

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

n° 256.223 du 5 avril 2023

A. 238.433/VI-22.517

En cause :

1. PIERRET Vincent,
2. la société anonyme à responsabilité limitée
BEAL & BLANCKAERT ARCHITECTES,
ayant tous deux élu domicile chez
M^{es} Laurent DELMOTTE et
Gauthier ERVYN, avocats,
avenue Herrmann-Debroux 40
1160 Bruxelles,

contre :

la commune d'Auderghem, représentée par
son collège des bourgmestre et échevins,
ayant élu domicile chez
M^{es} Charles-Henri de La Vallée Poussin et
Clara DELBRUYÈRE, avocats,
place Eugène Flagey 7
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 février 2023, Vincent Pierret et la S.A.R.L. Beal & Blanckaert Architectes demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du Collège des bourgmestre et échevins de la Commune d'Auderghem du 31 janvier 2023 [...] déclarant irrégulière l'offre des requérants, déposée dans le cadre du “marché public de services ayant pour objet la désignation d'une équipe pluridisciplinaire d'auteurs de projet chargée de la conception et du contrôle d'exécution de la rénovation du bâtiment de la maison communale d'Auderghem et du cpas” ».

Par une requête introduite le 16 mars 2023, les mêmes requérants demandent l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 20 février 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 15 mars 2023.

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

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

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Gauthier Eryvn, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et M^{es} Charles-Henry de La Vallée Poussin et Clara Delbruyère, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Lionel Renders, 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. Exposés des faits

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1. La présente procédure concerne un marché public de services ayant pour objet la désignation d'une équipe pluridisciplinaire d'auteurs de projet chargée de la conception et du contrôle d'exécution de la rénovation du bâtiment de la maison communale d'Auderghem et du CPAS (ci-après, le "Marché").
La procédure de passation choisie est la procédure concurrentielle avec négociation.
2. Un avis de marché est publié au Bulletin des Adjudications le 5 novembre 2021 et au Supplément du Journal officiel de l'Union européenne le 10 novembre 2021. L'avis de marché fixait la date ultime de dépôt des demandes de participation au 10 décembre 2021.
Le 10 novembre 2021, soit 5 jours plus tard, un avis rectificatif est publié au Bulletin des adjudications, par lequel sont ajoutés sur la plateforme e-Notification les documents suivants :
- Le "CSC sélection" qui est, en réalité, un guide de sélection (ci-après, le "Guide de sélection") ;
 - Le "CSC attribution" qui est, pour sa part, un cahier spécial des charges au sens strict (ci-après, le "CSC").

Un deuxième avis rectificatif sera publié le 1^{er} décembre 2021 qui ajoutera aux documents disponibles “l’inventaire amiante visuel version FR réalisé en 2017 et un rapport de la reconnaissance de l’état de sol version FR réalisé en 2007 dans le cadre de la demande de permis d’environnement relative à la régularisation du centre administratif d’Auderghem”.

Un troisième avis rectificatif sera publié le 2 décembre 2021 encore, qui reportera la date ultime de dépôt des demandes de participation au 14 décembre 2021.

3. Le Guide de sélection et le CSC, tous deux en leur article “I. 3 Procédure de passation” prévoient ce qui suit :

“ Le marché est passé par procédure concurrentielle avec négociation et est soumis à la publicité européenne.

Conformément aux articles 42 et 43 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (tels que reproduits dans l’exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016), le présent marché de services d’architecture rentre bien dans l’hypothèse visée par l’article 38, § 1^{er}, 1^o, a) à d) de la loi du 17 juin 2016 d’un marché complexe.

Spécialement, la complexité résulte notamment des éléments suivants :

- Rénovation d’un bâtiment accueillant une pluralité d’usagers et de finalités (services communaux, services du CPAS, bibliothèques et ludothèques) impliquant une gestion des flux différenciée ;
- Bâtiment vétuste mais inscrit à l’inventaire bruxellois du patrimoine immobilier, ce qui impose de conserver et/ou mettre en valeur le bâtiment existant tout en tenant compte des nouvelles contraintes modernes (notamment, PEB, accueil des personnes handicapées, etc...) ;
- Bâtiment situé sur un sous-sol parcouru de nappes et cours d’eau souterrains ;
- Interactions fonctionnelles et structurelles avec le Centre culturel.

Dans de tels cas, des négociations seront souvent nécessaires afin de garantir que le service en question réponde aux besoins du pouvoir adjudicateur.

La procédure se déroule en deux phases. Dans la première phase, entre minimum 3 et maximum 5 candidats sont sélectionnés. Dans la deuxième phase, les candidats sélectionnés sont invités à remettre une offre.

Le bouwmeester Maître architecte (BMA) accompagne l’adjudicateur pendant l’ensemble de la procédure, notamment lors de la rédaction du cahier spécial des charges, de la rédaction du programme, de la sélection qualitative des candidats et lors du comité d’avis pour l’analyse des offres. Le BMA peut accompagner l’adjudicateur après l’attribution de la procédure jusqu’à la demande de permis, notamment dans le cadre de l’avis BMA lorsqu’il est obligatoire pour la complétude du dossier de demande de permis du projet”.

4. Le CSC, en son article “I.8.8 Comité d’avis” dispose comme il suit :

“ Au moment de l’analyse des offres, le pouvoir adjudicateur fera appel à un comité d’avis pour l’assister dans le choix de l’Adjudicataire. Ce comité sera chargé d’examiner la qualité des offres remises et de donner au pouvoir adjudicateur un classement des offres basé sur un avis motivé.

Ce comité se compose :

- Du bouwmeester Maître architecte et/ou son représentant ;
- D’un représentant de la Direction de l’urbanisme de la Région de Bruxelles-Capitale – URBAN ;
- D’un expert externe ;
- De divers représentants de la Commune d’Auderghem qui, en tant que pouvoir adjudicateur, assure la présidence et le secrétariat ;
- D’un représentant du CPAS d’Auderghem ;
- D’un représentant du Bruxelles Environnement ou un expert en économie circulaire ;
- Si nécessaire de toute autre personne disposant de toute autre compétence susceptible d’apporter une plus-value à l’avis motivé.

La décision finale motivée d'attribution du marché incombe au pouvoir adjudicateur, dans le respect des critères d'attribution”.

5. En outre, l'article "I.8.9 Présentation orale par les soumissionnaires" prévoit que :

“Peu après la date de dépôt des offres, chaque soumissionnaire sera appelé à présenter son offre devant le comité d'avis. La présentation orale des projets par les soumissionnaires sera le moment pour le comité d'avis et le pouvoir adjudicateur de recevoir toutes les précisions et clarifications nécessaires à la bonne compréhension des offres”.
6. L'article "I.8.11 Négociations" prévoit quant à lui que :

“Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas négocier s'il juge que les premières offres remises lui permettent d'attribuer le marché.
En outre, conformément à l'article 76 § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur donnera, avant d'entamer les négociations, la possibilité aux soumissionnaires de corriger d'éventuelles irrégularités, le cas échéant substantielles, dont seraient entachées leurs offres non finales.
Les négociations peuvent porter tant sur l'offre que, le cas échéant, sur les documents du marché. Le pouvoir adjudicateur refusera cependant toutes négociations quant à ses exigences minimales et quant à l'intitulé et à la pondération des critères d'attribution.
Un classement des soumissionnaires en deux catégories sera établi (catégorie 1 : ☐ Admise à la négociation☐, l'offre a obtenu un score total de plus de 70% et catégorie 2 : ☐ autres☐, l'offre a obtenu un score total de moins de 70%). Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne négocier qu'avec les soumissionnaires qui se trouvent dans la première catégorie. Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur informera les soumissionnaires de la première catégorie et leur permettra de remettre une offre adaptée, en tenant compte de la modification”.
7. Aux date et heure limites fixées, trente-quatre demandes de participation avaient été reçues.
8. Le 10 mai 2022, la partie adverse dresse un rapport d'analyse des demandes de participation, au terme duquel les requérants sont sélectionnés, ainsi que quatre autres candidats.
9. Le 2 juin 2022, la partie adverse envoie un courrier aux candidats sélectionnés par lequel elle les informe de leur sélection et les invite à remettre offre pour le 7 octobre 2022.

Ce délai sera reporté au 7 novembre 2022, puis au 7 décembre 2022 à 10h00.
10. Aux date et heure limites fixées, l'ensemble des candidats sélectionnés avaient remis offre.
11. Le 16 janvier 2023, la partie adverse établit le “Rapport d'analyse des offres – partie régularité”, dans lequel elle analyse uniquement la régularité des offres reçues.

S'agissant de la régularité de l'offre des requérants, le rapport est motivé comme il suit :

“ a) L'offre est introduite dans les délais ;
b) Le formulaire d'offre est dûment complété et signé par un représentant de la société ;
c) L'offre est accompagnée de l'attestation de visite des lieux ;
d) L'offre n'est pas accompagnée de la note d'intention de 20 pages maximum contenant toutes les informations exigées par le cahier des charges ;
La note d'intention du soumissionnaire dépasse le nombre de page autorisée. En effet, la maîtrise du budget et la méthodologie du planning prévisionnel sont décrites dans la note d'intention en page 20. Mais l'analyse financière et le planning prévisionnel se trouvent en annexe de la note.
Or, le cahier des charges est clair sur ce point : le soumissionnaire notera que ces annexes à la note d'intention servent à la compréhension de l'offre. Le soumissionnaire doit s'en tenir aux informations demandées et

ne pas y intégrer des parties de la note d'intention qui ne rentreraient pas dans les 20 pages A3 maximum autorisées. Le non-respect de cette prescription peut conduire à écarter l'offre pour irrégularité dès lors que méconnaissance affecte la comparabilité des offres ou donne un avantage discriminatoire au soumissionnaire.

Il s'agit d'une irrégularité substantielle conformément à l'article 76 de l'arrêté de passation puisque le non-respect du nombre de page a pour effet d'avantager de façon discriminatoire le soumissionnaire, qui n'a pas, comme les autres, fait l'effort de limiter ses développements (en renonçant potentiellement à exposer certains points dans la note d'intention).

Au vu des informations reprises dans son offre, l'offre de Ledroit Pierret Polet Architectes et Béal & Blankaert architectes ne répond pas aux exigences du cahier des charges.

L'offre est déclarée irrégulière et ne sera dès lors pas présenter devant le comité d'avis".

12. En sa séance du 31 janvier 2023, la partie adverse décide de déclarer irrégulière l'offre des requérants.

Il s'agit de l'acte attaqué.

13. Le 2 février 2023, la décision est notifiée par courrier recommandé et par courriel aux requérants.

14. Le 6 février 2023, les requérants, par l'intermédiaire de leur conseil, ont contesté l'acte attaqué et mis la partie adverse en demeure de le retirer.

Les conseils de la partie adverse ont répondu à ce courrier par un e-mail officiel du 9 février 2023 ».

IV. Deuxième moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérants soulèvent un deuxième moyen, pris « de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et, en particulier, ses articles 4, 38 et 83; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et, en particulier, son article 76; des documents de marchés, dont le cahier spécial des charges "attribution" [...]; du principe *Patere legem quam ipse fecisti*; des principes généraux d'égalité, transparence, proportionnalité et non-discrimination; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs », en ce que « la partie adverse a rejeté l'offre des requérants au motif de l'existence d'une prétendue irrégularité substantielle », alors que, « s'agissant d'une procédure concurrentielle avec négociations, les offres devaient être (sauf exception non-applicable en l'espèce) négociées et que le cahier des charges prescrivait que les offres irrégulières seraient régularisées avant négociation ». Ils l'exposent dans les termes suivants :

« 27. Conformément à l'article 38 § 5 de la loi du 17 juin 2016, dans une procédure concurrentielle avec négociation, "Le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales au sens du paragraphe 8, en vue d'améliorer leur contenu. Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins

attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'il a indiqué, dans l'avis de marché, qu'il se réserve la possibilité de le faire".

En règle, la procédure négociée avec publication implique donc une obligation de négocier les offres.

Cette obligation ne disparaît que si le pouvoir adjudicateur a indiqué dans l'avis de marché qu'il se réserve d'attribuer le marché, sans négocier.

Or, la partie adverse a publié deux avis de marché [...] et dans chacun de ces avis, elle n'a pas indiqué qu'elle se réserverait le droit de ne pas négocier les offres.

Dans ces circonstances, l'offre des requérants, de même que celle des autres soumissionnaires, se devait d'être analysée et négociée.

Or, la partie adverse a fait application de l'article 76 § 4 al.3 AR 18/04/17 en stipulant à l'article I.8.11 CSC que "conformément à l'article 76 § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur donnera, avant d'entamer les négociations, la possibilité aux soumissionnaires de corriger d'éventuelles irrégularités, le cas échéant substantielles, dont seraient entachées leurs offres non finales".

La partie adverse s'était donc engagée (puisque'elle utilise le verbe au futur simple) à donner aux soumissionnaires la possibilité de régulariser une éventuelle offre irrégulière avant négociation, quand bien même l'irrégularité serait substantielle.

Les requérants n'ont malheureusement pas eu ce droit.

En l'occurrence, les requérants auraient pu très facilement régulariser leur offre et intégrer dans les 20 pages A3 requises les 3 pages de tableaux d'estimatifs budgétaires et de planning prévisionnel joints en annexe. Les requérants déposent un exemple d'une telle régularisation en pièce B. Votre Conseil pourra constater que les requérants ont pu, sans difficulté, intégrer les tableaux litigieux dans la présentation de 20 pages A3, sans que celle-ci ne devienne illisible ou que son contenu doive être modifié ou résumé.

Une telle régularisation n'aurait d'ailleurs pas plus d'effet sur l'égalité entre les soumissionnaires, que la situation d'un soumissionnaire concurrent qui aurait, dans le cadre d'une offre négociée, amélioré le contenu de sa note d'intentions en y invoquant de nouveaux arguments (sans dépasser les 20 pages A3...).

28. Suite à la mise en demeure du conseil des requérants [...], le conseil de la partie adverse a soutenu [...] que si les avis de marché ne contiennent effectivement pas la mention requise, le cahier spécial des charges contient en son article I.8.11, un aliéna 1^{er} stipulant : "Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas négocier s'il juge que les premières offres remises lui permettent d'attribuer le marché", qui devrait primer.

Les requérants ne partagent pas cette analyse.

29. Premièrement, le texte de l'article 38 § 5 de la loi du 17 juin 2016 est particulièrement clair : il exige expressément que cette information soit reprise dans l'avis de marché (et pas dans un des documents du marché, quel qu'il soit).

Par conséquent, dans l'hypothèse d'une contradiction entre l'avis de marché et le cahier spécial des charges, c'est l'avis de marché qui doit – vu le texte même de la loi – primer.

Ce constat est d'autant plus évident que le cahier des charges a été publié postérieurement à l'avis de marché, et ce en contrariété d'ailleurs avec l'article 64 § 1^{er} al.1^{er} de la loi du 17 juin 2016.

Qui plus est :

- deux cahiers des charges ont été édités par le pouvoir adjudicateur et la mention litigieuse ne se retrouve que dans le deuxième document cahier des charges "attribution" relatif à la deuxième phase de la procédure ;
- un second avis de marché a été publié le 2 décembre 2021, soit après la communication du cahier des charges "attribution", et la partie adverse a confirmé dans ce second avis qu'elle ne se réservait pas le droit d'attribuer le marché sans négociations.

30. Deuxièmement, même à considérer que la partie adverse se serait valablement réservé la possibilité d'attribuer le marché sans négociation préalable, *quod non*, pareille décision doit, selon la jurisprudence de Votre Conseil, "reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, qui ne peuvent être contredits par quelques éléments du dossier".

La doctrine comme la jurisprudence de Votre Conseil est claire sur le fait que les motifs sur lesquels s'appuie le pouvoir adjudicateur pour s'être réservé la possibilité de se passer de négociation, doivent reposer sur une raison objective et apparaître dès la publication de l'avis de marché, dans les documents du marché.

Cette exigence d'objectivité apparaît dès les travaux parlementaires de la loi :

“ Il est fait preuve de pragmatisme en habilitant le pouvoir adjudicateur à se réserver la possibilité, pour autant qu'il l'ait indiqué dans l'avis de marché, d'attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation. Néanmoins, seule une raison objective mériterait l'absence de tenue de négociation. (...)”.

Or, force est de constater que la justification avancée par la partie adverse ne constitue aucunement une telle "raison objective" puisque l'article I.8.11 du CSC [...] permet à la partie adverse de ne pas négocier les offres "s'il juge que les premières offres remises lui permettent d'attribuer le marché".

Un tel argument ne constitue certainement pas une "raison objective" de ne pas négocier.

L'article I.8.11 CSC contient une formulation creuse qui permet au pouvoir adjudicateur de renoncer à la négociation, quels que soient les circonstances, s'il le juge opportun au regard des offres déposées, sans le moindre facteur objectif à respecter.

Une telle motivation vide de sens le principe de la négociation des offres qui prévaut en procédure concurrentielle avec négociations.

Qui plus est, même en admettant que cette motivation figurant dans l'article I.8.11 du cahier des charges serait "objective", *quod non*, les requérants constatent que la décision attaquée [...] ne contient aucune motivation particulière qui confirme que la partie adverse a jugé que les cinq offres déposées le 7 décembre 2022 ne devraient pas être négociées, au vu de leur contenu.

La décision attaquée, qui a été adoptée par la partie adverse, se borne à écarter l'offre des requérants pour irrégularité substantielle, sans apprécier si au regard

du contenu des offres déposées, il était opportun de ne pas les négocier. La décision attaquée méconnaît donc le prescrit du cahier des charges.

D'ailleurs, si la décision attaquée avait motivé la renonciation à la négociation, cette motivation aurait dû être particulièrement circonstanciée puisque :

- l'article I.3. du cahier des charges de la partie adverse confirme expressément que la procédure concurrentielle a été choisie par la partie adverse sur base (notamment) de l'article 38 § 1^{er}, 1^o, c) de la loi qui l'autorise lorsque "c) le marché ne peut être attribué sans négociations préalables du fait de circonstances particulières liées à sa nature, à sa complexité ou au montage juridique et financier ou en raison des risques qui s'y rattachent" ;
- l'article I.3. du cahier des charges de la partie adverse confirme expressément que la complexité du marché résulte de divers éléments (rénovation, pluralité d'usagers, bâtiment vétuste, sous-sol humide, interactions avec le centre culturel), de sorte que "des négociations seront souvent nécessaires afin de garantir que le service en question réponde au pouvoir adjudicateur" ;
- l'article I.8.4 du cahier des charge [...] confirme que "les soumissionnaires seront éventuellement amenés à remettre des offres intermédiaires".

31. En outre et quoi qu'il en soit, la procédure d'analyse des offres prescrite par le cahier spécial des charges ne permettait pas à la partie adverse de soutenir, dans la décision attaquée, que les offres ne devraient nécessairement pas être négociées.

En effet, le cahier spécial des charges établit un comité d'avis [...] auquel toutes les offres des soumissionnaires sélectionnés sont communiquées pour analyse :

“ Peu après la date de dépôt des offres, chaque soumissionnaire sera appelé à présenter son offre devant le comité d'avis. La présentation orale des projets par les soumissionnaires sera le moment pour le comité d'avis et le pouvoir adjudicateur de recevoir toutes les précisions et clarifications nécessaires à la bonne compréhension des offres.” [...]

Or, ce n'est qu'après soumission au comité d'avis et analyse des offres, qu'il sera permis de savoir si les offres sont négociées ou non. L'article I.8.11 du CSC suit d'ailleurs logiquement les autres dispositions, qui ont trait au comité d'avis.

Sans analyse des offres par le comité d'avis, il ne peut pas y avoir d'appréciation de la possibilité de renoncer à la négociation de celle-ci.

L'interprétation de la partie adverse est donc contraire aux règles d'analyse des offres fixées dans son propre cahier des charges.

32. Le moyen est sérieux ».

B. Note d'observations

En réponse au moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« 3.1 Quant au premier grief

3.1.1 L'adjudicateur s'était bien réservé la possibilité de ne pas négocier

39. L'article 38, § 5, de la loi du 17 juin 2016 dispose comme il suit :

“Le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l’exception des offres finales au sens du paragraphe 8, en vue d’améliorer leur contenu. Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu’il a indiqué, dans l’avis de marché, qu’il se réserve la possibilité de le faire” [...].

40. En l’espèce, il n’est pas contesté – ni contestable – que l’adjudicateur ne s’est pas réservé la possibilité de ne pas négocier les offres dans l’avis de marché. En effet, la case relative à cette possibilité n’y a pas été cochée. Cependant, il n’est pas davantage contestable que la possibilité de ne pas négocier était explicitement énoncée à l’article I.8.11 du CSC :
“Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas négocier s’il juge que les premières offres remises lui permettent d’attribuer le marché”.
L’affirmation des requérants, selon laquelle cette mention ne serait pas valable au regard de l’article 38, § 5, n’est pas fondée.
41. En effet, et tout d’abord, il convient de constater que le CSC est une annexe à l’avis de marché, disponible sur le dossier e-Notification créé au moment de la publication de l’avis. Le CSC a été ajouté à ce dossier par un avis rectificatif qui, comme son nom l’indique, vise à rectifier l’avis de marché initial (cf. *supra* n° 2). Il s’ensuit que le CSC fait matériellement partie de l’avis de marché même si, formellement, il n’en constitue qu’une annexe. Ainsi, le prescrit de l’article 38, § 5, a bien été respecté.
42. Tel est très certainement le cas lorsque l’on tient compte de l’objectif poursuivi par cet article.
En effet, le fait d’imposer à l’adjudicateur d’avertir les soumissionnaires qu’il ne négociera peut-être pas poursuit un objectif de transparence : il s’agit de ne pas prendre les soumissionnaires au piège en n’organisant pas de négociations alors qu’eux, pensant qu’il y en aurait, n’auront peut-être pas concédé, dès leur offre initiale, tout ce qu’ils peuvent concéder – notamment en termes de prix.
Lorsque l’on analyse les choses de ce point de vue, l’on ne peut que constater que l’objectif poursuivi par le législateur a été pleinement atteint en l’espèce. En lisant le CSC – à défaut de l’avis de Marché – les soumissionnaires ont été clairement avertis du fait qu’aucune négociation n’aurait peut-être lieu. On notera d’ailleurs, à ce propos, qu’un avis de marché est un document indigeste que la plupart des soumissionnaires ne lisent d’ailleurs même pas. Ce qu’ils lisent, c’est le cahier spécial des charges. Ainsi, en indiquant, en l’espèce, dans le CSC, qu’il pourrait ne pas négocier, l’adjudicateur a, très certainement, mieux servi l’impératif de transparence que s’il s’était borné à cocher la case litigieuse de l’avis de marché.
43. Par ailleurs, on notera que le fait que l’article 38, § 5, ne fasse référence qu’à l’avis de marché est surprenant. D’ordinaire, lorsque la réglementation relative aux marchés publics impose à l’adjudicateur de faire une communication, il lui impose généralement de la faire dans “l’avis de marché ou dans un autre document du marché” [...]. Telle est d’ailleurs ce qui est prévu à l’article 38, § 7, de la loi, en lien avec la faculté que se réserverait l’adjudicateur de négocier par phases successives :
“La procédure concurrentielle avec négociation peut se dérouler en phases successives de manière à limiter le nombre d’offres à négocier en appliquant les critères d’attribution précisés dans l’avis de marché ou dans un autre document du marché. Le pouvoir adjudicateur indique, dans l’avis de marché ou dans un autre document du marché, s’il fera usage de cette possibilité” [...].
Rien ne justifie que, pour ce qui concerne la possibilité que l’adjudicataire se réserverait de ne pas négocier, la mention ne puisse valablement figurer que dans l’avis de marché, à l’exclusion du CSC ou d’un autre “document du

marché”. De ce point de vue, il pourrait même être considéré que l’article 38, § 5, institue une différence de traitement injustifiée, contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution et au principe d’égalité.

44. Il résulte de l’ensemble des éléments qui précèdent que la mention qui figurait à l’article I.8.11 du CSC remplissait l’exigence formulée à l’article 38, § 5, de la loi du 17 juin 2016 relative à la possibilité pour l’adjudicateur de ne pas négocier.

3.1.2 La décision de l’adjudicateur de se réserver la possibilité de ne pas négocier ne doit pas faire l’objet d’une motivation formelle

45. Les requérants affirment que “[l]a doctrine comme la jurisprudence de Votre Conseil est claire sur le fait que les motifs sur lesquels s’appuie le pouvoir adjudicateur pour s’être réservé la possibilité de se passer de négociations, doivent reposer sur une raison objective et apparaître dès la publication de l’avis de marché, dans les documents du marché”. Cette affirmation appelle plusieurs rectifications.

46. Tout d’abord, l’article 38, § 5, de la loi n’énonce rien de ce que soutiennent les requérants. Outre le fait d’imposer à l’adjudicateur d’avertir qu’il se réserve, le cas échéant, la possibilité de ne pas négocier, l’article ne prétend aucunement réglementer les “motifs” ou les “raisons” pour lesquels l’adjudicateur déciderait de se réserver cette possibilité. L’article 38, § 5, de la loi affirme donc encore moins que ces “motifs” ou “raisons” devraient être exprimés par l’adjudicateur, par exemple dans les documents du marché. Lorsque la réglementation requiert une motivation spécifique dans les documents du marché, elle l’énonce explicitement. On pensera, notamment, à l’article 58 de la loi, relatif à l’allotissement :

“§ 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur peut décider de passer un marché sous la forme de lots distincts, auquel cas il en fixe la nature, le volume, l’objet, la répartition et les caractéristiques dans les documents du marché.

Pour les marchés de fournitures, de services et de travaux dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen révisable pour la publicité européenne, tel qu’applicable aux marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux, tous les pouvoirs adjudicateurs doivent envisager la division du marché en lots et, s’ils décident de ne pas diviser en lots, les raisons principales doivent être mentionnées dans les documents du marché ou dans les informations visées à l’article 164, § 1^{er}” [...].

Ainsi, si le législateur n’a pas imposé aux adjudicateurs de motiver, dans les documents du marché (ou ailleurs), les raisons pour lesquelles ils décident, le cas échéant, de se réserver la possibilité de ne pas négocier, aucune motivation de ce type ne peut être exigée.

47. L’affirmation des requérants rappelée au point 45 n’est pas davantage soutenue par “la jurisprudence de Votre Conseil”. Les requérants s’abstiennent d’ailleurs d’identifier les arrêts dont cette jurisprudence résulterait.

48. Quant à la “doctrine” qui soutiendrait l’affirmation des requérants, ceux-ci font référence, à la note de bas de page n° 7 de leur requête, à un article de R. SIMAR et P. ABBA qu’ils ne citent pas mais qu’ils semblent paraphraser : “C’est bien la motivation de la renonciation qui doit apparaître dans les documents du marché, le principe de la renonciation devant, quant à elle, être annoncée dans l’avis de marché lui-même”. Comme exposé précédemment, cette position doctrinale – à supposer qu’elle soit fidèlement retranscrite – n’est appuyée ni par la réglementation, ni par la jurisprudence.

49. Ce qui précède ayant été dit, il convient d'observer que le seul texte qui fasse mention des "raisons" pour lesquels un adjudicateur décide de ne pas négocier est le commentaire de l'article 38 de la loi contenu dans les travaux parlementaires :

"Ce qui caractérise la procédure concurrentielle avec négociation c'est, comme son nom l'indique, la négociation. Le paragraphe 5 rappelle en effet la faculté pour le pouvoir adjudicateur de négocier avec les soumissionnaires après la remise des offres. Il est toutefois fait preuve de pragmatisme en habilitant le pouvoir adjudicateur à se réserver la possibilité, pour autant qu'il l'ait indiqué dans l'avis de marché, d'attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation. Néanmoins, il va sans dire que seule une raison objective mériterait l'absence de tenue de négociation".

S'il faut considérer que le texte précédemment reproduit possède un contenu normatif autonome par rapport à la lettre de l'article 38, § 5, de la loi, il convient alors d'observer que la seule obligation qu'il impose à l'adjudicateur est d'avoir une "raison objective" de décider de ne pas négocier. En aucune façon, il n'impose à l'adjudicateur d'avoir une raison objective de décider de se réserver la possibilité de ne pas négocier. Il lui impose encore moins d'exprimer cette raison (dans le CSC ou ailleurs).

50. Il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent que l'adjudicateur ne devait pas motiver dans les documents du marché son choix de se réserver la possibilité de ne pas négocier.

3.1.3 La décision de l'adjudicateur de ne pas négocier ne doit pas davantage faire l'objet d'une motivation formelle

51. Au-delà de ce qui précède, il convient de relever que l'adjudicateur, s'il n'est pas tenu de motiver formellement sa décision de se réserver la possibilité de ne pas négocier, n'est pas davantage tenu de motiver sa décision de mettre en œuvre cette possibilité en ne négociant effectivement pas.

En effet, rien dans la réglementation ni dans la jurisprudence n'énonce une pareille obligation. Même les travaux parlementaires, cités précédemment, n'énoncent rien de tels.

En conséquence, la critique formulée par la requérante, découlant de l'absence de motivation formelle de la décision de la partie adverse de ne pas négocier, manque en droit.

3.1.4 L'adjudicateur a, en l'espèce, simplement indiqué, dans le CSC, une hypothèse dans laquelle il pourrait, le cas échéant, prendre la décision de ne pas négocier

52. Pour rappel, l'adjudicateur a indiqué ceci à l'article I.8.11 du CSC :

"Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas négocier s'il juge que les premières offres remises lui permettent d'attribuer le marché" [...].

La mention soulignée ne constitue ni un motif avancé par la partie adverse pour justifier sa décision de se réserver la possibilité de ne pas négocier ni, *a fortiori*, un motif avancé par la partie adverse pour justifier sa décision de ne pas effectivement pas négocier. La mention soulignée n'est rien de plus que l'énoncé, par la partie adverse, d'une hypothèse dans laquelle elle pourrait, le cas échéant, décider de ne pas négocier.

53. Cela étant précisé, il convient de souligner que si rien n'impose à l'adjudicateur de motiver sa décision de se réserver la possibilité de ne pas négocier ou sa décision de ne pas effectivement pas négocier, rien n'impose davantage à l'adjudicateur d'énumérer, dans les documents du marché, les hypothèses dans lesquelles il ne négociera effectivement pas.

3.1.5 L'hypothèse avancée est une "raison objective"

54. Dans leur requête, les requérants soutiennent que l'hypothèse avancée par la partie adverse, dans laquelle elle pourrait effectivement décider de ne pas négocier, ne serait pas une "raison objective". Les requérants considèrent, en effet, qu'il s'agit "d'une formule creuse qui permet au pouvoir adjudicateur de renoncer à la négociation, quelles que soient les circonstances, s'il le juge opportun au regard des offres déposées sans le moindre facteur objectif à respecter".

55. Les requérants semblent soutenir l'idée que la décision de ne pas négocier ne pourrait jamais impliquer d'appréciation de l'adjudicateur, mais devrait résulter d'un élément qui lui soit extérieur et qui lui imposerait – en quelque sorte – de ne pas négocier.

Une telle interprétation n'est soutenue ni par l'article 38, § 5, de la loi, ni même par le commentaire de cet article dont les termes "raison objective" sont issus.

La décision de ne pas négocier peut, bien évidemment, impliquer une appréciation de l'adjudicateur. De ce point de vue, le fait que les offres initiales aient un contenu tel que l'adjudicateur estime pouvoir attribuer le Marché sans devoir faire évoluer les offres dans le cadre de négociations, constitue une raison acceptable ne pas négocier. Ainsi, la seule chose qu'il faille *a priori* attendre d'une décision de ne pas négocier est qu'elle repose sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, et qu'elle ne soit pas affectée d'une erreur manifeste d'appréciation. On soulignera qu'il s'agit bien là d'une exigence de motivation interne, et non formelle (cf. *supra* n° 51).

De ce point de vue, la décision de ne pas négocier devrait être soumise au même régime que celui qui régit, par exemple, la décision d'un adjudicateur d'interroger ou de ne pas interroger un soumissionnaire sur la base de l'article 66, § 3, de la loi :

"L'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016, qui permet de faire compléter les documents en vue de la sélection qualitative, ne crée pas de droit dans le chef du soumissionnaire, mais prévoit une faculté au profit du pouvoir adjudicateur qui exerce, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire, dont seule l'erreur manifeste d'appréciation peut être censurée" [...].

ou la décision d'un adjudicateur d'interroger ou de ne pas interroger une nouvelle fois le soumissionnaire dans le cadre de l'examen des prix :

"Dans l'examen des justifications de prix suspectés d'être anormaux, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation sur la question de savoir si un prix doit, ou non, être considéré comme anormal. Il en va de même dans l'exercice de la faculté d'interroger une nouvelle fois – et s'il l'estime nécessaire – le soumissionnaire concerné. Il revient au Conseil d'État de vérifier la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision du pouvoir".

3.1.6 La décision de la partie adverse de ne pas négocier repose sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, et n'est pas affectée d'une quelconque erreur manifeste d'appréciation.

56. Ce n'est pas parce que l'adjudicateur n'a pas rendu compte dans l'acte attaqué – au terme d'une obligation de motivation formelle – des motifs pour lesquels il a décidé de ne pas négocier, que ces motifs n'existent pas. Au risque de se répéter, la partie adverse rappelle, une nouvelle fois, qu'un adjudicateur ne doit pas motiver formellement sa décision de ne pas négocier (cf. *supra* n° 51) – ni celle de négocier d'ailleurs.

57. En l'espèce, la décision de l'adjudicateur de ne pas négocier repose sur le fait qu'il a estimé que les offres initiales lui permettaient d'attribuer le Marché sans devoir négocier.

Ceci appelle différentes observations.

58. Tout d'abord, ce motif est conforme à l'hypothèse précisée par la partie adverse dans le CSC, dans laquelle il annonçait qu'il pourrait ne pas négocier (cf. *supra* n^{os} 52 et 53). De ce point de vue, la décision de la partie adverse de ne pas négocier est cohérente avec le CSC.
59. Ensuite, ce motif découle d'une première évaluation des offres accomplie par la partie adverse, au terme de laquelle elle a jugé que les offres initiales lui permettaient d'attribuer le Marché sans négocier. Compte tenu de l'absence d'obligation de motivation formelle, la partie adverse n'avait pas à rendre compte de cette analyse dans l'acte attaqué. Cela ne signifie toutefois pas que cette analyse n'a pas eu lieu.
A ce propos, il n'est pas exact de soutenir, comme le fait la requérante, que l'analyse précitée ne pourrait avoir eu lieu qu'à condition que les offres fussent préalablement présentées au Comité d'avis. En effet, le Comité d'avis avait pour mission de rendre un avis sur la qualité des offres au regard des critères d'attribution. Ceci est sans rapport avec le motif sur lequel repose la décision de ne pas négocier. En effet, la décision de négocier ou non n'était pas conditionnée par la qualité des offres au regard des critères d'attribution, mais par leur caractère complet et apte à répondre au besoin de l'adjudicateur. La partie adverse n'avait pas besoin du Comité d'avis pour évaluer les offres de ce point de vue.
60. Pour le surplus, les requérants ne démontrent pas que le motif avancé serait inexact. Ils n'avancent aucun commencement de preuve à ce propos. Notamment, ils ne font aucune référence concrète au contenu de leur offre dont il résulterait, selon eux, que celle-ci – ainsi que, vraisemblablement, celles de leurs concurrents – n'étaient pas suffisamment complètes et/ou pertinentes pour permettre l'attribution immédiate du Marché, sans passer par une phase de négociations.
A ce propos, il convient de rappeler qu' "en droit administratif, provision est due à l'acte ; qu'il appartient à celui qui critique un acte administratif d'exposer les raisons pour lesquelles celui-ci est illégal afin de renverser la présomption de légalité ; qu'un requérant ne peut se contenter d'évoquer l'erreur dans les motifs de fait sans commencer à prouver qu'ils sont erronés" [...].
61. De la même manière, les requérants ne démontrent que la partie adverse aurait, en l'espèce, commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant de ne pas négocier. Les requérants ne le soutiennent d'ailleurs même pas.
A cet égard, il convient de rappeler qu'une erreur manifeste est une erreur incompréhensible, qu'aucun adjudicateur placé dans des conditions similaires n'aurait commise. Or, la pratique révèle que très nombreuses sont les hypothèses où l'adjudicateur décide de ne pas négocier. Dans les procédures qui permettent des négociations, ne pas négocier est en fait ce qui se fait le plus fréquemment.
62. Concernant les mentions de l'article I.3. du CSC, qui justifient le recours à la procédure concurrentielle avec négociation en raison de la nécessité de faire usage des négociations, ce motif n'a rien de contradictoire avec celui qui est invoqué par la partie adverse pour décider de ne pas négocier.
En effet, la partie adverse a raisonnablement pu croire, au moment de choisir sa procédure de passation, que le marché qu'elle s'apprêtait à passer allait revêtir une certaine complexité, avant de s'apercevoir, en prenant connaissance des offres, que cette complexité avait finalement pu être surmontée en permettant le dépôt d'offres d'emblée complètes. Il convient de ne pas oublier que les clauses du guide de sélection et du CSC ont été établies très en amont de la procédure, à un moment où le pouvoir adjudicateur n'avait encore qu'une vision théorique de l'objet même du Marché et de ce que les soumissionnaires étaient susceptibles de lui proposer.

Par ailleurs, il convient de ne pas perdre de vue que l'adjudicateur a été en mesure de répondre à de nombreuses questions pendant la phase de préparation des offres, ainsi que de communiquer certaines informations techniques complémentaires qui ont concouru au dépôt d'offres d'emblée abouties.

Dans ce contexte, la partie adverse a raisonnablement pu décider de ne pas négocier.

63. De manière générale, dans l'examen de la légalité des raisons qui conduisent l'adjudicateur à décider de ne pas négocier, il convient de ne pas perdre de vue que, dans la constellation des normes applicables à la passation des marchés publics, celles qui autorisent les négociations sont perçues avec méfiance et circonspection par le législateur. Ph. FLAMME, M.-A. FLAMME et C. DARDENNE en rendent compte dans les termes qui suivent :

“Selon l'article 1, § 11, d), de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 les procédures négociées sont les procédures dans lesquelles les pouvoirs adjudicateurs consultent les opérateurs économiques de leur choix et négocient les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Procédure exceptionnelle éveillant la méfiance de la Commission, elle suscite un contentieux important et une jurisprudence prompte à interpréter restrictivement les conditions de son utilisation.

Suivant la Cour de justice, les dérogations aux règles visant à garantir l'effectivité des droits reconnus par le Traité dans le secteur des marchés publics doivent faire l'objet d'une interprétation stricte. Sous peine de priver les directives de leur effet utile, les États membres ne sauraient, dès lors, prévoir des hypothèses de recours à la procédure négociée non prévues par les directives ou assortir les hypothèses expressément prévues de conditions nouvelles ayant pour effet de rendre le recours à ladite procédure plus aisé”.

Faisant écho à ce qui précède, le Conseil d'Etat a jugé à plusieurs reprises que :

“[L]a procédure négociée avec publicité [NDA : il s'agit du nom que portait la procédure concurrentielle avec négociation dans les réglementations en vigueur avant le 30 juin 2017] est exceptionnelle, en ce qu'elle n'est autorisée que dans des cas limitativement énumérés à l'article 17, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 précitée, et déroge à un principe fondamental, celui de la concurrence, affirmé par l'article 1^{er} de la même loi”.

Dans un tel contexte, la décision d'un adjudicateur de négocier doit, du point de la motivation interne, être contrôlée avec bien plus de rigueur et de sévérité que celle de ne pas négocier.

3.1.7 Conclusion

64. En son premier grief, le moyen n'est pas sérieux.

3.2 Quant au second grief

65. L'article “I.8.11 Négociations” du CSC dispose comme il suit :
“Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas négocier s'il juge que les premières offres remises lui permettent d'attribuer le marché.
En outre, conformément à l'article 76 § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur donnera, avant d'entamer les négociations, la possibilité aux soumissionnaires de corriger d'éventuelles irrégularités, le cas échéant substantielles, dont seraient entachées leurs offres non finales.
Les négociations peuvent porter tant sur l'offre que, le cas échéant, sur les documents du marché. Le pouvoir adjudicateur refusera cependant toutes négociations quant à ses exigences minimales et quant à l'intitulé et à la pondération des critères d'attribution.

Un classement des soumissionnaires en deux catégories sera établi (catégorie 1 : □Admise à la négociation□, l'offre a obtenu un score total de plus de 70% et catégorie 2 : □autres□, l'offre a obtenu un score total de moins de 70%). Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne négocier qu'avec les soumissionnaires qui se trouvent dans la première catégorie. Le cas échéant, le pouvoir adjudicateur informera les soumissionnaires de la première catégorie et leur permettra de remettre une offre adaptée, en tenant compte de la modification"[...].

A l'estime des requérants, l'usage de l'indicatif futur ("donnera") impliquerait une obligation pour l'adjudicateur d'inviter les soumissionnaires à régulariser leur offre qui serait affectée d'une ou plusieurs irrégularités substantielles. Il ne s'agira pas simplement d'une faculté.

La partie adverse ne partage pas ce point de vue.

66. En effet, la disposition litigieuse du CSC ne constitue qu'une retranscription, dans le CSC, de l'article 76, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques :

"Sans préjudice de l'article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s'applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d'une procédure permettant une négociation. Lorsqu'il s'agit d'une offre finale, le paragraphe 3 s'applique.

Lorsqu'une offre comporte plusieurs irrégularités non substantielles qui du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3, le pouvoir adjudicateur offre au soumissionnaire la possibilité de régulariser ces irrégularités avant d'entamer les négociations.

Le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que le pouvoir adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation" [...].

L'article précité utilise lui aussi l'indicatif, présent en l'occurrence : "donne". En suivant le raisonnement des requérants, il faudrait considérer que, dans un marché soumis à la publicité européenne, lorsque l'adjudicateur a fait mention, dans les documents du marché, de la possibilité de régulariser les offres, il sera alors toujours tenu d'offrir cette faculté aux soumissionnaires.

Or, il semble acquis que lorsque, dans un marché soumis à la publicité européenne, l'adjudicateur a prévu la possibilité de régulariser les offres dans les documents du marché, il garde la liberté d'accorder cette possibilité ou non. Ainsi, l'usage de l'indicatif (présent) à l'alinéa 3 du paragraphe 4 de l'article 76 n'est pas la manifestation d'une obligation. Il en va de même de l'usage de l'indicatif (futur) dans l'article "I.8.11 Négociations" du CSC.

67. En son second grief, le moyen n'est pas sérieux.

3.3 Quant aux deux griefs réunis : recevabilité

68. Il est important de noter que, si le premier grief n'est pas jugé sérieux, le second grief sera alors nécessairement irrecevable à défaut d'intérêt.

En effet, l'article 38, § 8, al. 2, de l'article 38 de la loi marchés publics prévoit clairement que "[l]orsque le pouvoir adjudicateur s'est réservé le droit de ne pas mener des négociations dans l'avis de marché et qu'il en fait usage, l'offre initiale vaut par conséquent offre finale". Or, l'article 76, §§ 3 et 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 fixe clairement le sort qu'il convient de réserver à une offre finale substantiellement irrégulière :

“§ 3. Lorsqu’il est fait usage d’une procédure ouverte ou restreinte, le pouvoir adjudicateur déclare nulle l’offre affectée d’une irrégularité substantielle. Ceci est également le cas pour l’offre qui est affectée de plusieurs irrégularités non substantielles qui, du fait de leur cumul ou de leur combinaison, sont de nature à avoir les effets visés au paragraphe 1^{er}, alinéa 3.

§ 4. Sans préjudice de l’article 39, § 7, alinéa 2, de la loi, le présent paragraphe s’applique à la vérification de la régularité des offres autres que les offres finales, pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne et pour lesquels il est fait usage d’une procédure permettant une négociation. Lorsqu’il s’agit d’une offre finale, le paragraphe 3 s’applique” [...].

Ainsi, qu’il soit obligatoire ou non d’inviter les soumissionnaires à régulariser leur offre, une telle invitation ne peut, en toute hypothèse, avoir lieu qu’à condition que l’adjudicateur décide de négocier. A défaut, l’offre initiale, tenant lieu d’offre finale, ne pourra qu’être écartée sans pouvoir faire l’objet d’une quelconque régularisation. Cette analyse est confirmée par la jurisprudence du Conseil d’Etat :

“[L]a possibilité d’attribuer immédiatement le marché, sans passer par une phase de négociations, suppose nécessairement une vérification de la régularité des offres initiales et, le cas échéant, l’éviction de celles qui contenaient une dérogation les entachant d’irrégularité substantielle au sens de l’article 76 précité” [...].

En conséquence, avant de discuter – dans le cadre du second grief – de l’obligation de l’adjudicateur d’inviter les soumissionnaires à régulariser leur offre, il convient que soit établi – dans le cadre du premier grief – que la partie adverse ne pouvait pas décider de ne pas négocier comme elle l’a fait.

69. La réciprocité est également vraie : le premier grief ne pourra être jugé recevable qu’à la condition préalable que le second grief soit jugé sérieux. Car en effet, même s’il fallait juger le premier grief sérieux – et considérer donc que l’adjudicateur avait en l’espèce l’obligation d’engager des négociations – cela ne serait de nature à changer la situation de la requérante qu’à condition qu’il soit établi qu’en plus d’être tenu de négocier, l’adjudicateur était tenu d’inviter les soumissionnaires concernés à régulariser leur offre. A défaut en effet, les négociations auraient alors valablement pu se tenir sans les requérants.

70. En conséquence, le deuxième moyen ne sera recevable qu’à condition que chacun des deux griefs qui le composent soit jugé sérieux. Or, dès lors que comme, comme démontré précédemment, le second moyen n’est sérieux en aucun de ces griefs, il est irrecevable à défaut d’intérêt ».

IV.2. Appréciation du Conseil d’Etat

Les requérants reprochent à la partie adverse de les avoir écartés des négociations en raison d’une irrégularité qui affecterait leur offre, sans leur avoir permis de participer à ces négociations qu’appelait, selon eux, la procédure concurrentielle avec négociation choisie pour la passation du marché public litigieux. Ce moyen est articulé en plusieurs griefs, dont l’un est plus particulièrement dirigé contre ce que les requérants estiment être la renonciation à la négociation : ils critiquent tant les conditions fixées par la partie adverse, dans le cahier spécial des charges, pour renoncer à cette négociation, que l’application qu’elle en a faite, dans le cas d’espèce. Cette critique représente le deuxième aspect

de ce que la partie adverse a identifié comme premier grief du moyen ; celle-ci y répond aux points 45 à 64 de la note d'observations.

L'article 38, § 5, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qui organise la procédure concurrentielle avec négociation, énonce ce qui suit:

« Le pouvoir adjudicateur négocie avec les soumissionnaires les offres initiales et toutes les offres ultérieures que ceux-ci ont présentées, à l'exception des offres finales au sens du paragraphe 8, en vue d'améliorer leur contenu. Le pouvoir adjudicateur peut néanmoins attribuer des marchés sur la base des offres initiales sans négociation, lorsqu'il a indiqué, dans l'avis de marché, qu'il se réserve la possibilité de le faire.
Les exigences minimales et les critères d'attribution ne font pas l'objet de négociations ».

À la lumière, notamment, des documents parlementaires rendant compte des travaux préparatoires de son adoption, cette disposition se comprend en ce sens que la tenue d'une négociation dans le cadre de la procédure concurrentielle avec négociation est de règle, tandis que la faculté de ne pas l'organiser relève de l'exception qui ne peut tenir qu'à une raison objective ; les conditions du jeu de cette exception doivent avoir été prévues et annoncées dans les documents du marché ; la mise en œuvre de cette exception est de stricte interprétation et application.

En l'espèce, au premier alinéa de la clause « I.8.11. Négociations », du cahier spécial des charges, la partie adverse a annoncé se réserver la faculté de ne pas négocier si elle « juge que les premières offres remises lui permettent d'attribuer le marché ».

Par ailleurs, en son deuxième alinéa, la même clause du cahier spécial des charges dispose que « conformément à l'article 76 § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur donnera, avant d'entamer les négociations, la possibilité aux soumissionnaires de corriger d'éventuelles irrégularités, le cas échéant substantielles, dont seraient entachées leurs offres non finales ». Telle qu'elle doit être entendue à la lecture de ses termes clairs, cette disposition ne permet pas – quoi que soutienne la partie adverse au point 66 de la note d'observations, à la faveur d'une interprétation au regard de laquelle elle pourrait encourir le reproche de méconnaissance du principe de transparence – de considérer que la partie adverse se réservait la liberté d'accorder, ou non, la possibilité de régulariser les offres.

Il ressort des dispositions précitées de la loi du 17 juin 2016 et du cahier spécial des charges du marché litigieux que la négociation des offres était de règle pour la passation de celui-ci, pour autant qu'il n'y soit pas dérogé dans les conditions fixées par la clause I.8.11, alinéa 1^{er}, du cahier spécial des charges; il

s'ensuit que – compte tenu de ce qu'il était prévu de permettre aux soumissionnaires concernés de régulariser leurs offres, en vue d'une participation aux négociations – leur éviction, sans que leur ait été offerte la possibilité de les régulariser et de participer aux négociations, ne pouvait, *prima facie* et toujours en vertu des mêmes dispositions, se concevoir que si était exercée cette faculté de renonciation aux négociations, dans le respect des conditions annoncées par la partie adverse et pour autant que ces conditions aient été fixées conformément à l'article 38, § 5, de la loi du 17 juin 2016, selon l'interprétation qu'appelle cette disposition.

En annonçant, au premier alinéa de la clause « I.8.11. Négociations » du cahier spécial des charges, qu'elle se réservait la faculté de ne pas négocier si elle « juge que les premières offres remises lui permettent d'attribuer le marché », la partie adverse n'a pas retenu un motif de renonciation aux négociations qui soit, en tant que tel, contraire à ce que prescrit l'article 38, § 5, de la loi du 17 juin 2016, entendu à la lumière des travaux préparatoires. Quoi que suggère le moyen, l'usage du terme « juge » n'exclut pas, en soi, l'existence d'une raison objective de renonciation, pour autant que la partie adverse ait, si elle entend exercer cette faculté de renonciation, dûment constaté que les offres régulières déposées répondent effectivement à ses besoins, tels qu'ils sont exposés dans le cahier spécial des charges.

En revanche, aucun élément qui ressortirait des motifs de l'acte attaqué ou de pièces soumises à la contradiction des débats ne permet de conclure que les offres jugées régulières ont été considérées d'une qualité suffisante, permettant à la partie adverse d'attribuer le marché sans négociations. Les motifs de l'acte attaqué se limitent, en effet, à observer, pour les trois soumissionnaires dont l'offre est jugée régulière, que celle-ci « est accompagnée de la note d'intention de 20 pages maximum contenant toutes les informations exigées par le cahier des charges », ce qui n'établit nullement que ces offres répondraient bien aux besoins du pouvoir adjudicateur. Il ne ressort d'aucun élément porté à la connaissance du Conseil d'État qu'au jour de l'adoption de l'acte attaqué, aurait été concrètement appréciée l'adéquation potentielle des solutions proposées aux besoins de la partie adverse, cette exigence ressortant pourtant du cahier spécial des charges pour ne pas procéder à des négociations. La partie adverse soutient que l'analyse de cette adéquation ne devait pas ressortir de la motivation formelle de l'acte attaqué et que l'absence de mention expresse de cette analyse dans l'acte attaqué ne signifie pas qu'elle n'aurait pas eu lieu (point 59 de la note d'observations) ; elle se garde toutefois d'identifier une pièce du dossier administratif qui permettrait d'attester que cette analyse a bien été effectuée.

Dans ces circonstances, le moyen doit être déclaré sérieux, en tant qu'il reproche à la partie adverse d'avoir écarté l'offre des requérants, alors que la faculté de renoncer aux négociations n'a pas été régulièrement exercée.

V. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

VI. Confidentialité

Les requérants sollicitent le maintien de la confidentialité des pièces A et B de leur dossier et demandent, par ailleurs, que soit maintenue la confidentialité de leur offre si elle est déposée par la partie adverse.

La partie adverse demande également que soit maintenue la confidentialité des pièces 21 à 25, 37a à 37e, 39a à 39d et 40 à 45 du dossier administratif. La pièce 37d est précisément l'offre des requérants, que ceux-ci souhaitent ainsi voir rester confidentielle.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, 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 suspension de l'exécution de « la décision du Collège des bourgmestre et échevins de la Commune d'Auderghem du 31 janvier 2023 [...] déclarant irrégulière l'offre des requérants, déposée dans le cadre du “marché public de services ayant pour objet la désignation d'une équipe pluridisciplinaire d'auteurs de projet chargée de la conception et du contrôle d'exécution de la rénovation du bâtiment de la maison communale d'Auderghem et du cpas” » est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces A et B du dossier des requérants, et 21 à 25, 37a à 37e, 39a à 39d et 40 à 45 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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 5 avril 2023, par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy