CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 249.291 du 18 décembre 2020

A. 232.239/VI-21.910

En cause : **la société anonyme LES ENTREPRISES MELIN**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Gauthier ERVYN, avocat,
avenue Herrmann-Debroux 40
1160 Bruxelles,

contre :

1. la Région wallonne,
représentée par son Gouvernement,

2. la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures (SOFICO),
ayant toutes deux élu domicile chez
M^es^ Dominique GÉRARD et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 16 novembre 2020, la SA Les Entreprises Melin demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

«- la décision, prise à une date inconnue, de lancer une procédure négociée sans publication préalable et d'adopter un cahier spécial des charges régissant le lot 3 du marché de services "D143.11 – Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN" (CSC n° MI-08.06.03-20-1246), ainsi que la décision - prise à une date inconnue - d'attribuer le lot 3 du marché public à un attributaire non-identifié;
- la décision, prise à une date inconnue, de lancer une procédure négociée sans publication préalable et d'adopter un cahier spécial des charges régissant le lot 4 du marché de services " D143.11 – Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN" (CSC n° MI-08.06.03-20-1246), ainsi que la

décision - prise à une date inconnue - d'attribuer le lot 4 du marché public à un attributaire non-identifié;
- la décision, prise à une date inconnue, de lancer une procédure négociée sans publication préalable et d'adopter un cahier spécial des charges régissant le lot 5 du marché de services "D143.11 – Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN" (CSC n° MI-08.06.03-20-1246), ainsi que la décision - prise à une date inconnue - d'attribuer le lot 5 du marché public à un attributaire non-identifié;
- la décision, prise à une date inconnue, de lancer une procédure négociée sans publication préalable et d'adopter un cahier spécial des charges régissant le lot 6 du marché de services "D143.11 – Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN" (CSC n° MI-08.06.03-20-1246), ainsi que la décision - prise à une date inconnue - d'attribuer le lot 6 du marché public à un attributaire non-identifié. »

À titre subsidiaire, la requérante demande d' « ordonner, à titre de mesure provisoire, dire pour droit que la durée des lots 3 à 6 du marché de services "D143.11 – Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN" (CSC n° MI-08.06.03-20-1246), prendra fin au plus tard le 31 décembre 2020 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 18 novembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 décembre 2020.

Par une requête introduite le 25 novembre 2020, la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures (SOFICO) demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La première 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^e^ Gauthier Ervyn, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Anne Feyt, avocat, comparaissant pour les parties adverses, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis Delvax, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

1. Les parties adverses lancent conjointement une procédure de marché public de services relatif à des « Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN ». L'avis de marché est publié au *Bulletin des adjudications* le 21 avril 2020 et au *Journal officiel de l'Union européenne* le 24 avril 2020. Le mode de passation est la procédure ouverte. Le marché est divisé en 9 lots. Il est régi par le cahier spécial des charges n° MI-08.06.03-20-1246. Chaque lot est relatif à diverses voiries à entretenir. Un inventaire des prix est joint pour chaque lot au cahier spécial des charges. Le critère unique d'attribution est le prix. Le marché porte sur les quatre périodes hivernales successives pour les années 2020-2021, 2021-2022, 2022-2023, 2023-2024.

2. Plusieurs soumissionnaires, dont la requérante, remettent offre pour différents lots. La requérante remet offre notamment pour les lots 3 à 6.

Les prix des offres sont vérifiés par les pouvoirs adjudicateurs 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. Certains prix semblent anormaux aux parties adverses. Elles invitent, en conséquence, par des courriers du 19 juin 2020, les soumissionnaires à les justifier en application de l'article 36, § 2, du même arrêté royal.

La requérante est, en particulier, invitée à justifier ses prix des lots 3 à 6, pour les postes 1.1, 1.2, 2.1, 2.2 (sauf pour le lot 3) et 3.2. Elle adresse ses justifications de prix par un courrier du 30 juin 2020 auquel elle joint plusieurs annexes.

3. Par des décisions des 20 août et 3 septembre 2020, les parties adverses décident (1) de ne pas attribuer les lots 3 à 6 après avoir constaté que « suite à l'analyse des prix, le pouvoir adjudicateur estime n'avoir reçu aucune offre régulière » et (2) de recourir, en vue de l'attribution de ces lots, à la procédure concurrentielle avec négociation avec les soumissionnaires qui ont remis offre dans le cadre de la procédure ouverte.

Ces différentes décisions sont notifiées à la requérante.

L'offre de la requérante est, dans chacune des décisions relatives aux lots 3 à 6, écartée pour les motifs suivants :

« […]
Considérant qu'il a été procédé à l'examen de la régularité des offres conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017;
[…]
Considérant qu'il a été procédé à la vérification des prix conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017;
Considérant qu'à l'issue de la vérification opérée, certains prix proposés par les soumissionnaires semblent anormaux;
Considérant que le soumissionnaire Les entreprises MELIN SA a été invité, en date du 19 juin 2020, à justifier ses prix pour le[s] lot[s] [3 à 6], postes 1.1, 1.2, 2.1, 2.2 [sauf pour le lot 3], 3.2 conformément à l'article 36, §2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017;
[…]
Considérant que, dans sa réponse, Les entreprises Melin SA justifie les prix des postes 1.1. et 1.2 en détaillant l'amortissement du camion et les frais d'entretien alors que le pouvoir adjudicateur a spécifiquement décrit au point 2.2 du cahier spécial des charges qu'il prévoyait un poste (1.7 de l'inventaire) de Forfait mensuel destiné à couvrir les frais d'amortissement, d'entretien et d'assurance ainsi que les risques d'entreprises liés aux conditions hivernales ;
Que partant, cette justification n'est pas acceptée;
Considérant que, s'agissant du poste 2.1, il ressort de la justification du soumissionnaire que celui-ci intègre dans le prix offert pour le poste des heures supplémentaires de chauffeur;
Que ces heures supplémentaires s'ajoutent à celles strictement nécessaires pour réaliser le circuit, afin de compléter la journée de prestation du chauffeur, répercutant 4,5h de prestation aux frais de l'administration sans que ces heures ne soient réellement prestées;
Considérant que le pouvoir adjudicateur ne peut pas être tenu de payer des services non rendus, que partant la justification du prix du poste 2.1 n'est pas acceptée;
Considérant que la justification des postes 2.2 [sauf pour le lot 3] et 3.2 se base sur le calcul du forfait du poste 2.1 dont la justification n'est pas acceptée et que partant, les justifications des postes 2.2 [sauf pour le lot 3] et 3.2 ne peuvent être acceptées non plus;
Considérant que vu leur nature et les quantités prévues, les postes concernés peuvent être considérés comme non négligeables;
Que dès lors, l'offre de Les entreprises Melin SA doit être écartée pour irrégularité substantielle conformément aux articles 36, § 3, 1°, et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 […] »

La requérante n'a pas introduit de recours contre ces décisions constatant l'irrégularité de son offre pour les lots 3 à 6.

4. Le 3 septembre 2020, les parties adverses invitent les soumissionnaires qui ont remis offre dans le cadre de la procédure ouverte pour les lots 3 à 6 à faire offre dans le cadre des procédures concurrentielles avec négociations.

Pour chaque lot, un nouveau cahier spécial des charges est établi. L'objet de chacun des lots, les spécifications techniques et les inventaires de prix restent inchangés par rapport à la procédure ouverte.

La requérante remet offre pour les lots 3 à 6. Les prix de ses offres pour les quatre lots sont identiques à ceux qu'elle a proposés dans le cadre de la procédure ouverte. Ses offres sont les mieux-disantes pour les lots 3, 4 et 6.

5. Le 18 septembre 2020, les parties adverses notifient à la requérante, pour les différents lots, leur intention d'entamer des négociations « en vue d'obtenir une offre satisfaisante ». Les différents courriels mentionnent identiquement ce qui suit :

« […] Votre offre étant en tous points identiques à l'offre remise initialement lors de la procédure d'ouverture, il vous est rappelé que les prix des postes 1.1, 1.2, 2.1, 2.2 [sauf pour le lot 3] et 3.2 ont été jugés anormaux et ont mené à l'écartement de votre offre pour irrégularité conformément aux articles 36 § 3, 1° et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Il vous est laissé la possibilité d'améliorer votre offre, soit d'un point de vue global (pourcentage du montant global), soit sur des postes précis ».

6. La requérante répond, par un courriel du 22 septembre 2020, qu'elle maintient ses prix pour chacun des lots 3, 4, 5 et 6.

Le même jour, les services administratifs des parties adverses accusent réception de ce courriel en précisant que « [s]i les prix maintenus sont à nouveau considérés comme anormaux, [les] offres seront écartées ».

7. Par des décisions des 2 et 16 octobre 2020, les parties adverses décident, à nouveau, de n'attribuer aucun des lots 3 à 6.

Ces décisions sont motivées de manière semblable pour ce qui concerne le sort à réserver aux offres de la requérante. Pour illustration, la décision relative au lot 4 est motivée comme il suit :

« […]
Vu la décision motivée du 20 août 2020;
[…]
Considérant qu'il a été procédé à l'examen de la régularité des offres conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017;
[…]
Considérant qu'il a été procédé à la vérification des prix conformément à l'article 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017;
Considérant qu'à l'issue de la vérification opérée, le pouvoir adjudicateur constate que l'ensemble des prix proposés par les deux soumissionnaires sont identiques à ceux proposés lors de la procédure ouverte du 15 juin 2020;

Que les offres remises dans le cadre de la procédure ouverte du 15 juin 2020 ont été écartées pour cause d'irrégularité substantielle conformément aux articles 36 § 3, 1° et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en raison du caractère anormal de certains prix;
Considérant que, conformément à l'article 38, § 5 de la loi, les soumissionnaires ont été informés par mail du 18 septembre 2020 de l'intention du pouvoir adjudicateur d'entamer les négociations en vue d'améliorer leur offre;
[…]
Que le soumissionnaire Les Entreprises Melin a refusé la négociation;
Que partant, son offre n'ayant pas été adaptée, elle doit à nouveau être écartée pour cause d'irrégularité substantielle conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en raison du caractère anormal de certains prix;
Considérant que suite à l'analyse des prix, le pouvoir adjudicateur estime n'avoir reçu aucune offre satisfaisante […] ».

Ces décisions sont notifiées à la requérante par des courriers recommandés et télécopies des 7 et 16 octobre 2020. La requérante a introduit une demande de suspension d'extrême urgence contre ces décisions. Par un arrêt n° 248.920 du 13 novembre 2020, le Conseil d'État a rejeté le recours.

8. Entretemps, par des courriers du 25 septembre 2020, [J.J.], directeur ff, de la Direction des Routes du Brabant wallon du SPW Wallonie Mobilité Infrastructures, invite plusieurs opérateurs économiques à remettre offre pour les lots 3 à 6 du marché litigieux dans le cadre de procédures négociées sans publication préalable, pour lesquels de nouveaux cahiers des charges sont établis. Les offres doivent être déposées au plus tard pour le 30 septembre 2020 avant 11 heures.

Les lots 3 à 6 sont attribués dans le cadre de ces nouvelles procédures.

Par décision du 9 novembre 2020, le lot 3 est attribué à la SPRL DVS Broyage et terrassement pour le montant annuel de 59.900 euros HTVA (25.158 euros HTVA à charge de la Région wallonne représentant 42% du montant annuel et 34.742 euros HTVA à charge de la SOFICO représentant 58% du montant annuel). Cette décision est notifiée à cette société le même jour.

Par décision du 30 octobre 2020, le lot 4 est attribué à la SPRL Regima pour le montant annuel de 54.779 euros HTVA (à charge de la Région wallonne). Cette décision est notifiée à cette société le 5 novembre 2020.

Par décision (prise à une date illisible), le lot 5 est attribué à la SPRL Agriculture Conseil Gestion pour le montant annuel de 54.100 euros HTVA (33.758,40 euros HTVA à charge de la Région wallonne représentant 62,4% du montant annuel et 20.341,60 euros HTVA à charge de la SOFICO représentant 37,6% du montant annuel). Cette décision est notifiée à cette société le 2 décembre 2020.

Par décision du 30 octobre 2020, le lot 6 est attribué à la SPRL Regima pour le montant annuel de 59.640 euros HTVA (à charge de la Région wallonne). Cette décision est notifiée à cette société le 5 novembre 2020.

Il s'agit des actes attaqués.

IV. Mesure d'instruction

Par courriel du 30 novembre 2020, l'auditeur chargé de l'instruction de l'affaire a demandé aux parties adverses « les pièces établissant, d'une part, que c'est l'autorité compétente qui a décidé de recourir à une procédure négociée sans publicité préalable - ceci en tenant compte de la répartition des tâches entre la Région wallonne et la SOFICO - et, d'autre part, que cette autorité a, préalablement à l'adoption de cette décision, examiné si et conclut qu'il était bien satisfait aux conditions prévues par l'article 42, § 1er, 1°, b, de la loi du 17 juin 2016 ».

Par courriel du 2 décembre 2020, le conseil des parties adverses a répondu ce qui suit :

« […] La PNSPP en urgence a été lancée dès qu'il a été constaté que les lots/marchés ne pourraient pas être attribués dans le cadre des procédures concurrentielles avec négociation précédemment initiées. Ces procédures ont été initiées par Monsieur [J.J.], Directeur ff. de la Direction des Routes du Brabant wallon, de Wallonie Mobilité Infrastructures, service compétent de la Région wallonne pour le marché.
Cette manière de procéder est conforme à celle qui a été communiquée le 12 février 2020 à l'ensemble des Directeurs territoriaux des Routes par le Directeur général de Wallonie Mobilité Infrastructures (voyez spécialement le point 9 de la note jointe en annexe).
Le choix de la procédure a, ensuite, été ratifié/approuvé par les personnes compétentes à la Région wallonne et à la SOFICO au moment où elles ont adopté les décisions motivées d'attribution dans chacun des lots :
Région wallonne (selon ce que prévoit l'arrêté du Gouvernement du 29 mai 2019)
Lot 3 : 25 158€ htva/an sur 4 ans → Directeur général
Lot 4 : 54 779€ htva/an sur 4 ans → Ministre
Lot 5 : 33 758,40€ htva/an sur 4 ans → Ministre
Lot 6 : 59 640€ htva/an sur 4 ans → Ministre
SOFICO
Lots 3 et 5 : le Président du Conseil d'administration et un administrateur conformément à ce que prévoient les statuts.
Cette manière de procéder répond au prescrit de l'article 4, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013 et à la jurisprudence de Votre Conseil dans son arrêt n° 222.037 du 11 janvier 2013, sa Elster.
Vous trouverez en annexe la note du 12 février 2020, une copie de l'arrêté du Gouvernement wallon du 29 mai 2019, ainsi que les statuts de la SOFICO. Je joins également en annexe une copie de la décision du Conseil d'administration de la SOFICO portant une délégation spécifique pour la passation des marchés de service hivernal sur la base de laquelle le Directeur général, Monsieur [J. D.] était également compétent pour adopter les décisions "dans le cadre" de ces marchés.

Vous trouverez également en annexe la copie de la décision motivée d'attribution du Lot 5 qui vient de m'être adressée ».

V. Intervention

Par une requête introduite le 25 novembre 2020, la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures (SOFICO) demande à être reçue en qualité de partie intervenante. Elle expose qu'elle est également le pouvoir adjudicateur des lots 3 et 5 querellés par la requérante, en sorte qu'elle pourrait être désignée comme partie adverse aux côtés de la Région wallonne et qu'elle a, en tout cas, directement intérêt à la solution du litige. Elle ajoute que si elle devait être mise à la cause en qualité de partie adverse, elle ne demande pas à disposer d'un délai pour déposer une note d'observations et un dossier administratif, son dossier et ses développements en réponse à la requête étant identiques à ceux de la Région wallonne dans le cadre de la présente procédure.

La SOFICO étant coauteur des décisions attaquées concernant les lots 3 et 5, elle doit être mise à la cause en qualité de partie adverse. Par conséquent, il y a lieu de rejeter la demande en intervention et de désigner la SOFICO comme deuxième partie adverse. Cette désignation tardive n'affecte pas les droits de la défense des parties au présent litige.

VI. Connexité

Plusieurs demandes ne peuvent être introduites de manière recevable comme une seule affaire que si cela contribue à une bonne administration de la justice, plus particulièrement lorsque, quant à leur objet ou à leur fondement, les demandes sont à ce point connexes qu'il paraît probable que les constatations faites ou les décisions prises par rapport à une requête auront une incidence sur le sort des autres.

En l'espèce, quoique formellement distincts, les actes attaqués ont été pris, au départ, à la suite d'une même procédure de passation et d'un cahier spécial des charges unique, portant sur les différents lots auxquels ces actes se rapportent respectivement. Par ailleurs, les critiques de légalité formulées par la requérante à l'appui de ses moyens visent indifféremment chacun de ces actes.

Il y a donc un lien de connexité suffisant entre les différents actes attaqués par la requérante.

VII. Premier moyen

VII.1. Thèses des parties

1. Position de la requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 4, 5 et 38 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 11 et 90 de l'arrêté royal du 18 avril 207 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 4 et 5 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, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment ses articles 2 et 3.

Elle reproche aux parties adverses d'avoir eu recours à une procédure négociée sans publication préalable pour attribuer les lots 3 à 6 du marché, sur pied de l'article 42, § 1er, alinéa 1er, 1°, b), de la loi du 17 juin 2016 précitée, alors que les conditions permettant le recours à cette procédure, à savoir l'existence d'un événement imprévisible en lien causal avec une urgence impérieuse, ne sont pas réunies. Concernant particulièrement la condition de l'urgence impérieuse, elle fait valoir qu'il n'y avait pas d'urgence impérieuse à faire débuter le marché le 15 octobre 2020, dès lors que le risque d'un épisode de gel ou de neige, nécessitant un épandage de sels ou autres produits sur les routes, est quasiment inexistant au mois d'octobre. Elle produit, à l'appui de cette affirmation, un tableau de l'IRM reprenant des températures normales moyennes mesurées durant le mois d'octobre à la station d'Uccle, depuis 1981 à nos jours, ainsi que les bulletins météorologiques de l'IRM pour les mois d'octobre de 2014, 2015, 2017 et 2019. Elle fait aussi valoir que, conformément à ce que prévoit les cahiers spéciaux des charges, l'attributaire du marché ne bénéficie d'aucune exclusivité, les parties adverses pouvant réaliser elles-mêmes tout ou partie des prestations en régie, ce qui démontre, selon elle, qu'il n'y avait aucune urgence « impérieuse » à désigner un attributaire le 15 octobre 2020 pour assurer les services dans les lots 3 à 6. Elle relève, en outre, que l'article 36, § 3, de la loi du 17 juin 2016 permet, en cas d'urgence, de réduire, dans la procédure ouverte, le délai de dépôt des offres à 15 jours et que ce délai est à peine plus long que le délai de 5 jours octroyé par les parties adverses aux soumissionnaires qui ont été consultés dans le cadre de la procédure négociée sans publication préalable (invitation du 25/09 avec dépôt des offres pour le 30/9). Elle en déduit que les parties adverses auraient parfaitement pu recourir à cette procédure ordinaire, avec publication préalable, en reportant la date de prise de connaissance des voiries, prévue initialement le 1er octobre, et débuter le marché dans les temps.

La requérante conteste aussi que les parties adverses aient traité par procédure négociée sans publication préalable « dans la mesure strictement nécessaire » visée à l'article 42, § 1er, alinéa 1er, 1°, b), de la loi du 17 juin 2016. Elle estime que le respect de cette condition impliquait que le marché, passé selon cette procédure dérogatoire, ait une durée de quelques semaines tout au plus, le temps de pouvoir relancer une procédure ordinaire avec publicité. Selon elle, il est évident que l'attribution d'un marché portant sur quatre années (les « quatre périodes hivernales 2020-2021, 2021-2022, 2022-2023, 2023-2024 »), alors qu'il est motivé par une urgence impérieuse résultant du commencement de la première période hivernale, est totalement disproportionnée et viole les droits des soumissionnaires potentiels de pouvoir participer à une nouvelle procédure concurrentielle avec publication.

Après avoir pris connaissance du contenu du dossier administratif et du courriel du 2 décembre 2020 du conseil des parties adverses, la requérante ajoute, à l'audience, que l'urgence impérieuse est démentie par le fait que les décisions d'attribution ont été prises respectivement 30, 39 et 63 jours après le lancement de la procédure négociée sans publication préalable. Cet élément confirme, selon elle, qu'il était possible d'appliquer les délais réduits de publication prévus pour les procédures avec publicité. Elle fait valoir que s'il existait une urgence impérieuse de débuter les prestations le 15 octobre, comme l'affirment les parties adverses, il fallait que les décisions d'attribution soient prises pour cette date. Elle ajoute qu'aucune démarche – qui pourrait expliquer les délais de 30, 39 et 63 jours pour statuer – n'a été entreprise entre le dépôt des offres et ces décisions. Quant à l'obligation de recourir à la procédure négociée sans publication préalable « dans une mesure strictement nécessaire », elle relève que les pouvoirs adjudicateurs se réservent la possibilité de mettre fin au contrat après chaque année et qu'il n'y a donc pas d'engagement ferme de leur part de poursuivre le marché pendant quatre années, ce qui contredit l'argument relatif à la nécessité de permettre à l'attributaire de prévoir ses investissements sur quatre années.

2. Position des parties adverses

Pour ce qui concerne la condition de l'urgence impérieuse visée à l'article 42, § 1er, alinéa 1er, 1°, b), de la loi du 17 juin 2016, les parties adverses font valoir les éléments suivants :

« […][L]a partie adverse et la SOFICO ont l'obligation de prendre toutes les dispositions utiles pour que les routes dont elles ont la charge puissent être épandues et dégagées rapidement en cas de gel (verglas) ou de précipitations hivernales, même précoces et exceptionnels. Il y va de leur devoir de prévoyance et de bonne gestion des infrastructures.

Comme le prévoient les cahiers spéciaux des charges, les prestations relatives à l'organisation de la viabilité hivernale de leur réseau routier et autoroutier sont, en principe, prévues entre [le]15 octobre de chaque année et le 15 avril de l'année suivante. Les dates de la période hivernale peuvent bien entendu être modifiées si les circonstances climatiques l'exigent.

En d'autres termes, si des tiers tels que la requérante peuvent se permettre de référer aux bulletins météorologiques de ces dernières années pour affirmer que le risque d'être confrontés à des précipitations hivernales dans le Brabant wallon au mois d'octobre est nul ou quasi-nul, et en conclure qu'il n'y avait aucune urgence impérieuse à attribuer les lots/marchés litigieux après l'échec des procédures ouverte et concurrentielle avec négociation, la Région wallonne et la SOFICO ne peuvent tenir le même raisonnement sous peine d'être incapables de pallier une situation de gel ou de précipitations hivernales précoces mettant en péril la circulation sur route et la sécurité des usagers.

Autrement dit, la Région wallonne et la SOFICO ne peuvent pas se fonder sur le fait que, depuis 2014, aucun incident hivernal nécessitant un épandage ne s'est présenté en octobre pour la passation de ses marchés. Leur mission est d'anticiper ce type de situation, aussi exceptionnelle soit-elle.

On ajoute que, cette année, une présence en régie a été nécessaire les nuits du 4 au 5 et du 5 au 6 novembre où la température de la voirie est descendue à 1,4 C°. Les deux années précédentes, les premières présences en régie avaient été nécessaires la nuit du 31 octobre 2019.

En outre, quand bien même, il faudrait admettre qu'il n'y avait pas d'urgence impérieuse sur la base des indications météorologiques – *quod non* -, on ne pourrait pas pour autant en déduire l'absence d'urgence impérieuse à attribuer les lots/marchés, bien au contraire.

En effet, avant que les attributaires des lots/marchés puissent commencer leurs prestations sur la route pour le compte de la Région wallonne et de la SOFICO, un certain nombre d'étapes doivent être franchies selon ce que prévoient les cahiers spéciaux des charges :

- le circuit attribué à l'attributaire doit être reconnu, en principe, avant le 1er octobre;

- l'adjudicateur doit faire l'acquisition s'il n'en dispose pas déjà de véhicules répondant aux spécifications techniques et les équiper conformément à ce que prévoit l'article 2 des clauses techniques des cahiers spéciaux des charges : lames, signalisation, tachygraphe à disque chronotachygraphe numérique et GPS répondant aux prescriptions techniques spécifiques énoncées au point 2.1.3. de l'article 2, et moyens de communication avec le chauffeur;

- les véhicules et matériels doivent être présentés, en principe durant le mois de septembre, au siège du district en vue d'être réceptionnés par le fonctionnaire dirigeant ou son délégué (article 3 des clauses techniques). La réception concerne, donc, tous les types de véhicules et les matériels dont ils doivent être équipés, selon les spécifications techniques des cahiers spéciaux des charges.

Ces opérations doivent nécessairement précéder l'envoi des véhicules des attributaires des lots/marchés sur les routes. Elles doivent en principe être clôturées au début de la période hivernale fixée au 15 octobre 2020 afin de permettre à la Région wallonne et à la SOFICO de garantir la praticabilité et la sécurité sur les routes dont elles ont la responsabilité dès avant l'arrivée des premières gelées ou précipitations hivernales.

À cela s'ajoute que d'autres services que l'épandage et le déneigement sont également compris dans le marché selon le métré, spécialement la location de matériel sans chauffeurs et des opérations de manutention de produits par engin, de mise en ordre de dépôts ainsi que des prestations diverses avec utilisation de véhicules et engins (avec ou sans chauffeurs). Ces prestations peuvent s'entendre en dehors de la période hivernale (article 2.2. de la première partie du cahier spécial des charges). On pense, par exemple, à la constitution et au rangement de stocks de produits d'épandage. Cela doit bien entendu se faire avant les premières gelées ou précipitations hivernales.

Le fait que les cahiers spéciaux des charges ne prévoient pas d'exclusivité au bénéfice des attributaires des marchés/lots, mais prévoient que la Région wallonne (et la SOFICO pour les lots 3 et 5) pourra également réaliser tout ou partie des prestations en régie, ne dément pas qu'il existait une urgence impérieuse en l'espèce. En effet, si la Région wallonne et la SOFICO, pour les lots 3 et 5, font appel à des prestataires tiers pour les prestations de service hivernal sur les routes, c'est parce qu'elles ne disposent ni du matériel ni du personnel en suffisance pour réaliser le travail en régie. Il n'échappe d'ailleurs pas à la requérante que les cahiers spéciaux des charges prévoient que les attributaires mettent des camions d'épandage et autres engins à la disposition de la Région wallonne et de la SOFICO, pour les lots 3 et 5. Si une telle disposition est prévue, c'est parce que le pouvoir adjudicateur ne dispose pas, en propre, d'un équipement suffisant.

L'ensemble des développements qui précèdent démontrent qu'il y avait urgence impérieuse à attribuer les lots/marchés. Leur attribution ne pouvait plus souffrir d'aucun retard compte tenu de l'imminence de la saison hivernale et de l'ensemble des opérations à accomplir avant que les véhicules des adjudicataires puissent, si nécessaire, être lancés en toute sécurité sur les routes. »

Quant à la possibilité de réduire les délais de publication dans le cadre des procédures avec publicité (article 36, § 3, de la loi du 17 juin 2016), les parties adverses répondent ce qui suit :

« […] La Région wallonne et la SOFICO ne partagent pas le point de vue de la requérante pour laquelle un délai de 15 jours serait un délai à peine plus long qu'un délai de 5 jours. Il y a plus de dix jours d'écart. Et dix jours dans le contexte tout à fait particulier dans lequel se trouvaient la Région wallonne et la SOFICO étaient dix jours de trop. On rappelle, en effet, que les marchés litigieux devaient débuter le 1er octobre 2020 afin que les attributaires soient prêts (repérage des routes, réception des véhicules et du matériel) le 15 octobre 2020, date de démarrage de la saison hivernale. On rappelle également que des relevés de température et de pluviométrie des dernières années ne donnent aucune indication sur la survenance d'un événement hivernal plus tôt dans l'année au cours de la saison suivante. On rappelle enfin que la Région wallonne et la SOFICO ne peuvent pas prendre le moindre risque que les routes dont elles ont la charge ne puissent pas être épandues et/ou déneigées lors des premiers incidents hivernaux. Il y va de la sécurité des routes et de ses usagers.

Aussi, le recours à la procédure négociée sans publication préalable était tout à fait justifié et [l']alternative proposée par la requérante impossible.

Le rythme auquel la Région wallonne et la SOFICO ont examiné les offres reçues dans le cadre des procédures négociées sans publication préalable et le délai dans lequel elles ont attribué les lots/marché a permis de disposer de prestataires pour le service hivernal dès le 30 octobre ou le 9 novembre 2020 selon les lots (étant entendu que le lot 5 n'a pas encore été attribué).

Un délai d'environ un mois pour lancer et attribuer un marché est un délai plutôt rapide, surtout lorsqu'il faut prêter une attention toute particulière à la délicate question des prix. Un délai plus court n'aurait pas été possible/réaliste dans l'hypothèse d'une procédure urgente avec publicité. Aussi, les marchés/lots n'auraient pas pu être attribués avant la mi-novembre au plus tôt, ce qui était bien trop tardif et aurait fait courir un risque bien trop important aux pouvoirs adjudicateurs. »

S'agissant de la condition de recourir à la procédure négociée sans publication préalable « dans la mesure strictement nécessaire », également visée à l'article 42, § 1er, alinéa 1er, 1°, b), de la loi du 17 juin 2016, les parties adverses exposent ce qui suit :

« Si les lots/marchés sont passés pour une durée de quatre ans, c'est en raison du montant des investissements à charge des adjudicataires, et du risque qu'ils supportent lorsque les hivers sont doux et les sorties peu nombreuses. Lancer des lots/marchés pour une durée inférieure à 4 ans, d'une année par exemple, aurait pour conséquence soit de ne pas recevoir d'offres ou de ne pas en recevoir en suffisance, soit de recevoir des offres pour des prix nettement plus élevés que les prix actuellement offerts (hors prix anormaux, évidemment), impayables dans le cadre des budgets alloués. Alors lancer des lots/marchés pour quelques mois ou quelques semaines comme le propose la demanderesse n'est pas sérieux du tout.

L'investissement en matériel pour un lot, étant entendu que le matériel ne peut pas être partagé entre plusieurs lots, est d'environ :

- de 40.000 à 45.000 euros HTVA représentant le coût d'achat d'une épandeuse;
- de 30.000 euros HTVA annuel pour deux lames et les supports;
- de 2 installations de systèmes GPS conformes au cahier spécial des charges, donc coût approximatif 750 euros pièce;
- les assurances.

La requérante connait le montant approximatif de l'investissement des attributaires des lots. Elle connait également l'importance de l'amortissement de cet investissement sur une période de quatre années. On en veut pour preuve la justification de ses prix dans le cadre de la procédure ouverte.

Ces frais d'investissement sont à mettre en rapport avec le prix du marché.

Un forfait mensuel est prévu. Il est de 900 euros HTVA par épandeuse et de 200 euros HTVA par lame. Il représente l'intervention du pouvoir adjudicateur dans les frais fixes inhérents aux équipements spécifiquement destinés à l'exécution des prestations de service hivernal. Il vise à prémunir les prestataires des risques d'entreprise liés à des conditions climatiques favorables.

Pour le reste, les prestations sont payées selon ce qui est prévu à l'inventaire de l'adjudicataire du marché. En fonction des hivers, le chiffre d'affaires réalisé par l'adjudicataire sera plus ou moins élevé.

Au vu des investissements, envisager de passer des marchés pour une durée inférieure à 4 ans n'est pas envisageable. »

À l'audience, les parties adverses ajoutent que les décisions d'attribution ont été prises dans des délais raisonnables, tenant compte du début de la période hivernale le 15 octobre. Quant à la durée du marché sur quatre périodes hivernales, elles répondent que s'il y a possibilité d'y mettre fin chaque année, ce n'est pas ce

qui est envisagé et que le contrat est bien prévu pour durer, en principe, quatre années.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Les décisions d'attribution attaquées ont été prises à la suite de procédures négociées sans publication préalable, sur le fondement de l'article 42, § 1er, alinéa 1er, 1°, b), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Cette disposition prévoit ce qui suit :

> « Il ne peut être traité par procédure négociée sans publication préalable, mais si possible après consultation de plusieurs opérateurs économiques, que dans les cas suivants :
> 1° dans le cas d'un marché public de travaux, de fournitures ou de services, lorsque :
> […]
> b) dans la mesure strictement nécessaire, lorsque l'urgence impérieuse résultant d'événements imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur ne permet pas de respecter les délais exigés pour la procédure ouverte, restreinte ou concurrentielle avec négociation. Les circonstances invoquées ne peuvent, en aucun cas, être imputables au pouvoir adjudicateur ».

Dans les cahiers spéciaux des charges adoptés pour chaque lot, il est précisé que ces procédures dérogatoires, sans publicité préalable, ont été initiées sur le fondement de l'article 42, § 1er, alinéa 1er, 1°, b), de la loi du 17 juin 2016 « dans la mesure où, lors de la procédure ouverte initiée précédemment pour ce même marché, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées, que par la suite, à l'issue d'une procédure concurrentielle avec négociation, seules des offres irrégulières ou inacceptables ont été présentées et que le délai restant avant le début de l'exécution du marché justifie le recours à la PNSPP vu l'urgence impérieuse ».
Quant aux décisions attaquées d'attribution, elles font mention des décisions de non-attribution adoptées à l'issue de la procédure ouverte initiée à la fin du mois d'avril 2020, ajoutent que le lancement des procédures concurrentielles avec négociation n'ont pas permis d'obtenir des offres régulières, indiquent que les prestations de service hivernal couvrent la période du 15 octobre au 15 avril et exposent que « vu l'urgence impérieuse, il a été recouru à la procédure négociée sans publication préalable, conformément à l'article 42, § 1er, 1°, b), de la loi du 17 juin 2016 ».

Il ressort des pièces du dossier que les procédures litigieuses ont été lancées le 25 septembre 2020, par des courriers envoyés à cinq opérateurs économiques pour les lots 3 et 5 et quatre opérateurs économiques pour les lots 4 et 6. Les offres devaient être déposées pour le 30 septembre, avant 11 heures. Une offre est reçue respectivement pour les lots 3 et 6, deux offres pour le lot 4 et trois offres pour le lot 5. Les décisions d'attribution n'ont cependant été adoptées que le 30 octobre, pour les lots 4 et 6, le 9 novembre pour le lot 3, et à une date

indéterminée pour le lot 5. Elles ont été notifiées aux attributaires le 5 novembre pour les lots 4 et 6, le 9 novembre pour le lot 3 et le 2 décembre 2020 pour le lot 5. Les délais de 35, 39 et 63 jours entre le dépôt des offres et la notification des décisions litigieuses dément *prima facie* l'urgence impérieuse invoquée par les parties adverses à devoir absolument conclure les marchés en cause pour le 15 octobre 2020, voire même avant cette date pour accomplir l'ensemble des opérations et services nécessaires pour pouvoir lancer, en toute sécurité, sur les routes les véhicules des attributaires des différents lots. Ni les décisions d'attribution attaquées ni les pièces du dossier ne font apparaître de raisons particulières qui pourraient justifier ce délai d'attente pour adopter et notifier, bien après la date butoir du 15 octobre, les décisions litigieuses. Les parties adverses se limitent à affirmer que ces délais sont plutôt rapides pour lancer et attribuer un marché, « surtout lorsqu'il faut prêter une attention toute particulière à la délicate question des prix ». En l'espèce, le nombre d'offres présentées pour chacun des lots était particulièrement réduit, alors qu'aucune anormalité des prix n'a été détectée par les parties adverses. Du reste, il ne s'agit pas de vérifier si, de manière générale, de tels délais de passation peuvent être tenus pour raisonnables, mais de contrôler concrètement s'il n'était pas possible de respecter les délais de dépôt des offres appliqués dans les procédures ordinaires avec publicité, en recourant le cas échéant au délai réduit de 15 jours prévu par l'article 36, § 3, de la loi du 17 juin 2016, en procédure ouverte, pour les situations d'urgence dûment justifiées. En l'occurrence, les parties adverses n'apportent pas la preuve de cette impossibilité. Au contraire, il résulte des délais de notification des décisions attaquées (35, 39 et 63 jours) qu'il ne semblait pas impossible de prévoir un délai de dépôt des offres de 15 jours qui est applicable, en cas d'urgence, aux procédures ouvertes, à la place des 5 jours accordés aux candidats consultés dans le cadre des procédures litigieuses.

Concernant la durée du marché sur quatre périodes hivernales, les explications fournies par les parties adverses, à ce sujet, peuvent *prima facie* être retenues. La nécessité paraît bien établie de maintenir des offres avec des prix raisonnables, en permettant aux attributaires de prévoir des investissements en matériel sur quatre années et de limiter le risque d'hivers particulièrement doux avec des sorties peu nombreuses. Compte tenu de ces éléments, une durée de quatre périodes hivernales successives ne paraît pas excéder ce qui est « strictement nécessaire » au sens de l'article 42, § 1er, alinéa 1er, 1°, b), de la loi du 17 juin 2016. La possibilité prévue par les cahiers spéciaux des charges, de résilier le contrat, au terme de chaque période hivernale, est une clause fréquemment prévue par les pouvoirs adjudicateurs qui n'énerve pas le fait que la durée du marché est, en principe, de quatre années.

Dans la mesure précitée, le premier moyen est sérieux.

VIII. Moyen nouveau

VIII.1. Thèses des parties

1. Position de la requérante

À l'audience, la partie requérante soulève un moyen nouveau pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte. Après avoir pris connaissance des pièces déposées par les parties adverses, elle relève notamment que les décisions de lancer les procédures négociées sans publication préalable ont été prises par [J.J.], directeur f.f. de la Direction des Routes du Brabant wallon du SPW Wallonie Mobilité Infrastructures, qui n'est pas l'autorité compétente pour prendre de telles décisions.

2. Position des parties adverses

Les parties adverses répètent, à l'audience, les arguments qui figurent dans le courriel de leur conseil du 2 décembre 2020 en réponse à la demande de l'auditeur rapporteur. Elles exposent que la procédure a été lancée, le 25 septembre 2020, en urgence, dès qu'il a été constaté que les lots/marchés ne pourraient être attribués dans le cadre des procédures concurrentielles avec négociation initiées plus tôt, en raison d'offres à nouveau irrégulières, que ces procédures ont été initiées par [J. J.], directeur ff. de la Direction des Routes du Brabant wallon du SPW Wallonie Mobilité Infrastructures, qui est le service compétent de la Région wallonne pour le marché, que cette manière de procéder est conforme à celle qui a été communiquée le 12 février 2020 à l'ensemble des directeurs territoriaux des Routes par le directeur général du SPW Wallonie Mobilité Infrastructures et que le choix de la procédure a, ensuite, été ratifié/approuvé par les personnes compétentes à la Région wallonne et à la SOFICO au moment où elles ont adopté les décisions motivées d'attribution pour chacun des lots. Elles estiment que cette manière de procéder répond au prescrit de l'article 4, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013, est conforme à l'arrêt sa Elster, n° 222.037 du 11 janvier 2013 et se justifie par l'urgence impérieuse d'initier une nouvelle procédure.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

La décision de recourir à la procédure négociée sans publication préalable doit être prise par l'autorité compétente avant le lancement de la procédure. Selon une jurisprudence constante du Conseil d'État, un vice de compétence ne peut être couvert *a posteriori* par une ratification. C'est d'autant plus le cas en l'espèce que la décision de recourir à ce type de procédure exclut des

opérateurs économiques de la possibilité d'y participer et produit de la sorte des effets juridiques avant l'adoption de la décision d'attribution du marché censée procéder à ladite ratification par les autorités compétentes.

Le Conseil d'État, dans l'arrêt n° 222.037 du 11 janvier 2013 – cité par les parties adverses –, paraît adopter sur cette question une position tout à fait minoritaire, alors qu'il se fonde par ailleurs sur d'autres motifs pour admettre la régularité de la procédure suivie dans l'affaire dont il est saisi. L'article 4, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013 qui prévoit qu'en ce qui concerne les décisions de recourir à une procédure négociée sans publication préalable, « les motifs de la décision doivent exister au moment où celle-ci est prise », mais que « la décision formelle peut cependant être rédigée *a posteriori*, lors de l'établissement de la prochaine décision [telle celle d'attribuer le marché] » ne permet pas *prima facie* de considérer que la décision de recourir à une telle procédure (*negocium*) pourrait être établie au moment de la décision d'attribution. La disposition légale précitée a uniquement trait à la motivation formelle des décisions qu'elle énumère. Elle n'a pas vocation à déroger aux règles relatives à la compétence des auteurs de ces décisions. Elle précise d'ailleurs bien que les motifs de la décision doivent exister « au moment où celle-ci est prise », tout en permettant la rédaction *a posteriori* de la décision formelle motivée (*instrumentum*).

En l'espèce, il apparaît que [J.J.], directeur ff, de la Direction des Routes du Brabant wallon du SPW Wallonie Mobilité Infrastructures n'était pas compétent pour décider de recourir la procédure négociée sans publication préalable pour attribuer les lots litigieux.

Pour ce qui concerne la Région wallonne, qui agit comme pouvoir adjudicateur pour l'ensemble des lots 3, 4, 5 et 6, un directeur territorial des Routes ne peut, pour les marchés de services, choisir de recourir à la procédure négociée sans publication préalable que « jusqu'à concurrence [d'un] montant[] HTVA [de] […] 25.000 euros » (annexe 1 à l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 mai 2019 relatif aux délégations de pouvoirs au Service public de Wallonie). Aucune pièce du dossier administratif n'indique la valeur totale estimée du marché en cause. Il faut cependant rappeler qu'il a fait l'objet d'un avis publié au *Journal officiel de l'Union européenne* (pour la procédure ouverte). Par ailleurs, les montants des offres déposées dans le cadre des présentes procédures, pour lesquelles les prix remis ont été considérés comme normaux et acceptables, sont, pour chacun des lots, bien supérieurs à 25.000 euros HTVA, s'agissant, qui plus est, de montants annuels à faire valoir sur quatre années. Du reste, les parties adverses ne contestent pas qu'un directeur territorial des Routes n'est pas compétent pour prendre ces décisions au nom et pour le compte de la Région wallonne. La note du 12 février 2020 adressée

par le directeur général du SPW Wallonie Mobilité Infrastructures aux directeurs territoriaux – dont font mention les parties adverses – ne contient aucune disposition qui pourrait s'interpréter comme un acte de délégation. Il est seulement fait mention au point 9 de ce que « les lots non attribués – du fait de l'absence d'offre ou, surtout, face à des prix anormaux ! – feront l'objet d'une procédure négociée sans publicité limitée aux soumissionnaires ayant remis offre pour les autres lots ».

Pour ce qui concerne la SOFICO, qui agit comme pouvoir adjudicateur aux côtés de la Région wallonne pour les lots 3 et 5, la décision de recourir à une procédure négociée sans publication préalable devait être prise par son conseil d'administration, suivant les statuts de la société précitée, ou par son président et son directeur général, en vertu de la délibération du 10 juillet 2020 du conseil d'administration de la SOFICO.

Le moyen, tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte, est sérieux.

IX. Balance des intérêts

Les parties ont été interrogées à l'audience sur l'éventualité de recourir à la balance des intérêts visée à l'article 15, alinéa 3, 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, qui prévoit ce qui suit :

> « L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages. »

La requérante répond que les parties adverses disposent des moyens nécessaires pour exécuter les prestations en régie et ajoute que le moyen nouveau qu'elle invoque est d'ordre public en sorte qu'elle ne doit pas justifier d'un intérêt à son endroit.

Les parties adverses font, quant à elle, valoir que l'intérêt de la requérante à obtenir la suspension des actes attaqués doit s'effacer devant les impératifs de sécurité sur les routes, que visent à satisfaire les marchés conclus au terme des procédures litigieuses, alors que la requérante a, à deux reprises, remis des offres irrégulières dans le cadre des deux procédures précédentes qui ont abouti à des décisions de non-attribution pour les lots 3 à 6.

Les impératifs de sécurité publique imposent que les décisions attaquées puissent être immédiatement exécutées afin de garantir la praticabilité des routes et protéger ses usagers contre les risques d'accident, en cas de gel ou de chutes de neige, pendant la période hivernale qui vient de débuter. L'intérêt public prévaut sur l'intérêt de la requérante à voir suspendre l'exécution de ces décisions, ce d'autant qu'elle a déjà eu l'occasion de participer à deux reprises aux procédures d'attribution initiées pour l'attribution du marché litigieux et qu'elle y a remis, à chaque fois, des offres irrégulières qui ont abouti à des décisions de non-attribution pour les mêmes lots. Il y a donc lieu de considérer que les impératifs de sécurité publique précités l'emportent sur l'avantage que la requérante pourrait tirer d'un arrêt de suspension.

Le fait que la requérante soulève un moyen d'ordre public tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte n'a pas d'incidence sur la mise en balance des intérêts en présence, qui tiennent aux avantages et inconvénients qui résultent de l'exécution immédiate des actes attaqués. Par ailleurs, l'absence de clause d'exclusivité au bénéfice des attributaires des différents lots, prévue par les cahiers spéciaux des charges, ne permet pas de conclure que l'ensemble des prestations couvertes par les lots 3 à 6 du marché pourraient se réaliser en régie. Comme le relèvent les parties adverses, si elles font appel à des prestataires de service hivernal sur les routes, c'est qu'*a priori* elles ne disposent pas du matériel et du personnel en suffisance pour réaliser ce travail.

Il se déduit des éléments qui précèdent qu'il ne peut être fait droit à la demande de suspension de l'exécution des décisions attaquées.

X. Demande de mesure provisoire

X.1. Thèses des parties

La requérante sollicite, dans le dispositif de sa requête, d' « ordonner, à titre de mesure provisoire, dire pour droit que la durée des lots 3 à 6 du marché de services "D143.11 – Prestations de service hivernal sur les routes gérées par le District d'Ottignies-LLN" (CSC n° MI-08.06.03-20-1246), prendra fin au plus tard le 31 décembre 2020 ». Dans le cadre de l'exposé du premier moyen, elle expose ce qui suit :

« Si d'aventure Votre Conseil devait considérer, quod non, que l'existence d'un événement imprévisible en lien causal avec une urgence impérieuse qui ne permet pas de respecter les délais exigés par la procédure ouverte serait démontrée dans la présente affaire, la requérante sollicite en exécution de l'article 15, alinéa 1er, 1°, de la loi du 17 juin 2013, que Votre Conseil adopte une mesure provisoire qui limite la durée d'exécution des marchés passés par [les] partie[s]

adverse[s] en exécution de la procédure négociée litigieuse, au plus tard au 31 décembre 2020.
[Les] partie[s] adverse[s] qui dispose[nt] en effet déjà du cahier spécial des charges nécessaire à la passation de ce marché [sont] parfaitement en mesure de lancer une nouvelle procédure avec publicité pour cette date ».

Les parties adverses contestent la demande de mesure provisoire, en faisant valoir les éléments suivants :

« La requérante demande à titre subsidiaire qu'il soit ordonné à titre de mesure provisoire que la durée des lots 3 à 6 du marché de services prendra fin au plus tard le 31 décembre 2020.

Tout d'abord, il ne peut être fait droit à cette demande de mesure provisoire dès lors que les moyens ne sont pas sérieux.

Ensuite, en faisant droit à une telle demande, Votre Conseil modifierait des cahiers spéciaux des charges et des décisions d'attribution. Il substituerait ainsi son appréciation à celle des pouvoirs adjudicateurs, ce qui n'est pas possible.

En outre, une telle mesure n'aurait rien de provisoire dans la mesure où elle vaudrait jusqu'à ce que Votre Conseil statue sur le recours en annulation...qui interviendra bien après le 31 décembre 2020.

Enfin, tout donne à croire que la requérante souhaite obtenir de Votre Conseil sous couvert d'une mesure provisoire, une sanction de déclaration d'absence d'effets ou de substitution prévue par la loi du 17 juin 2013 dans des hypothèses très spécifiques manifestement non rencontrées en l'espèce a fortiori qu'il s'agit d'un recours en suspension d'extrême urgence et non en annulation ».

À l'audience, les parties adverses ajoutent que la date du 31 décembre intervient beaucoup trop tôt pour lancer et attribuer un nouveau marché. Elles font également valoir que le Conseil d'État n'est pas compétent pour modifier les termes de contrats, lesquels sont, par ailleurs, tous déjà conclus.

X.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée dispose comme il suit :

« Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :
1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
[…]
L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.
La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1er ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément ».

Les mesures provisoires, visées à l'article 15, alinéa 1er, 1°, ne peuvent être ordonnées que dans les conditions où la suspension peut également l'être, de sorte que, en principe, lorsque la demande de suspension ne peut pas être accueillie, la demande de mesure provisoire doit, elle aussi, être rejetée. Toutefois, quand la demande de suspension remplit les conditions pour que puisse être suspendue l'exécution de l'acte attaqué et que ce n'est qu'à raison de la balance des intérêts que celle-ci doit être rejetée, certaines mesures provisoires peuvent être ordonnées si elles ne mettent pas à mal l'intérêt public.

En l'espèce, la mesure provisoire est sollicitée, à titre subsidiaire, dans le cas où toutes les conditions pour recourir à la procédure négociée sont réunies, sauf celle qui impose de limiter cette procédure à « la mesure strictement nécessaire », prévue par l'article 42, § 1er, alinéa 1er, 1°, b), de la loi du 17 juin 2016. Or, c'est l'hypothèse inverse qui est, en l'occurrence, rencontrée puisqu'il a été *prima facie* considéré que les délais de notification des décisions attaquées contredisaient la condition de l'urgence impérieuse à attribuer les différents lots du marché tandis que, pour maintenir des offres avec des prix raisonnables, la durée des contrats étendue sur quatre périodes hivernales successives ne paraissait pas excéder ce qui « strictement nécessaire » au sens de la disposition légale précitée.

Telle qu'elle est formulée, la demande de mesure provisoire de la requérante vise à limiter, au 31 décembre 2020, la durée d'exécution des marchés passés par les parties adverses pour les lots 3 à 6. Outre qu'elle risque de mettre en péril la saison hivernale 2020-2021 qui se termine bien au-delà du 31 décembre, une telle demande touche à l'équilibre des contrats conclus avec les attributaires des différents lots et en affecte directement les termes, en sorte qu'elle échappe manifestement à la compétence du Conseil d'État.

Par conséquent, il y a lieu de rejeter la demande de mesure provisoire.

XI. Confidentialité

Les parties adverses demandent que les pièces A à E inventoriées séparément dans le dossier administratif soient tenues pour confidentielles, en application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée, dès lors qu'elles contiennent « des données couvertes par le secret des affaires [...] des plans, esquisses et éléments de décomposition des prix ». Il s'agit, plus précisément, de la justification des prix de la requérante du 30 juin 2020 ainsi que des offres déposées par celle-ci pour les lots 3 à 6 dans le cadre des procédures concurrentielles avec négociation.

Cette demande n'étant pas contestée, il convient, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées. Par ailleurs, conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013, il y a lieu d'ordonner la confidentialité des pièces 7a et 7b annexées à la requête, qui contiennent les justifications des prix de la requérante.

XII. Indemnité de procédure

Les parties adverses sollicitent une indemnité de procédure liquidée au montant base (700 euros). Il y a lieu de faire droit à cette demande.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société wallonne de financement complémentaire des infrastructures (Sofico) est rejetée.

Article 2.

Les demandes de suspension et de mesure provisoire sont rejetées.

Article 3.

Les pièces A à E inventoriées séparément dans le dossier administratif ainsi que les pièces 7a et 7b annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée aux parties adverses à concurrence de 350 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI[e] chambre siégeant en référé, le 18 décembre 2020 par :

Florence Piret,	conseiller d'État, président f.f.,
Nathalie Roba,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Nathalie Roba	Florence Piret