gérant. S'agissant des déplacements, il ne peut être reproché à la partie adverse d'avoir consulté le site internet de Studiopolis afin de s'informer sur la localisation de sa clientèle en vue de vérifier l'exactitude de l'argument de ce soumissionnaire relatif aux frais de déplacement. La circonstance que le personnel de l'adjudicataire se déplace dans la région bruxelloise en transports en commun moyennant un forfait annuel réduit, là où se concentre la majorité de sa clientèle, ne paraît pas manifestement dépourvue de pertinence pour justifier en partie des coûts réduits, le fait qu'il faille utiliser plusieurs moyens de transport en commun pour accéder à un lieu situé dans ladite région semblant à cet égard sans incidence. En tout état de cause, ces éléments relatifs aux coûts de déplacement n'apparaissent pas comme constituant des motifs déterminants dès lors que la motivation indique qu'ils ne permettent pas à eux seuls de justifier les prix.

Enfin, force est de constater que les justifications données par Studiopolis ne faisaient en aucune manière référence à d'autres marchés, de sorte que si la motivation indique que le pouvoir adjudicateur tient compte de cette expérience antérieure, c'est plutôt, semble-t-il, en guise de confirmation de l'analyse qui précède sans qu'il faille y voir un motif distinct.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VI. Troisième et quatrième moyens

VI.1. Thèse de la requérante

Le troisième moyen, soulevé à titre subsidiaire, est pris de « l'excès de pouvoir et de la violation de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics particulièrement de son article 83, de la violation de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et plus particulièrement de ses articles 42, 44 et 76, de la violation 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, particulièrement en ses articles 4, 4/1 et 5 ; de la violation de l'article 2:53 du Code des sociétés et des associations, de la violation de l'article 10.4.3. du cahier spécial des charges, de l'erreur de fait, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des principes de bonne administration d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de la violation du devoir de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation »,

en ce que « l'offre de la SM Why Sweco n'est revêtue que de la signature de M. [D.] »;

alors que « l'article 44 de l'A.R. du 18 avril 2017 exige que les signatures apposées sur l'offre doivent être émises par la ou les personnes compétentes ou mandatées pour engager le soumissionnaire et que M. [D.] n'a pas de mandat pour engager SWECO ».

Le quatrième moyen, soulevé également à titre subsidiaire, est pris « de l'excès de pouvoir et de la violation de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics particulièrement en ses articles 83 et 84, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques particulièrement en ses articles 33, 35, 36 et 76, 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, particulièrement en ses articles 4, 4/1 et 5 ; de l'erreur de fait, de l'erreur manifeste d'appréciation, de la violation des principes de bonne administration d'égalité, de non-discrimination, de transparence et de la violation du devoir de minutie ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation »,

en ce que « la motivation de l'acte attaqué relative au contrôle des prix de la SM Why Architecture – SWECO est stéréotypée, insuffisante, inadaptée au cas d'espèce et entachée d'erreurs manifestes d'appréciation » ,

alors que les dispositions reprises au moyen imposent à l'adjudicateur de procéder à une vérification des prix de manière complète et de motiver de façon complète et adéquate le résultat de cette vérification dans la décision litigieuse elle-même ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Les troisième et quatrième moyens tendent à démontrer que l'offre de la SM Why Architecture Sweeco, classée deuxième, est irrégulière.

Dès lors que les deux premiers moyens, qui tendent à critiquer l'offre de Studiopolis, classée première, ne sont pas sérieux, les irrégularités dénoncées par les troisième et quatrième moyens n'ont pas fait grief à la requérante, qui semble dès lors sans intérêt à les soulever. Au stade actuel de la procédure, ces deux moyens paraissent donc irrecevables.

Il s'ensuit que la demande de suspension doit être rejetée, sans qu'il soit besoin, au stade actuel de la procédure, de se prononcer sur sa recevabilité.

VII. Confidentialité

La requérante dépose, à titre confidentiel, son offre ainsi que ses annexes qui contiennent des informations relatives aux prix. Il s'agit de la pièce confidentielle A.

La partie adverse demande la confidentialité pour certaines pièces du dossier administratif qui contiennent des informations couvertes par le secret des affaires. Il s'agit des pièces 6 à 12 du dossier confidentiel.

La requérante a demandé que soit levée la confidentialité des pièces relatives aux chiffres d'affaires de l'attributaire ainsi qu'à l'éventuel contrôle de celui-ci. Il n'a pas été fait droit à cette demande.

Pour le surplus, les demandes de confidentialité n'ont pas été contestées.

Il convient donc, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La pièce A du dossier de la partie requérante et les pièces 6 à 12 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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 27 mai 2021 par :

Imre Kovalovszky,
Vincent Durieux,

président de chambre,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Imre Kovalovszky