

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

n° 257.920 du 16 novembre 2023

A. 240.311/VI-22.664

En cause : **l'association sans but lucratif SOLIDAIREMENT,**
 ayant élu domicile
 rue de Virton, 27
 6769 Meix-devant-Virton,

 contre :

 la Région wallonne,
 représentée par son Gouvernement,
 ayant élu domicile chez
 M^e Véronique VANDEN ACKER
 et François VISEUR, avocats,
 avenue Louise 140
 1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Le 19 octobre 2023, l'association sans but lucratif Solidairement introduit une requête unique intitulée « requête en annulation et demande de suspension » contre « la décision d'attribution [des lots 13 et 17 du] marché public [...] de services visant à fournir des fruits et légumes dans les écoles des communautés françaises et germanophones participant au programme européen "Fruits et légumes à l'école" dans la perspective d'une alimentation durable – Années scolaires 2023-2024, 2024-2025 et 2025-2026 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 20 octobre 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 8 novembre 2023.

La contribution et le droit 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^{me} Florence Piret, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M. Pascal Van Bever, comparaissant pour la partie requérante, et M^e François Viseur, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

Les 14 et 19 juin 2023, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne un avis de marché de services visant à fournir des fruits et légumes dans les écoles des communautés française et germanophone participant au programme européen « Fruits et légumes à l'école » dans la perspective d'une alimentation durable pour les années scolaires 2023-2024, 2024-2025 et 2025-2026 (cahier spécial des charges n° A3.00.03.00-23-672).

Le marché atteint les seuils de publicité européenne. Il est passé par procédure ouverte. Il est divisé en vingt lots répartis par arrondissements administratifs par provinces. Quatre critères d'attribution sont prévus : critère « diversité des produits », critère didactique, critères environnementaux et critères sociaux.

À la date de limite de remise des offres, plusieurs soumissionnaires déposent une offre pour un ou plusieurs lots. La requérante dépose offre pour les lots 13 et 17.

Le 26 septembre 2023, la partie adverse décide d'attribuer les vingt lots du marché à la SA Fresho. L'offre de la requérante est écartée pour irrégularité substantielle. La décision motivée d'attribution renseigne, à ce propos, ce qui suit :

Considérant que les offres de **FAWAY, COOPERATIVE ARDENTE** et **SOLIDAIREMENT ASBL** comportent une irrégularité substantielle dans la proposition de calendrier à savoir un non-respect de la saisonnalité :

	Irrégularité substantielle constatée : Non-respect de la saisonnalité	Exigences – annexe 1 bis du CSC/A.M. 21 septembre 2017*
Fa-Way	Chicon en juin	Le chicon ne peut être livré que de septembre à mars inclus
Coop Ardente	Céleri rave en avril	Le céleri ne peut être livré que de septembre à mars inclus
Solidairement ASBL	Raisin en juin	Le raisin ne peut être livré que de septembre à décembre inclus

*21 SEPTEMBRE 2017. — Arrêté ministériel précisant les modalités de mise en oeuvre dans les écoles maternelles et primaires de l'arrêté du Gouvernement wallon du 21 septembre 2017 relatif à la mise en oeuvre du programme européen à destination des écoles fondamentales en exécution de l'article 23 du Règlement (UE) n° 1308/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 portant organisation commune des marchés des produits agricoles et abrogeant les Règlements (CEE) n° 922/72, (CEE) n° 234/79, (CE) n° 1037/2001 et (CE) n° 1234/2007 du Conseil

Le pouvoir adjudicateur est dans l'obligation de considérer ces offres comme irrégulières au sens de l'article 76 §1^{er} alinéa 3 de l'ARP pour l'ensemble des lots ;

Celles-ci sont par conséquent déclarées nulles ;

Il s'agit de l'acte attaqué. La partie adverse déclare que cette décision a été envoyée aux soumissionnaires par un courrier recommandé du 4 octobre 2023 et par un courrier électronique envoyé le même jour.

IV. Recevabilité

Dans un courrier du 25 octobre 2023 déposé sur la plateforme électronique du Conseil d'État, l'auditeur chargée de l'instruction de l'affaire a averti les parties qu'elle aborderait d'office, dans son avis, la question de la recevabilité de la demande de suspension en ce que l'intitulé de la requête unique ne se réfère pas à l'extrême urgence et en ce que le référé ordinaire est irrecevable au contentieux des marchés publics.

Dans un courrier du 31 octobre 2023 également déposé sur la plateforme électronique du Conseil d'État, la requérante répond qu'elle a été induite en erreur par l'annexe du courrier de notification de l'acte attaqué, qui, selon elle, fait clairement apparaître qu'une demande de suspension peut être introduite sans faire mention de l'extrême urgence, que l'ordonnance de fixation de l'affaire indique, elle-même, comme objet « demande de suspension d'extrême urgence » de sorte qu'« il est permis de constater immédiatement que la demande est introduite selon la procédure d'extrême urgence et qu'aucun doute ne puisse surgir dans le chef des personnes concernées quant aux effets que cette demande est susceptible de produire (notamment concernant le pouvoir de conclusion du marché et sur le délai d'engagement) », que la partie adverse fait, dans sa note d'observations,

expressément référence à la procédure d'extrême urgence, que les intérêts procéduraux et la sécurité juridique des personnes concernées sont donc préservés et garantis et que le contenu de la requête démontre très clairement l'extrême urgence à statuer (notamment au regard de la date de début des prestations).

Il n'est pas contesté que le marché litigieux est soumis à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ni que le régime applicable au présent recours est celui de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

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

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

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

À ce propos, il doit, avant tout, être admis que l'exigence de mention de l'extrême urgence dans l'intitulé de la requête ne présente pas la moindre difficulté et ne peut, pour cette raison, être considérée comme entravant l'accès au juge. Ensuite, il s'impose de relever que la formalité ainsi prescrite sert, outre un intérêt procédural qui permet de constater immédiatement que la demande est introduite selon la procédure d'extrême urgence, un but de sécurité juridique à l'égard des personnes qui sont potentiellement concernées par l'introduction de la demande de suspension, telles que l'autorité adjudicatrice et l'attributaire du marché. D'une part, l'introduction d'une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence,

visée à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, affecte le pouvoir de conclusion du marché lorsque le délai (obligatoire ou volontaire) dit « de *standstill* » est applicable (loi du 17 juin 2013, articles 11 et 30, § 1^{er}). D'autre part, l'absence d'introduction d'une telle demande a une incidence sur le délai d'engagement des soumissionnaires à raison de leurs offres et de la suspension éventuelle de ce délai (loi du 17 juin 2013, article 8, § 2, alinéa 2). La sécurité juridique des personnes concernées exige donc – tant pour leurs intérêts procéduraux qu'en raison des effets produits hors de la procédure – que, dès l'introduction d'une demande de suspension de l'exécution d'une décision d'attribution de marchés, aucun doute ne surgisse quant aux effets qu'elle est susceptible de produire, ce qui suppose notamment que cette demande puisse être considérée comme une demande de suspension au sens de l'article 15 et puisse être reconnue comme telle par les personnes concernées, à la seule vue de la requête.

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

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

Ce formalisme apparaît d'autant moins excessif qu'il n'exclut pas nécessairement de considérer, le cas échéant, que satisferait à la condition d'introduction de la demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence la requête dont l'intitulé ne contiendrait certes pas la mention de l'extrême urgence,

mais dont il apparaîtrait d'emblée que l'intention de son auteur est d'introduire une demande de suspension en application de l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 et que cette intention n'est pas démentie par un autre élément de la requête. Cette intention doit être claire et non équivoque. Elle doit exprimer, de manière certaine, la volonté d'introduire la demande selon la procédure d'extrême urgence qui est visée à l'article 15 précité. Dans de telles circonstances, il peut être considéré qu'il est satisfait aux objectifs de célérité des recours et de sécurité juridique rappelés ci-avant.

En l'espèce, l'intitulé de la requête unique « requête en annulation et demande de suspension » ne contient pas l'indication selon laquelle la demande de suspension serait introduite selon la procédure d'extrême urgence. Les mentions introductives de cette requête, comme son contenu, ne font pas non plus état d'une procédure d'extrême urgence. La requête ne contient, par ailleurs, aucune référence à la loi du 17 juin 2013 précitée, ni *a fortiori* à son article 15. La circonstance que la requérante a introduit son recours dans le délai de quinze jours, visé à l'article 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013, ne suffit pas à établir une intention claire et non équivoque dans son chef de saisir le Conseil d'État selon la procédure d'extrême urgence.

Si l'annexe du courrier de communication de l'acte attaqué mentionne qu'« une demande de suspension et/ou de mesures provisoires » peut être introduite « dans les 15 jours à compter du lendemain du jour de l'envoi de la présente notification ou de la prise de connaissance de l'acte selon le cas », elle indique aussi les règles à respecter en cas d'extrême urgence et renvoie à l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée, lequel impose le recours à cette procédure comme condition de recevabilité de la demande de suspension. Il incombait à la requérante de prendre connaissance de cette disposition légale pour introduire son recours.

Le fait que l'ordonnance de fixation de l'affaire mentionne le traitement de l'affaire selon la procédure d'extrême urgence est uniquement dû à la vigilance du greffe du Conseil d'État qui a estimé qu'il pouvait peut-être s'agir d'une demande à traiter selon la procédure d'extrême urgence, à l'instar d'autres recours introduits contre la décision d'attribution du même marché. L'attitude proactive du greffe ne suffit cependant pas à établir l'intention de la requérante d'introduire sa demande selon cette procédure.

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

relatives à la recevabilité des recours qui peuvent être portés devant le Conseil d'État sont d'ordre public. Il ne peut y être dérogé au motif que la partie requérante a introduit seule son recours sans l'assistance d'un avocat.

La présente demande est, en conséquence, irrecevable, sans qu'il soit besoin d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

V. Confidentialité

La partie adverse sollicite la confidentialité des offres déposées dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux, pour ne pas nuire au secret d'affaires et aux intérêts commerciaux légitimes des différents soumissionnaires. Il s'agit des pièces confidentielles A à E du dossier administratif.

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

En application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée, il y a également lieu de garantir la confidentialité de la pièce 6 annexée à la requête (proposition de calendrier adaptée).

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces confidentielles A à E du dossier administratif et la pièce 6 annexée à la requête 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 le 16 novembre 2023, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé composée de :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret