

**CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF**  
**LE PRÉSIDENT DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**  
**A R R Ê T**

n° 256.006 du 10 mars 2023

A. 238.354/VI-22.509

En cause : **la société à responsabilité limitée**  
**TECTUM CONSTRUCTORS,**

ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Chris SCHIJNS et  
Dieter TORFS, avocats,  
Grotestraat 122  
3600 Genk,

contre :

**la ville de Mons**, représentée  
par son collègue communal,  
ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Véronique VANDEN ACKER, François  
VISEUR et Pacôme NOUMAIR, avocats,  
avenue Louise 140  
1050 Bruxelles

Requérante en intervention :

**la société anonyme Société de Construction**  
**Travaux et Dépannage**, en abrégé SCTD,

ayant élu domicile chez  
M<sup>e</sup> Yves SCHNEIDER, avocat,  
chemin de la Maison du Roi 34c  
1380 Lasne

---

*I. Objet de la requête*

Par une requête introduite le 8 février 2023, la société à responsabilité limitée Tectum Constructors demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision motivée du 12.12.2022 qui stipulait que l'offre de la requérante avait été déclarée irrégulière puisqu'elle n'a pas répondu à la demande de justificatifs ».

## *II. Procédure*

Par une ordonnance du 10 février 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 1<sup>er</sup> mars 2023.

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

Par une requête introduite le 24 février 2023, la société anonyme SCTD demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M<sup>me</sup> Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M<sup>e</sup> Dieter Torfs, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M<sup>es</sup> François Viseur et Pacôme Noumair, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M<sup>e</sup> Charles-Henri de La Vallée Poussin, *loco* M<sup>e</sup> Yves Schneider, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M<sup>me</sup> Marie Lambert de Rouvroy, auditeur adjoint au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

## *III. Faits utiles à l'examen de la demande*

1. Le 12 septembre 2022, la partie adverse fait publier au *Bulletin des adjudications* un avis de marché public de travaux ayant pour objet « académie de musique, renouvellement des toitures ».

Ce marché est passé par procédure négociée directe avec publication préalable. Son montant est estimé à 589.743 euros HTVA.

La procédure est régie par le cahier des charges BE.2022/Sub.734.215.00. Le prix est l'unique critère d'attribution.

Le cahier contient notamment la disposition suivante :

«

#### **I.5 Vérification des Prix**

Dans le cadre de la vérification des prix, le pouvoir adjudicateur peut inviter le soumissionnaire à fournir toutes les informations nécessaires afin de procéder à ladite vérification. Les soumissionnaires doivent fournir les éléments d'information réclamés par le Pouvoir Adjudicateur.

L'article 35 de l'Arrêté Royal du 18 avril 2017 est applicable au présent marché de manière à permettre également, si nécessaire, au pouvoir adjudicateur de vérifier le coût des mesures et moyens de prévention mentionné par les soumissionnaires, dans le formulaire annexé à leur offre.

L'offre du soumissionnaire sera écartée si l'ensemble des renseignements sollicités par le pouvoir adjudicateur ne sont pas fournis dans le délai prescrit dans la lettre de demande.

».

Le cahier des charges précise encore que les offres doivent être déposées sur la plateforme *e-Tendering* du site internet <https://eten.publicprocurement.be>, que les soumissionnaires sont tenus de se rendre régulièrement sur le site *e-Notification* pour prendre connaissance d'éventuels avis rectificatifs relatifs au cahier spécial des charges, qu'ils sont autorisés à poser des questions sur le contenu du cahier des charges exclusivement par le biais du forum de la plateforme *e-Notification* jusqu'à 10 jours calendrier avant le dépôt des offres et que les réponses seront transmises par le pouvoir adjudicateur sur ce même forum.

2. À la date ultime de dépôt des offres, le 3 octobre 2022, quatre offres sont introduites : celles de la requérante, de la requérante en intervention, de la SRL Jacobs et Fils et de la SA Tracedo Belgium. La requérante remet le prix le plus bas.

3. Dans le cadre de l'examen des offres, la partie adverse procède notamment à la vérification des prix, en application de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. À la suite de cette vérification, elle interroge chaque soumissionnaire afin d'obtenir des justifications de prix, en application de l'article 36 du même arrêté royal.

Les demandes de « justifications de prix anormaux » sont envoyées aux soumissionnaires, le 17 octobre 2022, via une lettre d'invitation déposée sur la plateforme *e-Notification*, avec l'obligation d'y répondre dans les 12 jours

calendrier. Les postes pour lesquels les prix sont jugés anormalement bas ou élevés sont indiqués dans la lettre d'invitation qui rappelle, en outre, la nécessité de préciser suffisamment les justifications apportées. La lettre se réfère à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Il est aussi demandé aux soumissionnaires « dans le cadre de la procédure négociée régissant ce marché » si une amélioration de leur offre est envisageable (point 1 de la lettre d'invitation).

Le point 2 de la lettre d'invitation précise la marche à suivre pour « réagir à cette invitation ». Pour ceux qui sont déjà enregistrés sur *e-Procurement*, ce qui est nécessairement le cas des soumissionnaires qui ont déposé leur offre sur la plateforme *e-Tendering*, ils doivent (1) sauvegarder l'invitation sur le disque dur et l'ouvrir avec un *PDF-viewer*, (2) se connecter sur *my.publicprocurement.be* à l'aide de leur nom d'utilisateur et de leur mot de passe et (3) pour accéder au dossier restreint généré par le pouvoir adjudicateur, cliquer sur le lien *e-Notification* qui figure dans la lettre d'invitation et encoder le mot de passe se trouvant également dans cette lettre.

Le point 3.1 de la lettre d'invitation renseigne qu'elle a été déposée le 17 octobre 2022 et que la date limite pour y répondre est le 31 octobre 2022.

Le point 3.2 de la lettre d'invitation contient le lien *e-Notification* et un mot de passe spécifique pour accéder au dossier restreint créé par le pouvoir adjudicateur.

Les captures d'écran de la plateforme *e-Notification* produites par la partie adverse indiquent les adresses *mail* qui ont été utilisées pour l'envoi des lettres d'invitation. Deux adresses courriel sont mentionnées pour la requérante. L'heure de l'envoi de la lettre à ces deux adresses est également indiquée.

Il apparaît également de ces captures d'écran que tous les soumissionnaires, sauf la requérante, ont rapidement consulté la plateforme les 17 ou 20 octobre 2022. La requérante a, quant à elle, consulté la plateforme le 30 janvier 2023, après l'adoption de l'acte attaqué.

À la demande de l'auditeur chargé de l'instruction de l'affaire, la partie adverse a également produit le courriel qui lui a été envoyé le 17 octobre 2022 depuis l'adresse « système » *tender.invitation@publicprocurement.be*. Celui-ci confirme qu'un dossier restreint a été créé pour la requérante avec, en annexe, la lettre d'invitation qui a été envoyée à cette dernière. Ce courriel précise encore ce qui suit :

« L'envoi de l'invitation par le biais de la plateforme *e-Procurement* ne garantit pas que l'entreprise reçoit effectivement cette lettre. Vous devez donc demander un accusé de réception au destinataire. Vous pouvez, par exemple, préciser dans la lettre d'invitation que l'entreprise doit en confirmer la réception dans les deux jours ouvrables par fax ou par *e-mail*. Vous pouvez également utiliser un autre canal pour l'envoi de l'invitation et des documents du marché, qui fournit une preuve de réception (par ex. un courrier recommandé avec accusé de réception). [...] »

4. Le 8 décembre 2022, le collège communal de la partie adverse décide d'attribuer le marché à la SA SCTD pour un montant de 762.290,73 euros HTVA.

L'offre de la requérante est considérée comme irrégulière et écartée au motif que cette société « n'a pas donné suite à [la] demande de justificatifs ».

Cette décision a été communiquée à la requérante uniquement par courrier recommandé du 23 janvier 2023.

5. Le 3 février 2023, la requérante adresse un courriel à la partie adverse dans lequel elle écrit notamment ce qui suit :

« Sauf erreur, la société Tectum constructors BV n'a jamais reçu la demande de justificatifs ni par courriel ni par courrier recommandé.  
Nous signalons donc par la présente qu'aucun courrier ou message n'a été reçu par notre société de sorte que notre société n'était pas en mesure de répondre à la demande de justificatifs.  
Pouvez-vous nous donner la preuve que la demande de justificatifs a été envoyée par lettre recommandée soit que Tectum Constructors a été informé de la demande de justificatif ?  
Pouvez-vous nous envoyer un message de retour ? En l'absence de réponse au plus tard le 06.02.2023, nous serons contraints de prendre des mesures supplémentaires pour sauvegarder notre position juridique. »

6. Par courriel du même jour, la partie adverse répond qu'« une demande de justificatifs de prix [...] a bien été envoyée » et que « conformément à la réglementation, cette demande de justificatifs [...] a été adressée par voie informatique via la plateforme *e-tendering/e-notification* (et pas par courriel ni par courrier recommandé) ».

#### *IV. Intervention*

Par une requête introduite le 24 février 2023, la SA SCTD demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

## V. Moyen unique

### V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen unique de « la violation des articles 4, 83, 84 et 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 33, 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 [relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques], des article 4, 5, 8, 28 à 30 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux du droit administratif et, plus particulièrement, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de comparaison effective des offres, de l'obligation de motivation, des principes de minutie, de transparence et de libre concurrence, le principe du caractère raisonnable *patere legem quam ipse fecisti* comme principe général de bonne administration ».

Elle reproduit le contenu des articles 4, 83, 84 et 153 de la loi du 17 juin 2016 précitée, des articles 35 et 36, §§ 1<sup>er</sup> à 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et des articles 4 et 8 de la loi du 17 juin 2013 précitée, invoque l'existence d'un « principe de diligence raisonnable » qui imposerait au pouvoir adjudicateur de « faire preuve de diligence lors de l'examen des offres » ainsi que le « principe de sécurité juridique », qui, selon elle, doit mettre le soumissionnaire en mesure de prévoir la manière dont le pouvoir adjudicateur évaluera les offres. Elle rappelle aussi la portée du devoir de motivation formelle qui s'impose à toute autorité administrative ainsi que le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

Dans une première branche intitulée « appréciation égalitaire », la requérante rappelle le contenu du principe d'égalité entre les soumissionnaires et l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de démontrer qu'il a procédé à une comparaison effective des offres pour désigner l'offre économiquement la plus avantageuse.

Elle expose qu'il appartient à la partie adverse d'apporter la preuve que tous les soumissionnaires ont été invités à fournir des justificatifs de leurs prix, qu'à ce jour, il n'est pas établi qu'« une telle question ait été posée [à la requérante] et encore moins qu' [elle] l'ait reçue » et que « même s'il est démontré que cette question a été envoyée, il appartient à la ville de Mons de prouver que la requérante était en mesure d'en prendre connaissance et d'y répondre ». Elle ajoute ne pas

savoir « par quel canal ou [via quelle adresse] la ville de Mons a communiqué » et qu'à la suite du courriel qu'elle a adressé à la partie adverse le 3 février 2023, cette dernière n'a pas pu apporter la preuve de la réception de la demande de justifications. Ceci confirme, selon la requérante, que la partie adverse « est bien consciente qu'[elle] n'a pas reçu de notification, de sorte qu'elle n'est pas traitée de la même manière que les autres soumissionnaires ». Elle en déduit que le principe d'égalité entre soumissionnaires a été violé.

Dans une deuxième branche intitulée « non-respect de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 et des articles 33, 35 et 36 [de l'arrêté royal du] 18 avril 2017 [...] », la requérante rappelle l'objectif de la réglementation de contrôle des prix ainsi que l'obligation de procéder à une telle vérification. Elle soutient qu'il appartient à la partie adverse de démontrer qu'elle « a agi correctement » lors de la vérification des prix, en envoyant ses demandes de justifications. Elle estime que si la partie adverse n'a pas correctement adressé ces demandes, « elle a commis une erreur en n'incluant pas l'offre de la requérante dans son évaluation », ce d'autant plus que son offre était moins chère que celles de ses concurrents.

Dans une troisième branche intitulée « non-respect de l'article 8 de la loi du 17 juin 2013 [...] », la requérante rappelle l'obligation qui est imposée à l'adjudicateur de communiquer au soumissionnaire évincé la décision d'écarter son offre. Elle soutient que cette communication doit intervenir « immédiatement après la prise de décision » et reproche à la partie adverse d'avoir communiqué l'acte attaqué plus d'un mois après son adoption.

À l'audience, la requérante maintient qu'à ce stade, la preuve de l'envoi de la demande de justifications et de sa réception n'est pas rapportée. Elle affirme ne pas avoir reçu de courriel contenant une lettre d'invitation et explique qu'à la réception de la décision attaquée, elle a eu accès au dossier restreint de la plateforme *e-Notification* via son identifiant et son mot de passe habituel pour accéder à cette plateforme – et non à partir d'un lien ou d'un mot de passe spécifique censé figurer dans un courriel qu'elle n'a pas reçu. Elle relève, par ailleurs, que les pièces produites au dossier administratif indiquent elles-mêmes que « l'envoi de l'invitation par le biais de la plateforme *e-Procurement* ne garantit pas que l'entreprise reçoit effectivement cette lettre » et que le pouvoir adjudicateur doit « donc demander un accusé de réception au destinataire » ou « utiliser un autre canal pour l'envoi de l'invitation et des documents du marché, qui fournit une preuve de réception (par ex. un courrier recommandé avec accusé de réception) [...] ». Elle répète qu'il appartenait à la partie adverse de demander un accusé de réception, *quod non* en l'espèce.



## V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

Le moyen est irrecevable en ce qu'il invoque la violation de l'article 153 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le présent marché ne relevant pas des secteurs spéciaux auxquels s'applique cette disposition.

Il est également irrecevable en ce qu'il est pris de la violation des articles 4, 5, 28 et 30 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, des principes de concurrence, de l'obligation de motivation, de transparence et *patere legem quam ipse fecisti*, à défaut d'indiquer en quoi la décision attaquée méconnaîtrait ces dispositions et principes.

### *Quant aux deux premières branches*

En vertu de l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder à une vérification des prix ou des coûts des offres introduites. L'article 36 du même arrêté royal est relatif au contrôle des prix ou des coûts qui semblent anormalement bas ou élevés. Le paragraphe 2, alinéa 1<sup>er</sup>, de cette disposition prévoit ce qui suit :

« Lors de l'examen des prix ou des coûts, le pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal dans un délai de douze jours, à moins que l'invitation ne détermine un délai plus long [...] »

Cette disposition est applicable au marché en cause qui est passé par procédure négociée directe avec publication préalable, la valeur estimée de ce marché dépassant le montant de 500.000 euros visé à l'article 36, § 6, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

La requérante conteste avoir reçu de la part de la partie adverse une demande de justifications de ses prix et estime qu'il appartient au pouvoir adjudicateur d'apporter la preuve de l'envoi de cette demande et de sa bonne réception, ce que la partie adverse reste, selon elle, en défaut de faire. Elle en déduit que la partie adverse ne démontre pas qu'elle a traité tous les soumissionnaires de manière égale (première branche) ni qu'elle a procédé régulièrement au contrôle des prix, imposé par la réglementation (deuxième branche).

Il ressort de l'exposé des faits utiles à l'examen de la demande et des pièces produites au dossier administratif que, pour chaque soumissionnaire, la partie adverse a créé un dossier restreint sur la plateforme *e-Notification* pour y déposer une lettre d'invitation contenant notamment une demande de justifications pour des prix apparemment anormaux. Les captures d'écran indiquent les adresses mail des destinataires de l'envoi de ces lettres d'invitation. Si la requérante fait valoir, à l'audience, que, pour le « profil associé », le nom de son entreprise est mal orthographié, elle ne soutient pas que les adresses mail attachées respectivement à ce profil et au « fournisseur associé » seraient inexactes. Il est établi qu'elle a consulté la plateforme le 30 janvier 2023. Elle a donc, à cette occasion, pu vérifier si les adresses mail renseignées sur la plateforme pour sa société étaient bien correctes. Il apparaît, par ailleurs, clairement des captures d'écran produites qu'au moins une des deux adresses – laquelle est entièrement lisible – est bien celle qui est renseignée dans le premier document de l'offre déposée par la requérante, document qui reprend les données générales de la société.

Dans la mesure où un examen en extrême urgence permet d'en juger, la partie adverse apporte bien la preuve qu'elle a adressé, le 17 octobre 2022, les demandes de justifications aux différents soumissionnaires via la plateforme *e-Notification*. Suivant le fonctionnement de cette plateforme, ceux-ci ont tous été invités à répondre à ces demandes par un ou plusieurs courriels qui leur ont été envoyés depuis la plateforme.

Contrairement à ce que la requérante affirme dans sa requête, elle sait pertinemment quel « canal » a été utilisé par la partie adverse pour lui envoyer la demande de justifications. Comme il a déjà été indiqué, elle a, avant l'introduction du présent recours, à la date du 30 janvier 2023, consulté la plateforme *e-Notification*. Par courriel du 3 février 2023, la partie adverse lui a, par ailleurs, clairement confirmé avoir eu recours à ce canal pour envoyer cette demande.

La requérante ne conteste pas, dans sa requête ou à l'audience, l'utilisation par la partie adverse de la plateforme *e-Notification* pour l'envoi des demandes de justifications de prix. Elle ne met pas non plus en cause la fiabilité de cette plateforme. Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, cette plateforme fait partie des moyens de communication électronique officiels pour les communications et échanges d'informations entre l'adjudicateur et les opérateurs économiques. La plateforme *e-Notification* est un moyen de communication à considérer comme fiable, qui répond aux règles relatives aux plateformes

électroniques prises par et en vertu de l'article 14 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

*Prima facie*, la partie adverse démontre, à suffisance, avoir envoyé une demande de justifications des prix à tous les soumissionnaires et les avoir, à cet égard, traités de manière égale.

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, la partie adverse ne doit pas *prima facie* établir que les soumissionnaires ont bien réceptionné ces courriels. L'article 36, § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité n'impose pas au pouvoir adjudicateur la charge d'une telle preuve. Dès lors qu'il utilise un moyen de communication fiable, la preuve de l'envoi de la demande suffit à démontrer qu'il a régulièrement « invit[é] le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal ». Les indications qui figurent sur la plateforme *e-Notification* ainsi que le courriel du 17 octobre 2022 envoyé à la partie adverse au départ de l'adresse « système » *tender.invitation@publicprocurement.be* confirment qu'un dossier restreint a été créé pour la requérante et qu'une lettre d'invitation a été envoyée à l'adresse courriel renseignée dans l'offre de cette dernière. *Prima facie*, il n'incombe pas à la partie adverse de s'assurer, en outre, que le soumissionnaire a bien ouvert ce courriel et effectivement pris connaissance de son contenu ou de vérifier que celui-ci ne s'est pas retrouvé dans ses courriers indésirables.

Certes, le courriel reçu par la partie adverse le 17 octobre 2022 indique que « l'envoi de l'invitation par le biais de la plateforme *e-Procurement* ne garantit pas que l'entreprise reçoit effectivement cette lettre » et conseille au pouvoir adjudicateur de « demander un accusé de réception au destinataire » ou d'« utiliser un autre canal pour l'envoi de l'invitation et des documents du marché , qui fournit une preuve de réception (par ex. un courrier recommandé avec accusé de réception) [...] ». *Prima facie*, cette recommandation n'est utile que dans les hypothèses où le pouvoir adjudicateur doit se réserver une preuve de la réception de ses envois, ce que l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ne paraît pas exiger. Même sous l'ancienne réglementation relative à la procédure de contrôle des prix, il n'était pas requis que la demande de justifications soit adressée par lettre recommandée « avec accusé de réception ». La formalité de l'envoi par lettre recommandée (sans accusé de réception) était uniquement destinée à ménager au pouvoir adjudicateur une preuve de l'envoi de sa demande ainsi qu'à lui donner date certaine, ce qui suffisait à démontrer qu'il avait bien « invité » le soumissionnaire à fournir les justifications nécessaires sur la composition de ses prix.

Le moyen unique, en ses deux premières branches, n'est pas sérieux.

### *Quant à la troisième branche*

En vertu de l'article 8, § 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, 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, « dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique [...] 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, les motifs de son éviction, extrait de la décision motivée ».

La disposition légale précitée n'impose aucun délai au pouvoir adjudicateur pour communiquer la décision d'écarter une offre pour cause d'irrégularité. En toute hypothèse, une éventuelle méconnaissance de cette disposition constitue un vice qui entache une formalité postérieure à l'adoption de l'acte attaqué, n'affecte pas la légalité de celui-ci et n'est pas de nature à causer grief à la requérante. Celle-ci a pu former le présent recours contre la décision de déclarer son offre irrégulière.

Le moyen unique, en sa troisième branche, n'est pas sérieux.

## *VI. Recours téméraire et vexatoire*

### *VI.1. Thèses des parties*

La partie adverse demande la condamnation de la requérante au paiement d'une indemnité d'un montant de 38.114,53 euros pour recours téméraire et vexatoire, en application de l'article 27 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

Cette demande est fondée sur les éléments suivants :

« Dans le cas d'espèce, la partie requérante a délibérément exprimé une information erronée dans sa requête en prétendant n'avoir jamais été interrogée par la partie adverse.

La partie adverse a adressé par recommandé le courrier de non-attribution en date du 23/01/2023. Ledit courrier a été réceptionné par la requérante le 02/02/2023.

Il appert que la société requérante a consulté la plateforme e-notification le 30/01/23.

La partie requérante a, par mail du 3 février, demandé des informations complémentaires.

La partie adverse a, le même jour, adressé un mail en réponse en confirmant l'envoi de la demande de justificatifs de prix par le biais de la plateforme.

Malgré les informations en sa possession, et à nouveau avec une parfaite mauvaise foi, la requérante introduit un recours fondé intégralement sur l'absence

de réception d'un courrier l'interrogeant sur ses prix. Un tel recours dénote manifestement d'un manque de bonne foi.

Ce recours est manifestement téméraire et vexatoire.

Il retarde la possibilité, pour la Ville, de conclure le marché litigieux, ce qui entraîne des conséquences non négligeables sur l'organisation du futur chantier, mais également sur l'importance de respecter le planning défini par les services de la Ville ; en effet, les délais de livraison sont particulièrement longs suite à la crise géopolitique actuelle ; dès lors, tout retard dans l'exécution peut mettre en péril la poursuite des différentes activités organisées au sein de l'Académie de Musique.

Il engendre, pour les services de la ville, une surcharge de travail et un stress qui n'est pas nécessaire et qui lui est préjudiciable.

Il encombre également le rôle de Votre Conseil sur base d'arguments qu'elle sait pertinemment être inexacts.

Pour ces raisons, la partie adverse demande à votre conseil de faire application de l'article 27 de la loi du 17 juin 2013 et de condamner la partie requérante à une indemnité équivalente à 5% de la valeur d'attribution du marché litigieux, soit 762.290,73 EUR et donc à une indemnité de 38.114,53 EUR. »

À l'audience, la requérante répond que la demande formulée par la partie adverse doit être rejetée puisque son moyen unique est sérieux et qu'un arrêt ordonnant la suspension de l'exécution de l'acte attaqué doit être rendu.

## *VI.2. Appréciation du Conseil d'État*

L'article 27 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 dispose comme il suit :

- « En cas de recours téméraire et vexatoire, à la demande de l'autorité adjudicatrice ou du bénéficiaire de l'acte, l'instance de recours peut octroyer une indemnisation adéquate à l'autorité adjudicatrice ou au bénéficiaire à charge du requérant. Le montant total des éventuelles indemnités ne peut en aucun cas dépasser 5 % du montant hors taxe sur la valeur ajoutée du marché attribué ou à 2.5 % de la valeur de la concession attribuée, hors taxe sur la valeur ajoutée. Les pourcentages précités peuvent être majorés par un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. Cet arrêté royal doit être confirmé par la loi dans un délai de douze mois à partir de son entrée en vigueur. »

Cette disposition trouve son origine dans une loi du 23 décembre 2009 qui a inséré un article 65/27 dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Les travaux préparatoires à cette loi renseignaient ce qui suit :

- « Cette disposition vise à permettre l'indemnisation de l'autorité adjudicatrice ou du bénéficiaire de l'acte en cas de recours téméraire et vexatoire. La loi ne prévoit actuellement aucun mécanisme spécifique aux marchés publics destiné à prévenir de tels abus. Pour ce qui concerne le juge judiciaire, l'article 780bis du Code judiciaire prévoit tant la condamnation à une amende pour la partie qui utilise la procédure à des fins manifestement dilatoires ou abusives, que la demande de dommages et intérêts pour procès téméraire et vexatoire. En ce qui

concerne le Conseil d'État, la loi du 17 février 2002 a réintroduit un article 37 dans les lois sur le Conseil d'État coordonnées le 12 janvier 1973 afin de permettre à ce dernier d'imposer une amende du chef d'un recours manifestement abusif. Entrée en vigueur le 26 mars 2002, cette mesure a été présentée comme étant destinée à combattre et prévenir l'arriéré judiciaire de la section d'administration du Conseil d'État (Doc. Parl., Ch. Repr., sess. 1997-1998, n° 1497/1). L'amende est de 125 euros à 2500 euros, montant pouvant être modifié par le Roi en fonction de l'évolution de l'indice des prix à la consommation. Le présent projet part du constat que ce montant n'est pas suffisamment dissuasif et ne bénéficie en outre pas à l'autorité adjudicatrice préjudiciée. C'est pourquoi le montant de l'indemnisation est ici laissé à la discrétion de l'instance de recours, mais sans pouvoir dépasser 5 % du montant du marché attribué hors taxe sur la valeur ajoutée » (Projet de loi introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, Doc., Ch., 2009-2010, n° 52-2276/001, p. 42) ».

Le Conseil d'État a déjà jugé, à propos de la mise en œuvre de l'article 37 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, que la notion de recours manifestement abusif doit recevoir une portée restrictive.

En l'espèce, si la requérante a menti, dans sa requête, en affirmant qu'elle ne savait pas par quel canal la demande de justifications lui avait été adressée, il ne peut être établi, à ce stade, que ce serait de toute mauvaise foi qu'elle déclare ne pas avoir reçu de courriel de la part de la partie adverse. Par ailleurs, le recours de la requérante porte sur une question à laquelle la partie adverse n'a pas répondu dans son courriel du 3 février 2023 et qui a trait à la preuve de la réception effective de la demande de justifications que lui a adressée la partie adverse. Si, dans le cadre de l'examen du moyen unique, il a été jugé que les griefs invoqués dans la requête n'étaient pas sérieux, il n'apparaît pas d'évidence que le recours introduit soit mu par la mauvaise foi, le but de nuire ou un esprit dilatoire ou que l'argumentation qui y est développée soit tout à fait fantaisiste ou manifestement mal fondée.

Il y a lieu, à ce stade, de rejeter la demande formulée par la partie adverse de condamner la requérante au paiement d'une indemnité pour recours téméraire et vexatoire.

## *VII. Confidentialité*

La requérante dépose à titre confidentiel un extrait de son offre. Il s'agit de la pièce 6 annexée à la requête.

La partie adverse demande que les pièces C à E du dossier administratif soient tenues pour confidentielles, ces pièces ayant trait aux justifications de prix

remises par les soumissionnaires et couvertes par le secret d'affaires. Elle formule la même demande pour la pièce F déposée sur la plateforme électronique du Conseil d'État. Il s'agit de l'offre de la requérante. La confidentialité des pièces A et B – qui ont trait à l'analyse des offres – a été levée au cours de l'instruction de l'affaire.

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

#### *VIII. Indemnité de procédure*

La partie adverse 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<sup>er</sup>.**

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

#### **Article 2.**

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

#### **Article 3.**

La demande de condamnation au paiement d'une indemnité pour recours téméraire et vexatoire est, à ce stade, rejetée.

#### **Article 4.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

#### **Article 5.**

Les pièces C à F du dossier administratif et la pièce 6 annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

**Article 6.**

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

La partie requérante supporte les autres dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre siégeant en référé, le 10 mars 2023, par :

|                  |                                    |
|------------------|------------------------------------|
| Florence Piret,  | conseiller d'État, président f.f., |
| Vincent Durieux, | greffier.                          |

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret