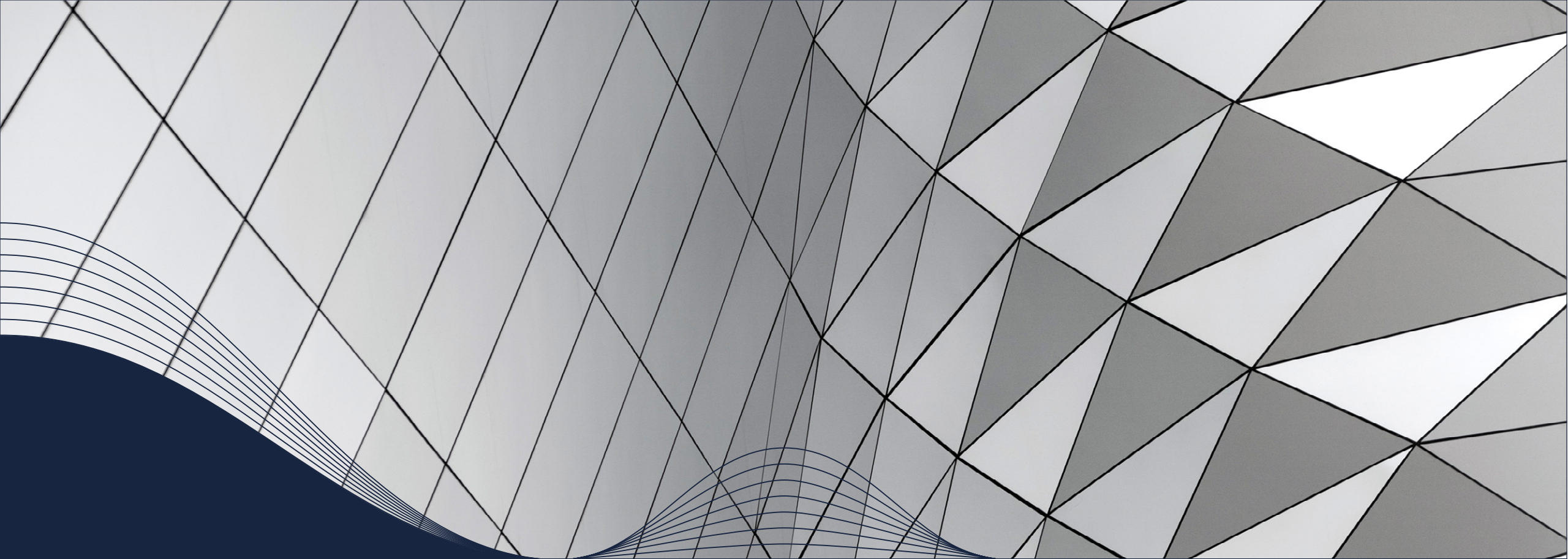




Chronique de jurisprudence des chambres francophones du Conseil d'Etat en matière de marchés publics

Période : septembre 2020 – 12 août 2021

Tables des matières

I. Principes Généraux	[3]
II. Le marché : structure, documents et procédures	[14]
III. La sélection	[29]
IV. L'analyse des offres (y inclus la régularité) et l'attribution du marché	[42]
V. Questions de procédure	[66]
VI. Concessions	[91]

Oratrices

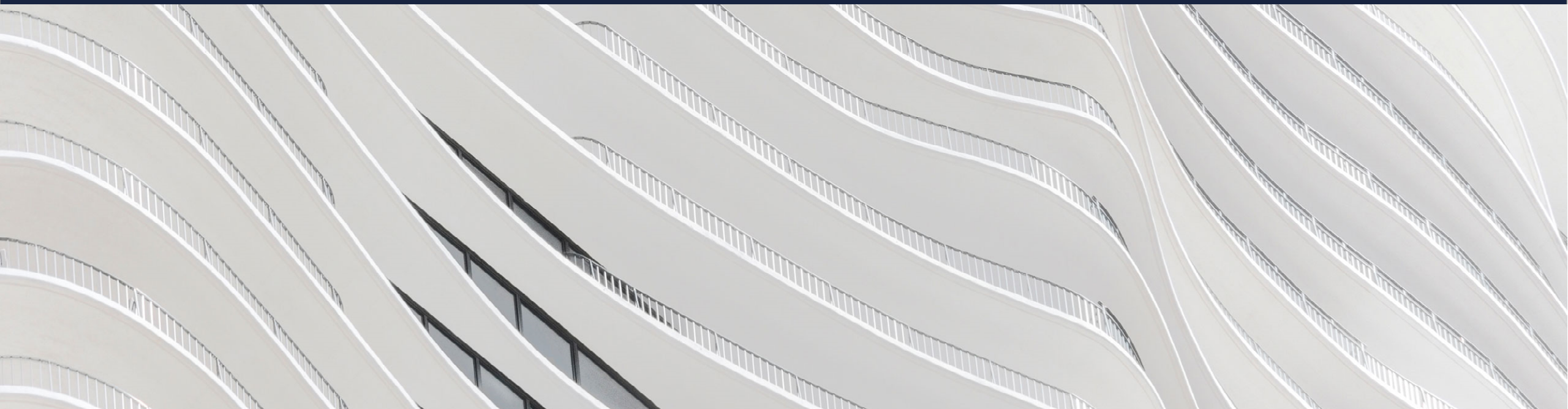


Bérénice Wathelet
Counsel
T: +32 (2) 500 15 93
M: +32 (4) 93 49 89 17
berenice.wathelet@dlapiper.com



Maëlle Rixhon
Avocate
T: +32 (2) 500 15 47
M: +32 (4) 76 97 39 03
maelle.rixhon@dlapiper.com

I. Principes généraux



C.E., arrêt n° 249.649 du 29 janvier 2021, *s.p.r.l. Gérard-Lemaire & associés, Cellier Etienne* (annulation + indemnité réparatrice)

Principe de transparence (art. 4, al. 1 Loi 17/06/2016)

- L'article 4, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose : « ***Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée*** ».
- L'arrêt de suspension a relevé **deux questions posées par un soumissionnaire**, en vue de l'élaboration de son offre, **qui ne trouvent pas de réponse dans les documents du marché**. Les réponses apportées par la partie adverse à ce soumissionnaire, et dont la partie adverse ne conteste pas qu'elles ne figurent pas sur le forum, expriment tantôt un assouplissement du besoin exprimé dans les documents du marché (une scène « qui peut être montée/démontée manuellement »), tantôt une préférence du pouvoir adjudicateur, non exprimée dans les documents du marché (l'alimentation par le haut du terrain). Ces questions sont pertinentes et les réponses sont utiles pour la préparation des offres. **Les réponses du pouvoir adjudicateur indiquent qu'elles pouvaient aussi en avoir, en aval, sur leur évaluation**. La partie adverse ne conteste pas que l'information relative à la scène amovible n'a été communiquée qu'au soumissionnaire ayant posé la question. Par ailleurs, c'est en vain qu'elle indique avoir donné verbalement aux requérants l'information relative aux raccordements, dès lors qu'elle n'apporte pas la preuve de ce fait.
- **La circonstance que les requérants n'ont pas disposé de telles informations est de nature à les avoir désavantagés**. Eu égard à la nature même de celles-ci, rien n'exclut que s'ils en avaient eu connaissance, ils eussent pu remettre des offres qui auraient fait l'objet d'appréciations plus favorables.

C.E., arrêt n° 248.973 du 19 novembre 2020, *Nisen* (extrême urgence)

Principes généraux - Soustraction au champ d'application et limitation artificielle de la concurrence (art. 5 Loi 17/06/2016)

Deux soumissionnaires avaient manifestement des liens entre eux (siège social, adresse courriel et gérant identiques, offres signées par la même personne). Le Conseil d'Etat a dû déterminer si ces « liens ont eu une influence sur le contenu des offres ».

- Dans un premier temps, le Conseil d'Etat a rappelé la jurisprudence de la Cour de justice, en matière d'entreprises liées entre elle, en relevant que « ***le droit de l'Union, en particulier la directive 2004/18, ne prévoit pas d'interdiction générale, pour des entreprises liées entre elles, de présenter des offres dans une procédure de passation de marchés publics*** ».
- Il a également souligné que « *en toute hypothèse, le principe d'égalité de traitement prévu à l'article 2 de la directive 2004/18 serait violé s'il était admis que les soumissionnaires liés puissent présenter des offres coordonnées ou concertées, à savoir non autonomes ni indépendantes, qui seraient susceptibles de leur procurer ainsi des avantages injustifiés au regard des autres soumissionnaires* ».

C.E., arrêt n° 248.973 du 19 novembre 2020, *Nisen* (extrême urgence)

Principes généraux - Soustraction au champ d'application et limitation artificielle de la concurrence (art. 5 Loi 17/06/2016)

- Le Conseil d'Etat a aussi repris l'enseignement de la Cour de justice relatif aux preuves qui permettent de démontrer le caractère autonome d'offres soumises par des soumissionnaires liés entre eux, à savoir que *« la constatation que les liens entre les soumissionnaires ont eu une influence sur le contenu de leurs offres présentées dans le cadre d'une même procédure suffit, en principe, pour que ces offres ne puissent pas être prises en compte par le pouvoir adjudicateur, celles-ci devant être présentées en toute autonomie et indépendance lorsqu'elles émanent de soumissionnaires liés »*. De cet enseignement de la Cour de justice, le Conseil d'Etat en a retiré que **« pour que le principe d'égalité soit violé, il suffit qu'il soit établi que les liens entre les sociétés ont eu une influence sur le contenu de leurs offres sans qu'il soit requis que ces offres concertées aient été de nature à fausser la concurrence »**.
- Dans un second temps, le Conseil d'Etat a appliqué les enseignements de la Cour de justice au cas d'espèce. Il a constaté que la différence de montant entre les offres des deux soumissionnaires liés entre eux était plus importante que celle entre l'offre de la partie requérante et un quatrième soumissionnaire. En examinant les offres de plus près, il a relevé qu'en réalité les offres *« ne diffèrent que pour deux postes seulement sur seize (...). Les prix pour les autres postes sont rigoureusement identiques. Par ailleurs, les réponses données par les deux soumissionnaires aux questions qui leur ont été posées dans le cadre de la vérification des prix sont également identiques. »*

C.E., arrêt n° 249.424 du 7 janvier 2021, s.a. *Spie ICS Infrastructure Solutions* (extrême urgence)

Conflit d'intérêts (art. 6 Loi 17/06/2016)

- **L'article 6, §1, §2 et §3 de la loi du 17 juin 2016** impose, d'une part, au pouvoir adjudicateur de **prendre les dispositions nécessaires afin de prévenir toute situation de conflit d'intérêts** et, d'autre part, à toute personne liée à un adjudicateur se trouvant dans une situation de conflit d'intérêts de **se récuser**.
- *Il ne semble prima facie exister aucune disposition légale ou réglementaire pour interdire aux personnes morales qui présentent des liens structurels avec l'autorité de se porter candidates pour des marchés publics attribués par celle-ci. Lors de l'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur ne peut évidemment pas avantager ces personnes morales en raison de ces liens structurels et doit prendre les mesures nécessaires pour éviter que le jeu normal de la concurrence ne soit faussé et garantir le respect des règles relatives à la passation des marchés publics.*
- *En l'occurrence, rien ne permet de considérer que l'attributaire du marché litigieux aurait pu être favorisé en raison de l'actionnariat limité à 4,87 % que la partie adverse détient dans une des trois sociétés du groupement NNC, ayant obtenu le marché. Quant aux mandats dont la partie adverse dispose au sein de la société NRB, il convient de constater que les mesures ont été prises pour éviter les situations de conflits d'intérêts.*

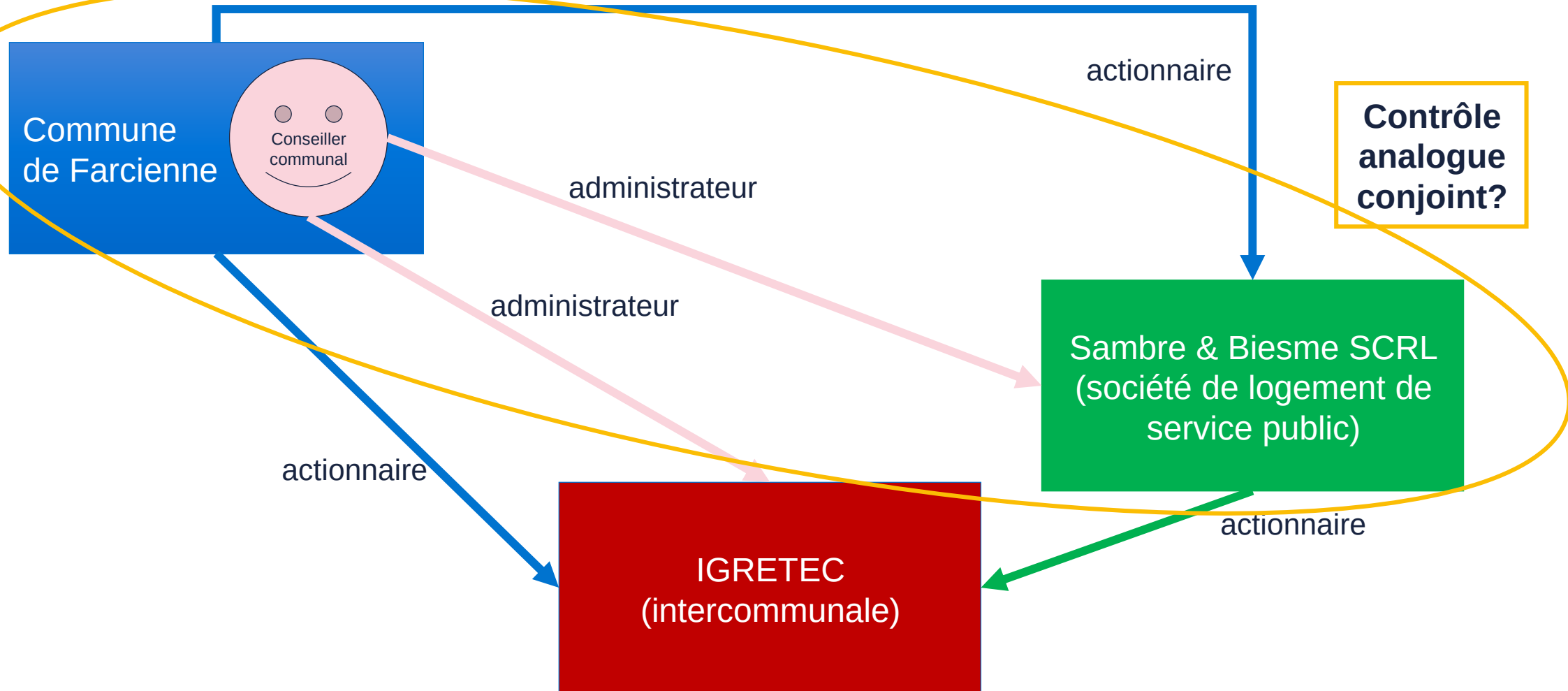
C.E., arrêt n° 248.351 du 24 septembre 2020, *Onetrust Technology LTD* (extrême urgence)

Principes généraux - Règles applicables aux moyens de communication (art. 14 Loi 17/06/2016)

- En invoquant la « *violation de l'article 63, § 1er, de l'arrêté royal du 18 juin 2017* » lu à la lumière du Rapport au Roi, la partie requérante a également argué, en s'appuyant sur l'arrêt du 14 décembre 2017, que l'entité adjudicatrice aurait dû procéder, dès qu'elle a eu connaissance des problèmes rencontrés par la partie requérante, aux « *vérifications qui s'imposent auprès du service responsable de la plateforme e-Tendering et décid[er], le cas échéant, de reporter le dépôt des offres* ».
- Le Conseil d'Etat a eu, à l'occasion de cette affaire, une autre lecture de cette disposition, à la lumière du Rapport au Roi, et a clairement affirmé qu'« **[e]lle n'impose pas davantage, et contrairement à ce que laisse entendre la requérante, une obligation générale et systématique de vérification des allégations de difficultés, applicable du seul fait qu'elle est informée de celles-ci. Il convient, à cet égard, de souligner que l'obligation de vérification dont fait état l'extrait cité du Rapport au Roi est celle qui incombe à l'entité adjudicatrice, non pas en raison du seul fait qu'elle est informée de difficultés alléguées par un candidat ou soumissionnaire, mais bien, lorsque, en pareille circonstance, elle envisage d'exercer la faculté de report de la date et de l'heure d'ouverture des offres** ».

C.E., arrêt n° 250.896 du 15 juin 2021, *s.c.r.l. s.l.s.p. Sambre & Biesmes* (annulation)
C.E., arrêt n° 250.897 du 15 juin 2021, *commune de Farcienne* (annulation)

Exception *in house* (contrôle *in house* conjoint) (art. 30 Loi 17/06/2016)



C.E., arrêt n° 250.896 du 15 juin 2021, *s.c.r.l. s.l.s.p. Sambre & Biesmes* (annulation)
C.E., arrêt n° 250.897 du 15 juin 2021, *commune de Farcienne* (annulation)

Exception *in house* (contrôle *in house* conjoint) (art. 30 Loi 17/06/2016)

Les questions suivantes sont posées à titre préjudiciel à la Cour de Justice de l'Union européenne :

- 1) L'article **12.3 de la directive 2014/24/EU** du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la commission du 24 novembre 2015, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE doit-il être interprété en ce sens qu'il produit un **effet direct** ?
- 2) En cas de réponse **affirmative** à cette première question, l'article 12.3 de la directive 2014/24/EU précitée doit-il être interprété dans ce sens que **la condition pour un pouvoir adjudicateur**, en l'occurrence une société de logement de service public, **d'être représenté au sein des organes décisionnels de la personne morale contrôlée**, en l'occurrence une société coopérative intercommunale, **est remplie** au seul motif qu'une **personne siégeant au sein du conseil d'administration** de cette société coopérative intercommunale **en sa qualité de conseiller communal d'un autre pouvoir adjudicateur participant**, en l'occurrence une commune, **se trouve**, en raison de circonstances exclusivement factuelles et **sans garantie juridique de représentation**, **être également administrateur** au sein de la société de logement de service public **tandis que la commune est actionnaire** (non exclusif) **tant de l'entité contrôlée** (société coopérative intercommunale) **que de la société de logement de service public** ?

C.E., arrêt n° 250.896 du 15 juin 2021, *s.c.r.l. s.l.s.p. Sambre & Biesmes* (annulation)
C.E., arrêt n° 250.897 du 15 juin 2021, *commune de Farcienne* (annulation)

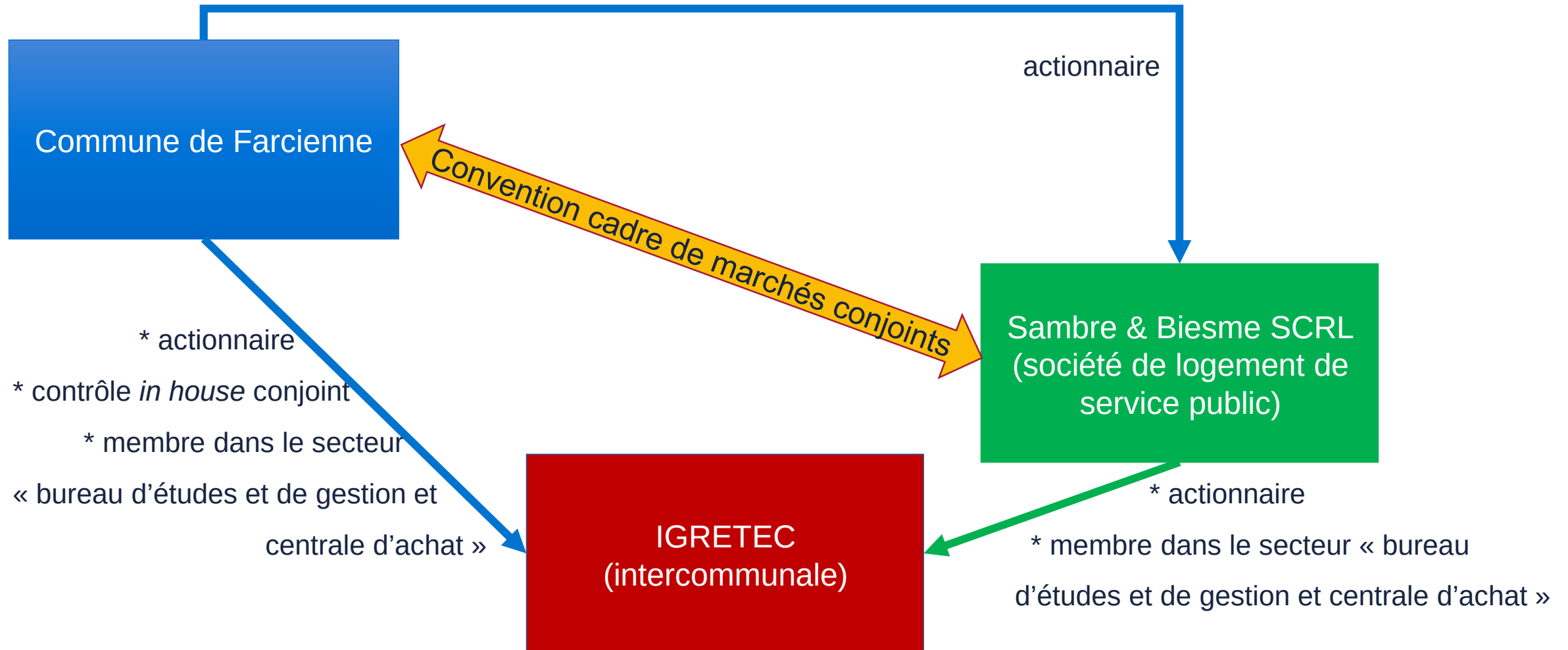
Exception *in house* (contrôle *in house* conjoint) (art. 30 Loi 17/06/2016)

- 3) En cas de réponse **négative** à la première question posée, faut-il considérer **qu'un pouvoir adjudicateur**, en l'occurrence une société de logement de service public, « **participe** » **aux organes décisionnels de la personne morale contrôlée**, en l'occurrence une société coopérative intercommunale, au seul motif qu'une **personne siégeant au sein du conseil d'administration** de cette société coopérative intercommunale **en sa qualité de conseiller communal d'un autre pouvoir adjudicateur participant**, en l'occurrence une commune, **se trouve**, en raison de circonstances exclusivement factuelles et **sans garantie juridique de représentation**, être également **administrateur** au sein de la société de logement de service public tandis que la commune est actionnaire (non exclusif) **tant de l'entité contrôlée** (société coopérative intercommunale) **que de la société de logement de service public ?**

➔ Affaires à suivre: **C-383/21** et **C-384/21** devant la Cour de justice de l'Union européenne

C.E., arrêt n° 250.897 du 15 juin 2021, *commune de Farcienne* (annulation)

Coopération public-public ou coopération horizontale (art. 31 Loi 17/06/2016)



C.E., arrêt n° 250.897 du 15 juin 2021, *commune de Farcienne* (annulation)

Coopération public-public ou coopération horizontale (art. 31 Loi 17/06/2016)

- 4) L'article **12.4 de la directive 2014/24/EU** du Parlement européen et du Conseil, du 26 février 2014, telle que modifiée par le règlement délégué (UE) 2015/2170 de la commission du 24 novembre 2015, sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE doit-il être interprété en ce sens qu'il produit un **effet direct** ?
- 5) En cas de réponse **affirmative** à cette question, l'article 12.4 de la directive 2014/24/EU précitée doit-il être interprété dans ce sens qu'il permettrait de **confier, sans mise en concurrence préalable**, des missions d'assistance à maîtrise d'ouvrage, de prestations juridiques et d'environnement **à un pouvoir adjudicateur**, en l'occurrence une société coopérative intercommunale, **dès lors que ces missions s'inscrivent dans le cadre d'une coopération entre deux autres pouvoirs adjudicateurs**, en l'occurrence une commune et une société de logement de service public, **qu'il n'est pas contesté que la commune exerce un contrôle « in house conjoint »** sur la société coopérative intercommunale et que la commune et la société de logement de service public **sont membres** de la société coopérative intercommunale **dans le secteur d'activités « bureau d'études et de gestion et centrale d'achat » de son objet social qui est précisément concerné par les missions qu'elles souhaitent lui confier**, lesquelles missions correspondent à des activités effectuées sur le marché par des bureaux d'études et de gestion spécialisés en conception, réalisation et mise en œuvre de projets ?

➔ Affaire à suivre: **C-384/21** devant la Cour de justice de l'Union européenne

II. Le marché : structure, documents et procédures



CJUE 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. Arl c. Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica (ASST)*, n° C-216/17

Accords-cadres (art. 43 Loi 17/06/2016) – obligation d'indication des quantités maximales

L'article 1, paragraphe 5, de la directive 2004/18 énonce qu'un accord-cadre a « pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, **le cas échéant**, les quantités envisagées ». La clef est dès lors de saisir la portée à accorder aux termes « le cas échéant ». A cet égard, quatre observations s'imposent.

- 1) Il ressort de certaines dispositions de cette même directive, selon la Cour, que « ***l'accord-cadre doit, dès l'origine, déterminer le volume maximal de fournitures ou de services qui pourront faire l'objet des marchés subséquents*** ». Ainsi, s'agissant du volume global dans lequel pourront s'inscrire les marchés subséquents, il ne fait guère de doute que le pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre se trouve dans l'obligation de le préciser.
- 2) Il se déduit de l'article 32, paragraphe 3, de la directive 2004/18 que, lorsqu'un accord-cadre est conclu avec un seul opérateur économique, « ***le pouvoir adjudicateur originairement partie à l'accord-cadre ne saurait s'engager pour son propre compte et pour celui des adjudicateurs potentiels qui sont clairement désignés dans cet accord, que dans la limite d'un certain volume et qu'une fois que cette limite aura été atteinte, ledit accord aura épuisé ses effets*** ».

CJUE 19 décembre 2018, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. Arl c. Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica (ASST)*, n° C-216/17

Accords-cadres (art. 43 Loi 17/06/2016) – obligation d'indication des quantités maximales

- 3) Une **formulation claire, précise et univoque des conditions et modalités de la procédure d'attribution est exigée par le respect des principes fondamentaux d'égalité de traitement et de non-discrimination**, étant entendu qu'elle permettra, d'une part, à tous les soumissionnaires de saisir la portée du marché et, de l'autre, au pouvoir adjudicateur d'apprécier la conformité des offres aux critères du marché. L'obligation de transparence s'impose *a fortiori* dans les cas de marchés subséquents qui n'exigent pas l'envoi d'un avis sur les résultats de la passation de chaque marché subséquent par les pouvoirs adjudicateurs. **Aussi, l'indication des montants et volumes maximaux couverts est nécessaire en ce qu'elle garantit que l'accord-cadre n'a pas pour objectif de fractionner artificiellement un marché pour éluder les exigences liées aux seuils fixés par la directive 2004/18.**
- 4) L'obligation d'indiquer les montants et volumes maximaux couverts par l'accord-cadre concrétise aussi l'**interdiction** portée par l'article 32, paragraphe 2, cinquième alinéa, de la directive 2004/18, **d'utiliser ces accords de manière abusive.**

CJUE 17 juin 2021, *Simonsen & Weel A/S c. Region Nordjylland og Region Syddanmark*, C-23/20

Accords-cadres (art. 43 Loi 17/06/2016) – obligation d'indication des quantités maximales

- **Confirmation de sa jurisprudence du 19 décembre 2018.**
- La Cour rappelle que si certaines dispositions de la directive 2014/24, lues isolément, peuvent suggérer que le pouvoir adjudicateur jouit d'une marge d'appréciation quant à la possibilité d'énoncer une valeur maximale des fournitures et services à fournir en vertu d'un accord-cadre, *« la seule interprétation littérale de ces dispositions n'est pas concluante aux fins de déterminer si un avis de marché doit indiquer la quantité et/ou la valeur estimée ainsi qu'une quantité et/ou une valeur maximale des produits à fournir en vertu d'un accord-cadre »*. En effet, il ressort des principes d'égalité de traitement et de transparence énoncés à l'article 18, paragraphe 1, de la directive 2014/24 ainsi que de l'économie générale de cette directive, que **le pouvoir adjudicateur ne pourrait s'abstenir d'indiquer, dans l'avis de marché, une valeur maximale des fournitures et services à fournir en vertu d'un accord-cadre.**

C.E., arrêt n° 249.203 du 11 décembre 2020, *s.r.l. Assistance et Gestion Environnementale* (extrême urgence)

Accords-cadres (art. 43 Loi 17/06/2016) et centrales d'achat (art. 47 Loi 17/06/2016)

- La Région wallonne, agissant en tant que **centrale d'achat**, a passé un **marché à bordereau de prix**, pour un an, renouvelable deux fois sur la base de l'article 42, paragraphe 1er, 2°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Il s'agit d'un marché de services divisé en 5 lots liés aux 5 provinces wallonnes.
- Il est précisé que les **bénéficiaires** de ce marché sont : « - *Les directions des routes et des voies hydrauliques territoriales de chaque lot; - Les communes wallonnes situées dans les zones géographiques de chaque lot, ayant signé une convention d'adhésion au présent marché pour leurs travaux subsidiés; - Les 4 ports autonomes de Wallonie : PACO, PAC, PAN et PAL; - La SOFICO (Société wallonne de financement complémentaire des infrastructures) ».*
- Huit entreprises déposent des offres, dont la requérante. Par des décisions du 15 octobre 2020, les offres de la requérante pour les lots 2, 3 et 4 sont écartées, car considérées comme irrégulières en raison de « *réserves portant sur des éléments substantiels du marché rendant incertain son engagement à exécuter celui-ci dans les conditions prévues et empêchant la comparaison de l'offre de ce soumissionnaire avec les autres offres* ».
- **Le marché public ne précise aucune quantité maximale**

C.E., arrêt n° 249.203 du 11 décembre 2020, *s.r.l. Assistance et Gestion Environnementale* (extrême urgence)

Accords-cadres (art. 43 Loi 17/06/2016) et centrales d'achat (art. 47 Loi 17/06/2016)

- Le premier enseignement de cet arrêt, appliqué au cas d'espèce, était de savoir si **un marché à bons de commande pouvait être requalifié en accord-cadre**. Le Conseil d'Etat a répondu par l'affirmative.
- Le second enseignement de cet arrêt était de **savoir si les pouvoirs adjudicateurs destinataires de l'accord-cadre, qui n'en étaient pas directement parties, étaient déterminés de manière claire**. Le Conseil d'Etat a constaté que le « *cahier spécial des charges identifie, en l'espèce, clairement les bénéficiaires de l'accord-cadre en les désignant nommément ou en renvoyant à des catégories précises dans un périmètre géographique déterminé* ».
- Troisièmement, le Conseil d'Etat a décidé ce qui suit en ce qui concerne **l'obligation de déterminer, dès l'origine, le volume maximal de fournitures ou de services** qui pourront faire l'objet des marchés subséquents: « *Certes, les documents du marché ne renseignent pas le volume et le montant maximaux des prestations couvertes par l'accord-cadre. Ceci étant, le fait de recourir à un marché à bordereau de prix – dans lesquels les prix unitaires sont forfaitaires – et la mention, pour chaque poste, des quantités présumées ou de sommes à réserver, paraît prima facie suffire. Ces indications de volume et de (détermination du) prix sont formulées de manière claire, précise et univoque dans les documents du marché de façon (1) à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et (2) à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause, comme l'exige la Cour de justice de l'Union européenne notamment dans l'arrêt du 19 décembre 2018 (C216/17) précité. Il semble que cette manière de procéder permette d'assurer le respect des principes de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires.* »

C.E., arrêt n° 251.293 du 20 juillet 2021, *La société de droit français Lattitude Geosystems* (extrême urgence)

Accords-cadres (art. 43 Loi 17/06/2016)

- L'arrêt n° 251.293 se contente de suivre la jurisprudence de l'arrêt n° 249.203 du Conseil d'Etat sur les questions analysées et n'apporte aucune plus-value du point de vue de sa motivation. **Les observations** formulées dans le cadre de l'arrêt n° 249.203 **peuvent donc être transposées en l'espèce.**
- À noter que, dans l'arrêt n° 251.293 et contrairement à la configuration de l'arrêt 249.203, le pouvoir adjudicateur qui a attribué le marché public de services (accord-cadre) dont est demandé la suspension n'a **pas agi en qualité de centrale d'achat.**

→ **La conclusion répétée du Conseil d'État selon laquelle les quantités présumées ou sommes à réserver paraissent, *prima facie*, suffire semble difficilement conciliable avec les arrêts de la Cour.**

→ C'est d'autant plus interpellant qu'en France, le Gouvernement a pris la mesure de l'arrêt de la Cour de justice du 17 juin 2021 en supprimant par décret, à compter du 1^{er} janvier 2022, la possibilité de conclure des accords-cadres sans maximum.

C.E., arrêt n° 248.444 du 5 octobre 2020, s.a. *Yvan Paque* (extrême urgence)

Spécifications techniques (art. 53 Loi 17/06/2016)

- À propos de l'article 53 de la loi du 17 juin 2016, le Conseil d'Etat a, par cet arrêt, eu l'occasion d'enseigner « ***qu'il ne suffit pas qu'un certain degré de concurrence existe, par exemple lorsque plusieurs entreprises pourraient proposer du matériel correspondant à une norme, une provenance ou un procédé déterminé, dès lors que l'imposition de cette norme, cette provenance ou ce procédé aurait pour effet d'écarter certaines entreprises ou certains produits de la concurrence*** ».
- Le Conseil d'Etat a notamment relevé que « ***les mentions « équivalent [...] LEDs » qui figurent dans le cahier spécial des charges paraissent être de pure forme, puisque qu'il n'est pas possible pour les soumissionnaires de proposer des solutions pouvant satisfaire de manière équivalente à des exigences qui ne sont définies qu'en termes de conformité à des standards déterminés (notamment au niveau de dimensions précises à respecter). Il convient de préciser que l'objet du marché ne permettait pas de justifier l'imposition des standards référencés en l'espèce et qu'« il ne ressort pas du dossier administratif que l'objectif d'interchangeabilité et d'interopérabilité (...) ne pourrait être atteint autrement qu'en exigeant le respect de l'ensemble [de ces] standards*** ».

C.E., arrêt n° 250.536 du 7 mai 2021, *s.r.l. Clear channel Belgium* (extrême urgence)

Durée du marché (art. 57 Loi 17/06/2016)

- L'article 57, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit : « *Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché initiaux. **La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché.** La reconduction ne peut pas donner lieu à un changement de la nature globale du marché* ».
- Si cette disposition n'exclut pas qu'il soit dérogé à la durée maximale de quatre ans ainsi fixée, encore faut-il qu'une telle **dérogation soit dûment justifiée** et que le dossier administratif permette de vérifier que le pouvoir adjudicateur a bien considéré en temps utile que des motifs justifiaient une telle dérogation. Cette décision de déroger à la durée maximale de quatre ne peut, par ailleurs, procéder d'une erreur manifeste d'appréciation.
- Considérant qu'en dérogation de l'article 57 § 2 de la loi du 17 juin 2016 susmentionnée, **la durée du nouveau marché de services à conclure sera de 15 ans** ; que cette dérogation est motivée, d'une part, par le fait que des **investissements potentiellement importants** sont à consentir par l'adjudicataire pour la conception, la fabrication et le développement de (nouveau) mobilier urbain, et qu'une plus longue période d'exploitation du mobilier installé permettrait **d'amortir et de rentabiliser ces investissements**, et, d'autre part, par l'objectif de la Ville de disposer d'un parc de mobilier urbain uniforme et durable et qui bénéficie donc d'une stabilité à long terme, tant en ce qui concerne sa composition que son exploitation ;

C.E., arrêt n° 250.536 du 7 mai 2021, *s.r.l. Clear channel Belgium* (extrême urgence)

Durée du marché (art. 57 Loi 17/06/2016)

- Que cette dérogation est motivée également par le fait que le présent marché est non seulement soumis à des fluctuations en raison de sa nature mais aussi **tributaire de l'obtention de diverses autorisations** notamment le permis d'urbanisme dont la durée de validité s'expire au-delà de six années ; Que cela impliquerait que l'adjudicataire assure l'obtention et le suivi des permis d'urbanisme pour les mobiliers développés et posés par ses soins qui ne lui profiteront que pour la durée du marché ;
- **Fondée sur ces motifs, la dérogation ne paraît, *prima facie*, pas procéder d'une erreur manifeste d'appréciation, particulièrement en ayant égard à la combinaison de plusieurs des éléments mis en évidence par cette motivation.**
- Au vu de sa justification et de ce que celle-ci a bien déterminé la partie adverse en temps utile, la fixation d'une durée de quinze ans, par dérogation à celle de quatre applicable en règle générale, n'apparaît pas avoir été décidée en méconnaissance des dispositions et principes visés par le moyen. Celui-ci ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux.

C.E., arrêt n° 251.367 du 12 août 2021, *s.p.r.l. POSTALIA BELGIUM* (extrême urgence)

Décision de ne pas allotir (art. 58 de la loi du 17/06/2016)

- Le choix de **ne pas diviser** un marché **en lots** relève de **l'appréciation discrétionnaire** de l'autorité et il n'appartient pas au Conseil d'État de se substituer à celle-ci, sans préjudice de la censure d'une erreur manifeste qu'elle aurait commise en exerçant ce pouvoir d'appréciation.
- Dans le cahier spécial des charges du marché litigieux, la **partie adverse motive sa décision** de ne pas allotir celui-ci.
- Ce faisant, la partie adverse a satisfait à l'obligation qui lui incombait de mentionner dans les documents du marché les **raisons principales** qui la déterminaient à ne pas diviser ce marché en lots.
- Contrairement à ce que laisse entendre le moyen, la partie adverse ne considère pas que la **division** du marché en lots ne serait pas possible, mais bien qu'elle **ne lui apparaît pas opportune**, pour les différentes raisons qu'elle expose. Pour le reste, **la requérante** critique, au travers des développements du moyen, l'opportunité de cette décision de ne pas allotir, mais elle **n'établit pas** qu'adoptée sur la base de ces raisons, **cette décision procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation.**

C.E., arrêt n° 250.338 du 19 avril 2021, *s.a. F.A.C.T. Security* (extrême urgence)

Erreur manifeste dans la pondération des critères d'attribution (art. 81 Loi 17/06/2016)

- **Si le pouvoir adjudicateur est libre de choisir les critères d'attribution du marché et de déterminer leur pondération, cette liberté n'est pas illimitée.** Les choix opérés doivent lui permettre d'apprécier la qualité ou la valeur des offres et d'identifier celle qui est l'« *offre économiquement la plus avantageuse* » sur la base du prix, du coût ou du meilleur rapport qualité/prix, conformément aux prévisions de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. **Le contrôle exercé par le Conseil d'État sur le choix de ces critères et leur pondération est marginal et limité à l'erreur manifeste d'appréciation.**
- La requérante reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir, pour le critère du prix (60 points), **conféré un poids manifestement disproportionné au poste télé-surveillance** (20 points) alors que la valeur de ce poste porte sur un montant total de 10.000 euros et que le poste gardiennage (40 points) a une valeur totale de 6.000.000 euros.
- Les montants avancés par la requérante ne sont pas contestés par les parties adverse et intervenante et semblent pouvoir se vérifier à la lecture des pièces du dossier, au vu, en particulier, des offres remises par les différents soumissionnaires. **La disproportion entre la pondération conférée à chaque poste** (ventilation 20/40) **et la valeur respective de ces postes** (10.000 euros versus 6.000.000 euros) est *prima facie* manifeste dès lors qu'elle conduit à attribuer un maximum de 20 points pour le prix proposé pour un poste qui représente, d'un point de vue strictement économique, moins de 2 % de la valeur totale du marché, alors que, **comparativement**, un maximum de 40 points « *seulement* » peut être accordé pour le prix remis pour un poste qui représente plus de 98 % de la valeur de ce marché. Les conséquences d'une telle démesure semblent disproportionnées en termes de concurrence.

C.E., arrêt n° 251.143 du 29 juin 2021, s.a. *Walravens* (extrême urgence)

Lien avec l'objet du marché (art. 81 Loi 17/06/2016) – légalité des critères d'attribution

- Il ressort de ces dispositions **qu'est laissée aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution. Cette liberté n'est toutefois pas illimitée.** Ainsi, les critères retenus doivent-ils viser à identifier l'offre « *économiquement la plus avantageuse* », ce qui implique qu'ils **doivent être liés à l'objet du marché.** Ensuite, un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnelle de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis. Enfin, les critères choisis doivent **respecter le principe de non-discrimination**, ce qui implique qu'ils soient **objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres.** La liberté de choix laissée aux pouvoirs adjudicateurs implique, par ailleurs, que, statuant sur un moyen qui met en cause le choix et la définition d'un critère d'attribution, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, mais bien, le cas échéant, censurer l'erreur d'appréciation que celui-ci aurait commise en choisissant et définissant le critère contesté.
- Selon l'article 1er du cahier spécial des charges, **le marché « a pour objet la fourniture de denrées alimentaires de viandes fraîches s'inscrivant dans une démarche d'alimentation saine et durable à destination des institutions et des domaines de la Province du Brabant wallon et ce en respectant les clauses techniques du présent cahier spécial des charges ».** Il est précisé qu'il s'agit d'un « **marché stock** » ou « *marché à bons de commande* », l'adjudicataire ne livrant pas l'ensemble des fournitures en une fois, mais par livraisons fractionnées sur base de bons de commande successifs au gré des besoins du pouvoir adjudicateur pendant toute la durée du marché. Le cahier spécial des charges comporte un « **catalogue des produits** » qui figure également dans le formulaire d'offre annexé à celui-ci.

C.E., arrêt n° 251.143 du 29 juin 2021, *s.a. Walravens* (extrême urgence)

Lien avec l'objet du marché (art. 81 Loi 17/06/2016) – légalité des critères d'attribution

- Un des **sous-critères tend à apprécier l'importance de la ristourne** sur les « *produits du soumissionnaire hors marché* ». La portée des termes « *hors marché* » n'est pas claire dès lors qu'elle dépend de ce qu'est l'objet du marché.
- En tout état de cause, s'agissant de la seconde critique formulée par le moyen, il semble qu'en tendant à **apprécier l'importance d'une ristourne sur des viandes ou des produits alimentaires dont le prix n'est pas connu**, le sous-critère en cause soit dépourvu de pertinence dès lors qu'il **n'apparaît pas en mesure d'assurer la comparabilité des offres**. En effet, ainsi que l'expose à juste titre la requérante, une ristourne de 20 % sur des prix très élevés peut donner lieu à un prix final supérieur à un prix plus bas sur lequel est appliquée une ristourne de 10 %. À cet égard, l'assertion de la partie adverse selon laquelle « *un prix de base élevé implique par définition une qualité de viande supérieure* » est dépourvue de pertinence à propos d'un critère relatif au prix, et ce alors même qu'un critère, le deuxième, tend à apprécier la qualité des produits.

C.E., arrêt n° 249.862 du 22 février 2021, *ASBL COHEZIO* (extrême urgence + annulation)

Sous-critères (art. 81 Loi 17/06/2016)

- Par la deuxième branche du moyen, **la requérante reproche à la partie adverse de n'avoir pas précisé la pondération des « sous-critères (sous éléments) d'attribution »**. À l'appui de ce grief, elle invoque les exigences qui, selon elle, s'imposaient à la partie adverse, conformément aux enseignements qu'elle estime dégager notamment des arrêts prononcés par la Cour de justice de l'Union européenne les 24 novembre 2005 (aff. C-331/04, ATI EAC) et 24 janvier 2008 (aff. C-532/06, Lianakis).
- Le Conseil d'Etat met en avant que, selon la Cour de justice, **il est autorisé de ne pas préciser la pondération des sous-critères si les conditions suivantes sont remplies** : le fait de ne pas avoir précisé la pondération ne
 - « **Modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché** ;
 - **Ajoute pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation** ;
 - **N'ait pas été adopté en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires** ».
- La requête ne précise pas en quoi la partie adverse aurait méconnu l'une de ces trois conditions. Le moyen est donc rejeté.

C.E., arrêt n° 247.291 du 12 mars 2020, *MORITZ* (extrême urgence)

Passation - procédure concurrentielle avec négociation (art. 38)

- **Le pouvoir adjudicateur s'était « réservé la possibilité de ne négocier qu'avec les soumissionnaires classés dans la catégorie « très bon » par le comité d'avis à l'issue des présentations orales. (...) Il incombait donc au comité d'avis, après les présentations orales, d'effectuer un classement entre « bons » et « très bons » sur la base des critères d'attribution annoncés dans le cahier spécial des charges. »**
- **L'article 38, § 7 de la loi du 17 juin 2016** prévoit que la limitation du nombre d'offres à négocier doit être faite « en appliquant les critères d'attribution précisés dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché. Or, en l'espèce, le « classement n'[a] pas [été] effectué en appliquant les deux critères d'attribution prévus par le cahier spécial des charges ».
- En outre, la partie adverse, alors qu'elle avait confié le classement des offres à un comité d'avis, a décidé d'établir son propre classement, « sur la base des critères d'attribution » cette fois-ci. **En se substituant au comité d'avis pour établir un second classement, « la partie adverse n'a donc pas respecté son propre cahier des charges ».**

C.E., arrêt n° 249.324 du 22 décembre 2020, s.r.l. NORDGLASS SPOLKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOSCIA (extrême urgence)

Déroulement de la procédure - Avis sur l'existence d'un système de qualification (art. 140)

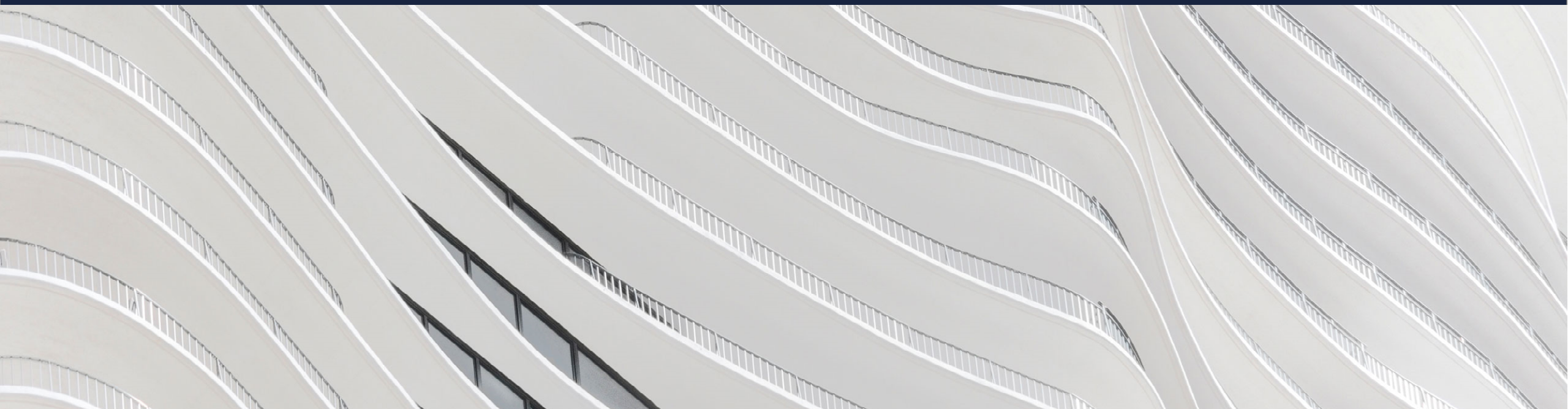
- A propos des **systèmes de qualification**, il convient de relever plusieurs enseignements du Conseil d'Etat dans cet arrêt. Tout d'abord, le fait que l'« *utilisation d'un avis sur l'existence d'un système de qualification comme moyen d'appel à la concurrence a pour effets, d'une part, **que les participants aux marchés spécifiques couverts par le système de qualification seront sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système et, d'autre part, que, pour ces marchés spécifiques, l'entité adjudicatrice sera dispensée de publier un avis de marché*** ». Ensuite, le fait que l'« *avis sur l'existence d'un système de qualification doit, lorsque l'entité adjudicatrice exerce la faculté qui lui est accordée à ce sujet, **contenir la mention du fait que cet avis sert de moyen d'appel à la concurrence*** ».
- Pour conclure son enseignement, le Conseil d'Etat a avancé qu'il « *se déduit de l'ensemble de ces dispositions que la publication d'un avis sur l'existence d'un système de qualification ne peut pourvoir à la fonction de mode d'appel à la concurrence (au sens de l'article 117, § 2, de la loi) requis préalablement à la passation d'un marché que si cet avis contient les mentions permettant d'établir que l'entité adjudicatrice était déterminée à lui assigner cette fonction et laissant ainsi entendre aux opérateurs économiques intéressés que la passation des marchés spécifiques couverts par le système de qualification pourrait être entreprise, sans qu'il s'impose que chacun d'eux fasse, à son tour, l'objet d'un appel à la concurrence par la publication d'un avis de marché* ».

C.E., arrêt n° 249.324 du 22 décembre 2020, *s.r.l. NORDGLASS SPOLKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOSCIA* (extrême urgence)

Déroulement de la procédure - Avis sur l'existence d'un système de qualification (art. 140)

- ***In casu***, l'entité adjudicatrice avait expressément coché la case « *non* » en ce qui concerne la mention « *[l]e présent avis constitue une mise en concurrence* ». Le Conseil d'Etat en a donc déduit que le marché dont question avait « *été passé dans le cadre d'une procédure lancée en méconnaissance de l'exigence de publication préalable d'un appel à la concurrence imposée par l'article 117, § 1er, alinéa 1er*, et ce en dépit du fait que, selon ce que considère la partie adverse, il serait couvert par le système de qualification ayant fait l'objet des avis précités des 13 et 15 mars 2019 ».

III. La sélection



C.E., arrêt n° 250.590 du 12 mai 2021, *s.r.l. F.A.C.T. Security* (extrême urgence)

Demande de clarifications + diligence et minutie dans le chef du soumissionnaire (art. 66, § 3 Loi 17/06/2016)

- **Selon la requérante, la partie adverse** – qui l'avait pourtant interrogée afin d'obtenir certaines clarifications quant à deux références fournies dans son offre (références SPF Finances et Square Brussels Meeting Center) – **aurait dû, avant de conclure à sa non-sélection, l'interroger une nouvelle fois pour lui demander de lui communiquer une autre référence conforme aux exigences du C.S.C.** En d'autres termes, après avoir été informée que la requérante disposait « *au jour du dépôt de son offre, d'une multitude de références répondant aux seuils minimaux imposés dans le cahier spécial des charges* », la partie adverse aurait dû une nouvelle fois l'interroger afin de solliciter de sa part la production de ces références.
- L'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 dispose que « *lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par le candidat ou soumissionnaire sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, le pouvoir adjudicateur **peut demander** au candidat ou soumissionnaire concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage de la procédure ouverte ou restreinte, que cela ne donne pas lieu à une modification des éléments essentiels de l'offre* ».

C.E., arrêt n° 250.590 du 12 mai 2021, *s.r.l. F.A.C.T. Security* (extrême urgence)

Demande de clarifications + diligence et minutie dans le chef du soumissionnaire (art. 66, § 3 Loi 17/06/2016)

- **Il incombe aux soumissionnaires de faire preuve de diligence et de minutie dans la préparation de leur offre**, de sorte que s'ils ne constituent pas scrupuleusement leur dossier, ils s'exposent au risque que leur offre ne soit pas sélectionnée. Le pouvoir adjudicateur qui fait le choix d'interroger un soumissionnaire sur pied de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016, n'est pas tenu de poursuivre le processus d'interrogation jusqu'à obtenir une offre conforme au cahier spécial des charges.
- Par ailleurs, 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.**

C.E., arrêt n° 251.335 du 2 août 2021, *s.r.l. ITURI – SOURCE EUROPE et s.a. ETABLISSEMENTS VAN MOER* (extrême urgence)

Objectifs des critères de sélection (art. 71 Loi 17/06/2016)

- Il s'ensuit que, comme le souligne la partie adverse dans sa note complémentaire d'observations, cette définition est large et vise, outre le textile, tout équipement spécifique destiné à des services de sécurité, tels que, notamment, « *des casques, Load bearing Vest et protections balistiques* ». **Une telle conception extensive paraît admissible eu égard à l'objectif du critère de sélection en cause, qui a trait à la capacité financière et économique, et non à la capacité technique et professionnelle.** Il s'agit, pour le pouvoir adjudicateur, de **s'assurer qu'il entre dans une relation commerciale avec un opérateur économique disposant d'une bonne santé financière et non de vérifier ses capacités techniques dans le domaine du marché.**

C.E., arrêt n° 248.728 du 23 octobre 2020, s.a. *Derriks* (annulation)

Déroulement de la procédure – critères de sélection (art. 71 Loi 17/06/2016) - Niveau d'exigence approprié

- A propos de l'obligation, pour les **critères de sélection** et de leur niveau d'exigence, d'être « **liés et proportionnés à l'objet du marché** », le Conseil d'Etat a explicité deux effets qui y étaient notamment attachés, à savoir :

« – d'une part, **les choix posés par le pouvoir adjudicateur dans la définition des critères de sélection doivent pouvoir être justifiés au regard des caractéristiques du marché** concerné et des contraintes auxquelles l'exécution de celui-ci exposera l'attributaire, ces critères devant précisément permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de ce que l'opérateur choisi sera capable d'exécuter ce marché ;

– d'autre part, lorsque le caractère proportionné d'un niveau d'exigence fixé à propos d'un critère de sélection est contesté dans le cadre d'un recours juridictionnel, l'instance compétente pour statuer sur celui-ci et chargée, à ce titre, de **vérifier la légalité du critère litigieux au regard de l'article 58, § 1er, précité, doit se prononcer sur le grief ainsi formulé au vu des éléments invoqués par le pouvoir adjudicateur comme l'ayant déterminé à fixer le niveau d'exigence critique** ».

C.E., arrêt n° 248.728 du 23 octobre 2020, s.a. *Derriks* (annulation)

Déroulement de la procédure – critères de sélection (art. 71 Loi 17/06/2021) - Niveau d'exigence approprié

- Le Conseil d'Etat a encore précisé que « *lorsque, au vu des caractéristiques du marché, la présomption de capacité déduite de l'agrément ne suffit pas à établir la capacité requise pour le marché en cause, **il ne peut être reproché à un pouvoir adjudicateur d'imposer la réalisation d'un chiffre d'affaires annuel global, qui soit supérieur à celui requis en vue de l'obtention de l'agrément dans une classe déterminée*** », à condition, bien sûr, que cela soit lié et proportionné à l'objet du marché en question. En outre, si cela est justifié, l'écart entre, d'une part, le niveau de chiffre d'affaires exigé et, d'autre part, tant « *le montant estimé du marché* » que « *le niveau de chiffre d'affaires (...) requis pour l'obtention* » de l'agrément pourrait être important.
- En guise de justification, le pouvoir adjudicateur a expliqué qu'il fallait considérer le chiffre d'affaires potentiel que le marché public de travaux en question pourrait rapporter à l'adjudicataire ainsi que la durée des travaux (40 jours ouvrables, en l'espèce). Sur cette base, il a ajouté qu'il fallait calculer ce que cela représenterait comme chiffre d'affaires sur une année, pour ensuite conclure que le chiffre d'affaires ainsi obtenu permettait de déterminer le niveau d'exigence approprié pour le critère de sélection.
- Le Conseil d'Etat a estimé que « *la partie adverse prend appui sur un élément étranger à l'objet du marché et aux caractéristiques de celui-ci* ». Il a également souligné que par « ***l'extrapolation qui résulte de ce calcul, celui-ci ne permet, en toute hypothèse, pas de vérifier le caractère approprié du niveau de chiffre d'affaires exigé, au regard du marché litigieux*** ». Il en a conclu que, dans « *ces circonstances, et dès lors que la partie adverse s'abstient de faire état de tout autre élément qui l'aurait déterminée à fixer le chiffre d'affaires critiqué, le Conseil d'État ne peut tenir celui-ci pour justifié et doit considérer, au vu de l'écart considérable précédemment mis en évidence, que le niveau d'exigence est disproportionné, ainsi que le moyen en formule le grief* ».

C.E., arrêt n° 249.563 du 22 janvier 2021, *s.r.l. Liège Dépannage et services* (extrême urgence)

Critère de sélection imprécis et non assorti d'un seuil (art. 71 Loi 17/06/2016 et art. 65 AR 18/04/2017)

- S'agissant de l'équipement technique, la prescription du cahier spécial des charges impose, tant pour le lot n° 1 que pour le lot n° 2, que le soumissionnaire dispose de véhicules « *adaptés à la réalisation du marché* ». Cette condition de sélection est formulée dans des termes qui ne paraissent pas pouvoir être considérés comme satisfaisant à l'exigence de l'article 65, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, selon lequel **chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires**.
- Par ailleurs, le cahier des charges énonce que la capacité technique des soumissionnaires sera également appréciée sur la base d'un relevé, joint à l'offre, reprenant le personnel que le soumissionnaire mettra en œuvre pour réaliser convenablement le marché et assumer à tout le moins les deux fonctions suivantes : « *accueillir le public et répondre aux appels téléphoniques, en assurant une permanence administrative continue dans l'entrepôt de 6h à minuit, tous les jours de l'année* »; « *satisfaire aux demandes de la Police locale, 24 heures sur 24, tous les jours de l'année* ». La prescription est identique pour les deux lots.
- Il n'est pas contesté par les parties adverse et intervenante qu'il s'agit d'un critère de sélection. Celui-ci n'est toutefois assorti d'aucun niveau minimal d'exigence, ainsi qu'il ressort d'ailleurs du tableau figurant à la page 5 du rapport d'analyse des offres, lequel indique qu'un tel niveau est « *non-applicable* ». **Si la partie adverse affirme qu'en raison de sa nature, le critère de sélection concerné ne doit pas être assorti d'un seuil, elle est en défaut d'expliquer en quoi la détermination du nombre voire des qualifications des membres du personnel qui seraient chargés de l'exécution du marché ne se prêterait pas à la fixation d'un niveau d'exigence approprié.**

C.E., arrêt n° 248.196 du 2 septembre 2020, s.a. *Dépannage R. La France et consorts* (extrême urgence)

Déroulement de la procédure – critères de sélection (art. 71 Loi 17/06/2016) - Formulation suffisamment précise

- Les critères de sélection du marché litigieux visaient « *sans autre précision, une « capacité suffisante » des terrains de stockage des véhicules dépannés ou une « bonne gestion informatique »* ». En ce « *qu'elles **ne contiennent pas la moindre indication sur la manière dont la partie adverse entend évaluer la capacité des opérateurs économiques et, partant sélectionner ceux-ci, au regard des aspects auxquels se rapportent ces conditions*** », ces critères de sélection n'ont pas satisfait « *aux exigences fixées par l'article 65, alinéa 4* » de l'arrêté du 18 avril 2017.

C.E., arrêt n° 248.491 du 7 octobre 2020, *s.a. Metalogalva Belux* (extrême urgence)

Déroulement de la procédure – Recours à la capacité des tiers (art. 78)

- L'adjudicataire avait passé l'étape de la sélection avec succès. D'après la décision d'attribution, il remplissait, en effet, tous les critères de sélection qualitative demandés. **La partie requérante, ayant de sérieux doutes quant à cette affirmation, avait demandé des précisions auprès du pouvoir adjudicateur qui l'avait, après rappel, informée que l'adjudicataire faisait appel à la capacité de tiers pour remplir les critères de sélection.**
- Le Conseil d'Etat a constaté que **rien dans la décision d'attribution ni dans le dossier administratif ne mentionnait le recours de l'adjudicataire à la capacité de tiers.** Il en a conclu à une **violation de l'obligation de motivation de la décision d'attribution** et a estimé qu'il n'était « *pas possible de contrôler si les conditions de validité du recours à la capacité de tiers, telles que fixées par l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ont été rencontrées en l'espèce* ».

C.E., arrêt n° 248.416 du 1er octobre 2020, s.a. *Delta Maintenance* (extrême urgence)

Déroulement de la procédure – critères de sélection (art. 71 Loi 17/06/2016) – références

- Dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a dû se prononcer sur la **question** de savoir si, dans le cadre d'un marché de services, le pouvoir adjudicateur avait, **à bon droit, sélectionné l'adjudicataire du marché sur base de références ayant trait à des marchés de travaux.**
- Après avoir constaté que, quand bien même les références invoquées pouvaient démontrer « *des compétences techniques proches* », il n'en demeurerait pas moins que ce genre de services, objet du marché public litigieux, répondaient « *à des besoins et des contraintes spécifiques* » qui ne se rencontraient pas nécessairement à l'occasion de travaux.
- Le Conseil d'Etat a, dès lors, estimé qu'il « ***suit de l'interprétation qu'appelle ainsi, prima facie, l'article I.5 du cahier des charges du marché litigieux, que ne peuvent être considérées comme services dignes d'être invoqués pour les besoins de la sélection qualitative des prestations présentées comme relevant de travaux d'installation de chauffage et, a fortiori, de sanitaires. La partie adverse n'a pu, sans méconnaître cette disposition et, partant, l'article 66, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016, sélectionner la société JPAL en prenant en considération des références présentées comme portant sur des travaux et admises, sans plus, comme similaires à l'objet du marché. En outre, l'acte attaqué ne satisfait pas à l'obligation de motivation formelle incombant à la partie adverse, dès lors que celle-ci n'y explicite pas les raisons pour lesquelles elle a estimé pouvoir admettre les références contestées, en dépit de l'exigence prescrite et telle qu'elle doit être interprétée.*** »

C.E., arrêt n° 249.520 du 19 janvier 2021, *s.r.l. ABC Experts* (extrême urgence et annulation)

Agrément (art. 66 AR 18/04/2017)

- L'article 66 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme il suit : « *En ce qui concerne l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, le pouvoir adjudicateur peut **imposer aux opérateurs économiques d'être inscrits sur un registre professionnel ou sur un registre du commerce** de leur État membre d'établissement, visé à l'annexe 10, ou de se conformer à toute autre exigence énoncée dans ladite annexe. En cas de procédures de passation de marché de services, lorsque les opérateurs économiques ont besoin d'une autorisation spécifique ou doivent être membres d'une organisation spécifique pour pouvoir fournir dans leur pays d'origine le service concerné, le pouvoir adjudicateur peut leur demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation ou qu'ils appartiennent à cette organisation* ».
- L'annexe 10 comprend les indications suivantes : « *Les registres professionnels et du commerce ainsi que les déclarations et certificats correspondant pour chaque état sont : - pour la Belgique : le “Registre du commerce”/ “Handelsregister” et, pour les marchés de services, “Ordres professionnels”/ “Beroepsorden”,* »
- Contrairement à ce qu'affirme la requérante, la référence que l'article 66, alinéa 2, fait au « *pays d'origine* » ne semble pas vouloir exclure les opérateurs économiques qui sont établis en Belgique. Elle paraît seulement vouloir signifier que le pouvoir adjudicateur peut, pour les procédures de passation des marchés de services, toujours demander à un opérateur économique la preuve qu'il possède les autorisations requises pour exercer les activités faisant l'objet du marché concerné, quel que soit l'endroit où il est établi.

C.E., arrêt n° 250.159 du 18 mars 2021, s.a. *ISS Facility Services* (extrême urgence)

Sélection: attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire (art. 73, § 3, al. 2 et 147, § 6 Loi 17/06/2016 et 57 AR 18/06/2017)

- En l'espèce, l'avis de marché publié au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications renvoie, pour les critères de sélection qualitative, au guide de sélection établi par la partie adverse. Les critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière, énoncés à l'article 4.2 de ce guide, imposent notamment aux candidats qu'ils atteignent un chiffre d'affaires minimal dans le domaine du nettoyage « *sur les 3 derniers exercices comptables* » d'un montant de 20 millions d'euros pour le lot 1, 15 millions d'euros pour le lot 2 et 12 millions d'euros pour le lot 3, avec comme exigence supplémentaire que « ***[l]e candidat qui souhaite participer à plusieurs lots devra cumuler les montants de chaque lot auquel il souhaite participer*** ». La même disposition réglementaire précise que « *les informations concernant le chiffre d'affaires [...] doivent être prévues dans la partie [...] IV.B du Document Unique de Marché Européen* », ce qui implique nécessairement que les « ***3 derniers exercices comptables*** » soient clôturés avant le dépôt des demandes de participation.

C.E., arrêt n° 250.159 du 18 mars 2021, s.a. *ISS Facility Services* (extrême urgence)

Sélection: attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire (art. 73, § 3, al. 2 et 147, § 6 Loi 17/06/2016 et 57 AR 18/06/2017)

- Sur le vu de cette disposition, les opérateurs économiques intéressés devaient d'emblée pouvoir juger s'ils disposaient des capacités requises pour voir leur demande de participation prise en compte pour chacun des lots pris séparément, mais aussi pour plusieurs lots cumulativement. Il convient de noter, à cet égard, que les **termes** de l'article 4.2. du guide de sélection sont **particulièrement ambigus** et ont pu être source de confusion dans le chef d'opérateurs économiques potentiels.
- Quel que soit l'interprétation qu'il convient de donner à cette disposition, il apparaît *prima facie*, pour les raisons qui ont déjà été longuement exposées, que **la partie adverse ne pouvait pas attribuer les lots 1 et 3 à la partie intervenante, en se fondant sur les données d'un exercice comptable postérieur à la date du dépôt de sa demande de participation, alors qu'il n'est pas contesté que les éléments justificatifs qui se rapportent à la période de référence fixée dans les documents du marché ne lui permettaient pas de justifier du montant du chiffre d'affaires minimal cumulé pour se voir attribuer ces deux lots.** Ce décidant, la partie adverse a, comme l'invoque le moyen unique de la requête, *prima facie* méconnu le principe d'égalité entre les opérateurs économiques, l'article 4.2 du guide de sélection, le principe *Patere legem ipse fecisti* ainsi que la règle énoncée à l'article 147, § 6, de la loi du 17 juin 2016 selon laquelle « *le marché n'est pas attribué à un soumissionnaire [...] qui ne remplit pas les critères de sélection établis par l'entité adjudicatrice [...]* ».

IV. L'analyse des offres (y inclus la régularité) et l'attribution du marché



C.E., arrêt n° 250.457 du 28 avril 2021, *s.a. Sportinfrabouw* (annulation)

Offres irrégulières et attribution sur base d'une variante obligatoire (art. 9, § 1er, 1° AR 15/07/2011)

- La partie adverse a **déclaré irrégulières les offres de base des deux soumissionnaires sélectionnés**, au motif que les revêtements que ceux-ci avaient proposés n'étaient pas certifiés « *FIFA Qualité Pro* » et a attribué le marché litigieux au terme de la comparaison des deux variantes obligatoires.
- Il se déduit de cette disposition et de l'interprétation qu'elle appelle à la lecture du Rapport au Roi que **l'obligation de présenter une offre à la fois pour le projet de base et pour chaque variante et la sanction qui doit s'attacher à la méconnaissance de cette obligation seraient dépourvues de portée utile s'il suffisait de déposer une offre de base affectée d'une irrégularité substantielle pour y échapper.**
- Ayant écarté les offres de base des deux soumissionnaires concernés au motif qu'elles étaient irrégulières, la partie adverse ne pouvait, sans méconnaître l'article 9, § 1er, 1°, précité, considérer, implicitement mais certainement, qu'elles avaient été régulièrement déposées et qu'il était ainsi satisfait à l'obligation de faire offre pour le projet de base et la variante obligatoire, afin de prendre en considération les variantes obligatoires de ces soumissionnaires et d'attribuer le marché au terme et sur la base de leur comparaison.

C.E., arrêt n° 249.494 du 14 janvier 2021, *s.a. Klinkenberg* (extrême urgence)

Correction de l'offre – erreur matérielle (art. 34 § 2 AR 18/04/2017 et 66 § 3 al. 1er Loi 17/06/2016)

- En l'espèce, **l'erreur portait sur la répartition des tâches entre le soumissionnaire et son sous-traitant**. Cette répartition était – et est toujours – fondée sur un rapport 20% - 80%, mais il s'est avéré qu'en complétant son offre, la société Close Comfort a inversé ce rapport en indiquant que le sous-traitant exécuterait 80 % du marché. *Prima facie*, eu égard aux circonstances de l'espèce, il semble que la partie adverse a pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, **que la mention figurant dans le formulaire d'offre constituait une erreur matérielle, qui pouvait donc être corrigée**. La circonstance que cette erreur est apparue à l'occasion d'une demande d'explication adressée au soumissionnaire s'avère indifférente à cet égard.

C.E., arrêt n° 248.729 du 23 octobre 2020, *s.p.r.l. Baudoin Louis* (extrême urgence)

Déroulement de la procédure – Vérification des prix ou des coûts (art. 84 Loi 17/06/2016)

- Après avoir indiqué qu'il était vain, pour la partie adverse, de contester l'application de la loi du 29 juillet 1991 en raison du fait que la violation de la loi du 17 juin 2013 était également invoquée, **le Conseil d'Etat a rappelé sa jurisprudence constante, selon laquelle :**

« ***L'obligation de motivation formelle, à laquelle la partie adverse est tenue en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision.*** Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. ***La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce.*** L'étendue nécessaire de la motivation dépend des circonstances dans lesquelles la décision est prise. ***La décision par laquelle l'adjudicateur déclare une offre irrégulière parce qu'elle comporte des prix anormalement hauts ou bas doit faire l'objet d'une motivation précise, laquelle doit permettre, d'une part, de vérifier que le pouvoir adjudicateur a analysé avec soin les justifications invoquées et, d'autre part, de comprendre les raisons pour lesquelles il n'a pas admis ces justifications*** ».

C.E., arrêt n° 248.853 du 9 novembre 2020, *s.a. Willemen Infra et s.a. Colas Belgium* (extrême urgence)

Déroulement de la procédure – Vérification des prix ou des coûts (art. 84 Loi 17/06/2016)

- A propos de la justification des **prix anormalement hauts**, le Conseil d'Etat a eu l'occasion de souligner que « *lorsqu'est vérifié un prix anormalement haut, la question de l'égalité entre les soumissionnaires et celle de la libre concurrence ne se posent pas avec la même acuité. Dans cette hypothèse, il semble qu'une **attitude plus flexible du pouvoir adjudicateur dans l'acceptation des justifications de prix** puisse être autorisée et, dans la foulée, **une motivation plus succincte** des raisons qui l'ont déterminé à décider que certains prix qui apparaissent anormalement hauts sont finalement tenus pour normaux.* »

C.E., arrêt n° 250.984 du 18 juin 2021, s.a. *Entreprises Jacques Pirlot* (annulation + indemnité réparatrice)

Vérification des prix + prix anormaux (art. 99, § 2 AR 15/07/2011)

- En sa deuxième branche, le moyen fait grief à la partie adverse d'avoir manqué à **l'obligation de vérification du montant global de l'offre** de la société Travexploit qui s'imposait à elle en vertu de l'article 99, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, **alors que le montant de l'offre déposée par ce soumissionnaire s'écartait de plus de 15 pourcent de la moyenne calculée conformément à cette disposition.**
- À la lecture du mémoire en réponse, il doit se comprendre que la partie adverse, qui n'indique pas avoir invité le soumissionnaire concerné à justifier le montant global de son offre, a estimé que ce **montant ne présentait pas de caractère anormal**. Il lui incombait, en conséquence, de **motiver spécialement cette appréciation**, conformément à ce que prescrit l'article 99, § 2, alinéa 3, 1°, précité, ce qu'elle estime avoir fait. En ce sens, elle fait valoir ce qui suit : « ***Le rapport d'analyse des offres relève le caractère anormalement bas du prix global de l'offre de TRAVEXPLOIT, il contient également les justifications fournies par l'entrepreneur sur les prix de certains postes unitaires et il reproduit l'avis du Directeur financier qui a estimé qu'il convenait de réaliser un suivi de chantier sérieux afin d'éviter des surcoûts importants de travaux*** »

C.E., arrêt n° 250.984 du 18 juin 2021, *s.a. Entreprises Jacques Pirlot* (annulation + indemnité réparatrice)

Vérification des prix + prix anormaux (art. 99, §2 AR 15/07/2011)

- Les trois éléments ainsi mis en évidence dans le mémoire en réponse appellent les observations suivantes :
 - La **mention** du caractère « **anormalement bas** » du prix global concerné ne contribue en rien à la motivation prescrite par l'article 99, § 2, alinéa 3, 1°, précité.
 - En tant que telles, **les indications relatives aux justifications de certains prix unitaires ne permettent pas de justifier le montant global de l'offre** et rien, à la lecture des pièces de la procédure, ne permet d'admettre qu'il en irait ainsi.
 - **L'avertissement du directeur financier** de la partie adverse relatif à l'exigence de suivi sérieux du chantier **ne sert en rien la justification du caractère normal retenu par la partie adverse**, la teneur de cet avertissement étant plutôt de nature à confirmer la présomption d'anormalité qu'imposait l'écart entre le montant de l'offre concernée et la moyenne tenant lieu de référence.
- **Au vu de ces éléments, il doit être conclu que la partie adverse n'a pu considérer que le prix global de l'offre de la société Travexploit ne présentait pas de caractère anormal, sans méconnaître l'article 99 précité (erreur manifeste d'appréciation).**

C.E., arrêt n° 249.494 du 14 janvier 2021, *s.a. Klinkenberg* (extrême urgence)

Vérification des prix + prix anormaux (art. 33 et 35 AR 18/04/2017)

- Si le **pouvoir adjudicateur** dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant à l'estimation du caractère apparemment anormal d'un prix, il **ne peut s'abstenir de procéder à une vérification concrète des prix**, pareille vérification devant lui permettre de s'assurer de ce que le prix proposé peut garantir une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires. **Il n'est tenu d'inviter le soumissionnaire en cause à fournir par écrit les justifications nécessaires que lorsqu'à l'issue de la vérification, un prix lui paraît anormal.**
- Il se déduit du rapport d'analyse des offres que la partie adverse a procédé à une vérification des prix et qu'elle a considéré qu'il n'était ni utile ni requis de procéder à un examen plus approfondi sur la base de l'article 36 de l'arrêté royal du 17 avril 2017, excepté pour un soumissionnaire. Elle n'a toutefois pas été plus loin dans l'analyse dès lors que ce soumissionnaire n'était de toute façon pas sélectionné.
- Il convient de relever que le rapport d'analyse des offres contient des **tableaux comparatifs des prix globaux et que des tableaux des prix unitaires**, assortis de diverses observations, figurent dans le dossier confidentiel. Ainsi que l'expose la partie adverse dans sa note d'observations, ces documents indiquent par ailleurs que l'auteur de projet a interrogé le soumissionnaire susvisé sur les prix anormaux identifiés à la suite de l'analyse de chaque prix unitaire.
- Il résulte de ce qui précède que des indices suffisants permettent de considérer, *prima facie*, qu'une vérification des prix a eu lieu.

C.E., arrêt n° 249.223 du 15 décembre 2020, s.a. Travexploit (annulation)

Déroulement de la procédure – Forme et contenu des offres (art. 78 AR 18/04/2017)

- En l'espèce, l'article 11 du cahier des charges prévoyait que : « ***Sous peine de nullité absolue de son offre, le soumissionnaire indique dans son offre la part du marché qu'il a l'intention de sous-traiter ainsi que les sous-traitants proposés, si connus.*** »
- L'offre de la partie requérante avait été déclarée nulle au motif que celle-ci ne contenait pas l'indication demandée. Il convient de préciser que la partie requérante n'avait pas l'intention de recourir à des sous-traitants.
- Le Conseil d'Etat a, dès lors, décidé qu'en « *invitant le soumissionnaire à indiquer la part du marché qu'il avait l'intention de sous-traiter, la prescription de l'article 11 du cahier spécial des charges ne peut – au vu des termes en lesquels elle est ainsi libellée et de la phrase que ceux-ci forment – être interprétée qu'en ce sens que cette obligation de mention ne s'imposait, comme soutenu en termes de requête, que si le soumissionnaire avait bien l'intention de sous-traiter une part du marché. Rien n'indique, en revanche, que le soumissionnaire qui n'était pas animé d'une telle intention devait l'exprimer formellement, ni a fortiori de quelle manière, sous peine de voir son offre considérée comme affectée de nullité absolue.* » Le Conseil d'Etat en a conclu que le pouvoir adjudicateur avait méconnu l'article 11 du cahier spécial des charges susmentionné.

C.E., arrêt n° 249.466 du 12 janvier 2021, *s.a. Metalogalva Belux* (extrême urgence)

Renonciation à l'attribution du marché (art. 85 Loi 17/06/2016)

- Il ressort de l'article 85 de la loi du 17 juin 2016 que le législateur a explicitement prévu la possibilité de mettre fin à une procédure d'adjudication non seulement avant l'attribution du marché mais également entre celle-ci et la conclusion du contrat. Le législateur n'a pas conditionné la mise en œuvre de cette faculté au respect d'une quelconque exigence quant à la légalité ou à la régularité des phases antérieures de la procédure et n'a **pas opéré de distinction à cet égard entre la décision de ne pas attribuer ou celle de ne pas conclure le marché.**
- La possibilité offerte par la loi au pouvoir adjudicateur d'abandonner une procédure ne l'exempte pas de son obligation de motiver sa décision. **Si la décision de renoncer à une procédure d'attribution d'un marché relève de son pouvoir discrétionnaire, il n'en reste pas moins que cette décision doit être fondée sur des motifs exacts, pertinents et admissibles, repris dans une motivation formelle.**
- Il peut donc être conclu, *prima facie*, que la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, considérer que le critère de **sélection concerné est « peu clair », « difficilement praticable »** et, partant, inopérant. Ce constat suffit, au stade de la procédure en référé d'extrême urgence, à considérer que le motif semble établi.

C.E., arrêt n° 250.271 du 30 mars 2021, *Groupement Louvain-La-Neuve DB nouvelle piscine* (extrême urgence)

Méthodologie d'évaluation des offres

- Les requérantes critiquent la cotation des sous-critères 1.6, 2.1, 2.2., 2.3, 4.1 et 4.2.
- **Un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de porter à la connaissance des soumissionnaires, préalablement au dépôt des offres, la méthodologie qu'il appliquera afin d'évaluer les offres au regard des critères d'attribution.** Il dispose donc d'une certaine liberté dans l'accomplissement de son évaluation et peut donc, sans modifier les critères d'attribution établis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, structurer son propre travail d'examen et d'analyse des offres présentées.
- Les requérantes critiquent également la manière dont la partie adverse a procédé à l'évaluation des offres en ce qui concerne les critères qualitatifs. Elles ont reconstitué une échelle ordinale de cotation et estiment que cette échelle serait illégale car elle ne discriminerait pas de façon suffisamment fine et proportionnée les offres en fonction des différences qualitatives, ce qui fausserait la comparaison des offres. **Elles estiment que, en raison de son caractère atypique et imprévisible par rapport à une distribution équilibrée des notes, cette méthode de notation aurait dû être expressément annoncée dans le cahier spécial des charges afin de permettre aux soumissionnaires d'en tenir compte pour l'élaboration de leur offre.**

C.E., arrêt n° 250.536 du 7 mai 2021, *s.r.l. Clear channel Belgium* (extrême urgence)

Méthode d'évaluation des offres

- En ce qui concerne le défaut d'annonce de la méthode d'évaluation des offres préalable à l'échéance de dépôt de celles-ci, il doit, avant tout, être rappelé qu'un **pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de porter à la connaissance des soumissionnaires, préalablement au dépôt des offres, la méthodologie qu'il appliquera afin d'évaluer les offres au regard des critères d'attribution**. Il dispose donc d'une certaine liberté dans l'accomplissement de son évaluation et peut donc, sans modifier les critères d'attribution établis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, structurer son propre travail d'examen et d'analyse des offres présentées.
- Enfin, et plus généralement, la requérante n'expose pas en quoi ce qu'elle présente comme l'absence d'exposé préalable de la méthode d'évaluation l'a préjudiciée, ni dans quelle mesure elle aurait préparé son offre différemment si la partie adverse avait mentionné dans les documents du marché la méthode d'évaluation des offres au regard des critères d'attribution 4 à 6. Ce faisant, elle n'établit pas le grief qu'a pu lui causer l'illégalité dénoncée par le moyen en cette branche.

C.E., arrêt n° 250.271 du 30 mars 2021, *Groupement Louvain-La-Neuve DB nouvelle piscine* (extrême urgence)

Méthodologie d'évaluation des offres

- Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour choisir la méthode d'évaluation des offres à l'aune des critères d'attribution retenus et si la mise en application concrète de cette méthode peut, pour partie, impliquer un jugement de valeur de la part du pouvoir adjudicateur, **il est cependant requis que cette méthode ne revête pas un caractère arbitraire ou incohérent, qu'elle n'ait pas pour effet de dénaturer les critères annoncés dans les documents du marché et qu'elle soit appliquée à l'ensemble des offres, sans quoi elle ne respecterait pas le principe fondamental de l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires.**
- La lecture du rapport d'analyse des offres permet aux soumissionnaires d'identifier les motifs qui ont justifié l'attribution des notes par la partie adverse. Il en ressort que cette dernière a évalué les sous-critères en fonction des éléments d'appréciation mentionnés au cahier spécial des charges, et seulement de ceux-ci, sans se fonder uniquement sur les affirmations unilatérales des soumissionnaires. Il apparaît également qu'elle a souligné les points favorables et moins favorables, qu'elle a apprécié les offres au regard des critères d'attribution et en comparant leurs mérites respectifs et qu'elle a émis des appréciations intermédiaires sur cette base pour les globaliser dans une appréciation finale. Son analyse, qui ne paraît pas incohérente, ressort par ailleurs de la motivation circonstanciée contenue dans le rapport d'analyse des offres.
- **En l'espèce, les requérantes ne démontrent pas concrètement en quoi l'évaluation les a préjudiciées ni dans quelle mesure elles auraient préparé leur offre différemment si la partie adverse avait mentionné dans le cahier spécial des charges la méthode d'évaluation des offres en ce qui concerne les sous-critères qualitatifs. Elles n'exposent pas non plus en quoi la comparaison des offres aurait été faussée par la méthode d'évaluation choisie par la partie adverse.**

C.E., arrêt n° 250.338 du 19 avril 2021, s.a. *F.A.C.T Security* (extrême urgence)

Négociation avec un seul soumissionnaire

- **Les principes d'égalité et de transparence** imposent au pouvoir adjudicateur, lorsque celui-ci procède à des négociations, de mener celles-ci dans le strict respect de l'égalité « *procédurale* » entre les soumissionnaires, ce qui implique, entre autres choses, que chacun de ceux-ci reçoive les mêmes informations utiles à l'élaboration et à l'amélioration de son offre et doive avoir les mêmes possibilités d'améliorer son offre. **Le *timing* forcément très serré qu'implique le recours à une procédure négociée sans publication préalable justifiée par l'« urgence impérieuse » ne dispense pas le pouvoir adjudicateur du respect de ces principes.**
- En l'espèce, il ressort de la décision motivée d'attribution et des courriels échangés avec la partie intervenante que **la partie adverse a décidé de poursuivre des « *négociations* » avec ce seul soumissionnaire.** Comme le reconnaît la partie adverse dans sa note d'observations, elle lui a, dans ce cadre, demandé si elle pouvait, d'une part, « *revoir ses tarifs à la baisse* » pour le poste gardiennage et, d'autre part, « *améliorer la prise en compte du caractère à haut risque de la prestation et du niveau élevé de sécurité requis* ». Comme le relève la requérante à l'audience, il s'agit **de deux éléments déterminants de l'évaluation des offres.** À la suite de cette invitation à améliorer son offre, la partie intervenante a déposé une « *best and final offer* » (BAFO) que la partie adverse a ensuite comparée avec les offres initiales des autres soumissionnaires – en ce compris celle de la requérante – sans que ceux-ci aient eu la même possibilité d'améliorer leurs offres.

C.E., arrêt n° 250.338 du 19 avril 2021, s.a. *F.A.C.T Security* (extrême urgence)

Négociation avec un seul soumissionnaire

- La décision de poursuivre les négociations avec la seule partie intervenante, à l'exclusion de tous les autres soumissionnaires, est expliquée dans la décision d'attribution par la mention qu'« ***après une première analyse [...] la société Securitas [...] se dégage [...] comme étant l'adjudicataire pressenti pour les 9 lots*** ». **Le dossier administratif ne contient cependant aucune trace de cette première analyse.** En l'absence d'une telle analyse, il n'est pas possible de comprendre les raisons pour lesquelles la partie intervenante « *se dégage comme l'adjudicataire pressenti* » pour se voir attribuer les neuf lots de l'accord-cadre litigieux. Ce tableau ne permet pas plus de démontrer que les soumissionnaires se trouvaient dans des situations à ce point différentes qu'il s'imposait à la partie adverse de les traiter différemment, en ne poursuivant des négociations qu'avec elle.
- **En toute hypothèse, la décision prise par la partie adverse de comparer, dans la décision d'attribution, l'offre améliorée (BAFO) de la partie intervenante avec les offres initiales déposées par les autres soumissionnaires paraît bien irrégulière.** Si l'article 2, 26°, de la loi du 17 juin 2016 fait état de la possibilité de « *négoier les conditions du marché avec un ou plusieurs* [soumissionnaires] », il ne permet pas de comparer une offre qui a pu être améliorée avec des offres qui n'ont pas pu l'être.

C.E., arrêt n° 250.323 du 13 avril 2021, s.a. Solelec (extrême urgence)

Vérification des dettes sociales et fiscales (art. 68, § 1er, al. 1er, 73, § 3, al. 2 et 75 Loi 17/06/2016 et art. 62, § 2 et 63, § 2 AR 18/04/2017)

- En l'espèce, le rapport d'analyse des offres relève que la vérification de la situation sur le plan des dettes sociales et des dettes fiscales de la SM Yvan Paque - HEMMIS a été réalisée *via* l'application Télémarc respectivement les 16 et 18 septembre 2020 (points 3.1.1. et 3.1.2.). Les attestations déposées à titre confidentiel par la partie adverse confirment ce constat.
- **La partie adverse ne dépose pas de pièce démontrant que ces vérifications ont été mises à jour dans le délai requis par l'article 73, § 3, alinéa 2, de la loi. Elle ne le soutient d'ailleurs pas.** Elle se limite à se référer au rapport d'analyse des offres et à la décision d'attribution, laquelle énonce que les soumissionnaires « *sont en règle en matière de paiement de leurs cotisations de sécurité sociale* » ainsi que « *par rapport à leurs obligations fiscales* ».
- Si l'article 73, § 4, de la loi, qui permet aux opérateurs économiques de ne pas présenter des documents lorsque et dans la mesure où le pouvoir adjudicateur a la possibilité d'obtenir directement les certificats ou les informations pertinentes en accédant à une base de données nationale accessible gratuitement, comme Télémarc, **il ne dispense pas la partie adverse de faire la démarche qui consiste à s'enquérir, avant l'attribution du marché, de la situation des dettes fiscales et sociales du soumissionnaire auquel elle a décidé d'attribuer le marché.**
- Le moyen est sérieux.

C.E., arrêt n° 250.395 du 23 avril 2021, *s.c.r.l. Intermediance & Partners* (annulation)

Motivation formelle

- **L'obligation de motivation formelle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision.** Les motifs exprimés dans un acte administratif doivent être exacts et reposer sur les éléments du dossier administratif, celui-ci permettant de vérifier que les éléments retenus ne sont pas inexacts. **La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce.**
- En rapportant cette obligation, ainsi décrite en termes généraux, à l'hypothèse particulière de la désignation d'une offre jugée économiquement la plus avantageuse au terme d'une procédure négociée d'attribution d'un marché public, il y a lieu de rappeler que, dans le cadre d'une telle procédure, la comparaison des offres au regard de chacun des critères définis dans le cahier des charges et l'attribution de points en fonction de la pondération prédéfinie laisse certes au pouvoir adjudicateur un très vaste pouvoir d'appréciation, mais un pouvoir dont le corollaire est une **obligation de motivation étendue**. La simple attribution de points ou une affirmation de portée générale, non étayée, ne constituent pas de ce point de vue une motivation suffisante. Des motifs doivent fonder l'attribution de points et ceux-ci doivent être exprimés sous la forme d'une évaluation descriptive s'appuyant sur des références concrètes au contenu de l'offre. **Dans l'hypothèse où toutes les offres se voient attribuer une note identique pour l'un ou plusieurs des critères ou sous-critères d'attribution, la motivation doit permettre à chaque soumissionnaire et au juge chargé de contrôler la légalité de la décision, de comprendre pourquoi cette note identique a été attribuée et pourquoi il n'a pas été possible de départager les offres.**

C.E., arrêt n° 250.395 du 23 avril 2021, *s.c.r.l. Intermediance & Partners* (annulation)

Motivation formelle

- En l'espèce, cette exigence de motivation propre à l'hypothèse de notes identiques n'est pas rencontrée par des appréciations aux termes desquelles « **les deux soumissionnaires assureront au maximum la récupération des impayés** » (premier sous-critère du critère n° 2), « **la transparence dans le suivi du dossier sera assurée correctement** » (troisième sous-critère du critère n° 2) ou encore « *les soumissionnaires disposent d'un call center qui fonctionnera du lundi au vendredi de 8H00 à 17H00, avec suffisamment de postes téléphoniques et de collaborateurs* » (second sous-critère du critère n° 3).
- En effet, outre qu'elles sont exprimées en termes très généraux qui ne font pas apparaître des références concrètes au contenu des offres, **de telles appréciations** – qui semblent certes laisser entendre que chacune des offres peut rencontrer les attentes du pouvoir adjudicateur au regard de certaines préoccupations organisationnelles, fonctionnelles ou méthodologiques – **n'attestent pas à suffisance qu'une comparaison des mérites respectifs des offres a été effectuée et ne permettent pas de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs pour lesquels, au regard des critères ou sous-critères concernés, les offres n'ont pu être départagées au terme de cette comparaison.**
- Dès lors qu'il ne peut être préjugé des cotes qui seraient attribuées au terme d'une nouvelle comparaison des offres au regard des trois sous-critères qui viennent d'être évoqués et représentent quarante points sur cent, rien ne permet d'exclure qu'il en résulterait de nouvelles cotes globales imposant un classement différent des offres de l'attributaire actuel et de la requérante, de sorte que l'intérêt de celle-ci à son moyen ne peut être contesté.

C.E., arrêt n° 251.250 du 9 juillet 2021, *s.r.l. Transport et Garage BAS* (extrême urgence)

Tirage au sort (art. 85, § 2 AR 18/06/2017)

- Dans cette branche, la requérante formule des **critiques qui portent essentiellement sur le déroulement de la séance de tirage au sort, jugé discriminatoire, arbitraire, non objective et partielle** d'une part, et sur le caractère lacunaire du **dossier administratif** dont il résulterait que l'acte attaqué **n'a pu être adéquatement motivé** d'un point de vue formel, ni reposer sur des motifs matériels exacts, pertinents et admissibles en fait et en droit, d'autre part.
- En l'espèce, il ressort du procès-verbal de tirage au sort, établi le 6 mai 2021, que « [l]e *président de séance rappelle que la séance vise au tirage au sort d'un des Transporteurs par une main innocente* », qu'« [e]n suite de ce tirage au sort, le Transporteur Sophibus est désigné comme Transporteur chargé de l'exécution des services du circuit » et qu'au titre des « [i]ncidents et remarques éventuels », le représentant de la requérante « *conteste les deux tirages au sort en faveur de Sophibus (voir annexe)* ». Cette « *annexe* » consiste en un document édité par le logiciel Teams, reprenant les différents messages de cette personne à l'attention de C. N., la présidente de cette séance de tirage au sort

C.E., arrêt n° 251.250 du 9 juillet 2021, *s.r.l. Transport et Garage BAS* (extrême urgence)

Tirage au sort (art. 85, §2 AR 18/06/2017)

- Le dossier administratif n'établit nullement que l'autorité aurait fait toute diligence afin de clarifier cette situation et s'assurer d'être en mesure statuer en toute connaissance de cause. Le rapport d'analyse des offres se limite, au contraire, à préciser que, « *[d]ans le cadre d'une séance dont le procès-verbal est joint à la présente décision, le Transporteur KEOLIS-SOPHIBUS a été désigné* », tandis que l'acte attaqué vise, quant à lui, uniquement « *la séance de tirage au sort tenue le 06/05/2021* ». Seul le résultat du dernier tirage au sort en faveur de la requérante en intervention a, dès lors, été pris en compte, nonobstant le fait qu'il avait été immédiatement contesté par la requérante et qu'il s'agissait d'un élément essentiel pour départager les deux offres jugées équivalentes.
- **Dans ces conditions, l'acte attaqué ne repose pas sur des motifs suffisants et il n'est pas établi que la partie adverse se soit prononcée en connaissance de cause. En outre, la motivation formelle de l'acte attaqué est insuffisante puisqu'elle ne permet pas à la requérante de comprendre les raisons pour lesquelles ses critiques ont été rejetées.**

C.E., arrêt n° 251.070 du 25 juin 2021, s.a. *Société d'Applications et de Travaux* (annulation + indemnité réparatrice)

Signature de l'offre (art. 43, 44, §1^{er}, 76 AR 18/04/2017)

- L'article 44, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, précise que « **les signatures visées à l'article 43 sont émises par la ou les personne(s) compétente(s) ou mandatée(s) à engager le soumissionnaire** ».
- Le même arrêté prévoit, en son article 76, § 1er, alinéa 4 que « *sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes : [...] 2° le non-respect des exigences visées aux articles [...] 44 du présent arrêté [...], pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires [...]* ». L'article 76, § 4, alinéa 3 du même arrêté dispose que : « *le pouvoir adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents du marché* ».
- Il résulte de ces dispositions qu'en l'absence de disposition particulière dans les documents du marché, l'offre qui n'est pas signée par une personne compétente pour engager le soumissionnaire est entachée d'une irrégularité substantielle et doit être écartée.
- Dans la conception qui prévalait avant l'entrée en vigueur, le 1er mai 2019, du Code des sociétés et des associations, **les « actes de gestion journalière des affaires d'une société » s'entendent de ceux qui sont commandés par les besoins de la vie quotidienne de la société et ceux qui, tant en raison de leur peu d'importance qu'en raison de la nécessité d'une prompt solution, ne justifient pas l'intervention du conseil d'administration lui-même.**

C.E., arrêt n° 251.070 du 25 juin 2021, *s.a. Société d'Applications et de Travaux* (annulation + indemnité réparatrice)

Signature de l'offre (art. 43, 44, §1^{er}, 76 AR 18/04/2017)

- **La signature d'une offre engageant la société à l'exécution d'un marché public ne peut, de manière générale, être considérée comme un acte relevant de la gestion journalière.** Il ne pourrait en être autrement que s'il était établi que, dans le cas considéré, le dépôt de l'offre revêt une importance mineure et nécessite une intervention rapide.
- **Il appartenait, dès lors, à la société requérante de justifier, dans l'offre litigieuse, la capacité de son administrateur délégué à signer et déposer, en cette qualité, cette offre, ce qu'elle a négligé de faire.** Le formulaire d'offre attirait pourtant expressément l'attention du soumissionnaire (en rouge sur le document) sur le fait que la « *signature électronique doit émaner d'une personne habilitée* » et que « *[l]e soumissionnaire joint également les documents nécessaires établissant la capacité du signataire à engager l'entreprise (extraits des statuts, procuration...)* ».
- **Il se déduit des éléments qui précèdent que la partie adverse a, sans autres investigations, sur la base des informations annexées à l'offre litigieuse, du montant et de l'objet du marché, légalement pu décider que l'administrateur délégué chargé de la gestion journalière n'était pas habilité à engager la société requérante et, en conséquence, écarter son offre pour irrégularité substantielle.**

C.E., arrêt n° 251.042 du 23 juin 2021, *Groupement d'intérêt économique Vecteur A* (extrême urgence + annulation)

Remise de deux offres par un même soumissionnaire (art. 54 et 76 AR 18/04/2017)

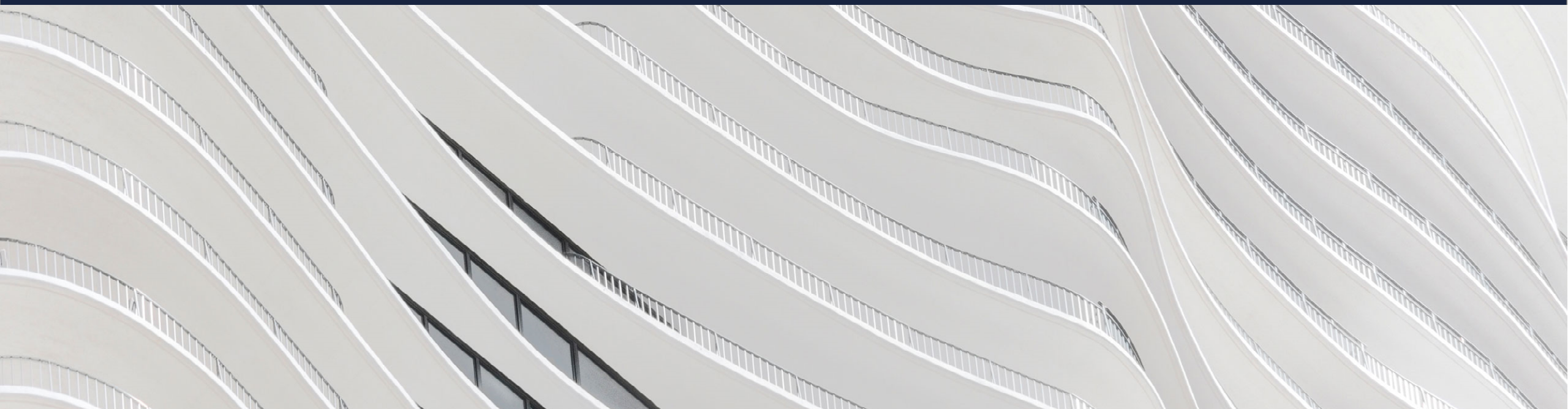
- La décision d'écarter, comme irrégulière, l'offre du requérant est prise au motif qu'elle comporte **deux propositions distinctes** relatives aux parkings, qualifiées, dans l'offre en cause, de « *variantes* », mais **qui constituent en réalité deux offres distinctes**, dès lors qu'il n'est pas possible pour le pouvoir adjudicateur de distinguer laquelle constitue l'offre de base.
- Le rapport d'analyse des offres, auquel renvoie l'acte attaqué, précise que les deux propositions de parking sont conformes aux documents du marché et « *doivent être considérées comme deux offres distinctes régulières et non comme une offre de base conforme aux prescriptions des documents du marché et une variante [interdite] s'écartant de la demande du pouvoir adjudicateur* », qu' « **il s'agit d'une violation de l'article 54 de l'AR du 18 avril 2017 en vertu duquel un soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché** » et que « *l'article 76 du même AR considère une violation de cet article 54 comme étant une irrégularité substantielle* ».

C.E., arrêt n° 251.042 du 23 juin 2021, *Groupement d'intérêt économique Vecteur A* (extrême urgence + annulation)

Remise de deux offres par un même soumissionnaire (art. 54 et 76 AR 18/04/2017)

- **La règle de l'unicité de l'offre rend possible une comparaison effective des offres introduites sans nécessiter de déclaration ultérieure de la part des soumissionnaires.** En vertu de l'article 76, § 1er, alinéa 4, 2°, du même arrêté royal, est réputée substantielle l'irrégularité consistant en le non-respect de l'article 54, § 2.
- Comme le relève la partie adverse à titre surabondant, en décider autrement aurait augmenté indûment les chances du requérant de remporter le marché. En soumettant deux propositions conformes au cahier spécial des charges, le requérant a mis la partie adverse dans la situation soit de devoir choisir elle-même celle qui a le plus de mérite, soit de les prendre toutes les deux en considération en cumulant leurs avantages, tandis que les autres soumissionnaires se sont limités à soumettre une seule proposition à l'appréciation du pouvoir adjudicateur, se conformant de la sorte aux exigences du cahier spécial des charges.

V. Questions de procédure



C.E., arrêt n° 249.862 du 22 février 2021, *ASBL Cohezio* (extrême urgence + annulation)

Raison d'être de la procédure en extrême urgence

- L'examen du moyen impose, avant tout, de rappeler que si, dans le contentieux des marchés publics et des concessions, une demande de suspension ne peut être introduite que selon la procédure **d'extrême urgence**, c'est **parce que le législateur, soucieux de maintenir un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public, a voulu que cette procédure ait pour objet de « *trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs* ».**

C.E., arrêt n° 250.304 du 2 avril 2021, *la Société de droit luxembourgeoise ICTGC* (extrême urgence)

Qualification d'autorité administrative

- L'article 24 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions dispose comme il suit : « *L'instance de recours pour les procédures de recours visées aux articles 14, 15 et 16 est:*
 - 1° la section du contentieux administratif du Conseil d'État lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État;*
 - 2° le juge judiciaire lorsque l'autorité adjudicatrice n'est pas une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois coordonnées sur le Conseil d'État. ».*
- Le législateur a fixé un critère de répartition de compétences qui s'impose au Conseil d'État et au juge judiciaire appelés à statuer, comme c'est le cas en l'espèce, sur une demande de suspension introduite contre une décision d'attribution d'un marché public. Les travaux préparatoires à la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services insérant un article 65/24 dans la loi du 24 décembre 1993, repris ensuite à l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 précitée, renseignent à ce propos ce qui suit : « ***Le présent projet reprend le principe, inauguré par la loi du 16 juin 2006 précitée, en vertu duquel le soumissionnaire qui souhaite mettre en œuvre un recours doit s'adresser uniquement au Conseil d'État ou uniquement au juge civil, selon sa qualité ou non d'autorité administrative de l'autorité adjudicatrice concernée, le but de cette disposition étant de mettre fin au “forum shopping” qui existe parfois entre les juridictions civiles et administratives. »***

C.E., arrêt n° 250.304 du 2 avril 2021, *la Société de droit luxembourgeoise ICTGC* (extrême urgence)

Qualification d'autorité administrative + mention du juge judiciaire

- *Prima facie*, l'asbl i-CITY n'est pas une autorité administrative et le Conseil d'État n'est, en principe, pas compétent pour connaître d'un recours introduit à l'encontre de ses décisions.
- **Le fait qu'elle soit créée par une autorité administrative, qu'elle soit soumise à un contrôle important de la part des pouvoirs publics, que ses organes soient composés de mandataires qui émanent de la Ville de Bruxelles et que des tâches d'intérêt général lui soient confiées ne suffit pas à lui faire perdre son caractère de droit privé, dès lors qu'il ne ressort pas de ses statuts – produits en annexe de la requête – qu'elle se serait vu confier l'exercice d'une parcelle de la puissance publique ou qu'elle disposerait de prérogatives exorbitantes du droit commun lui permettant de prendre des décisions obligatoires à l'égard des tiers dans l'accomplissement de son objet social.**
- À l'audience, la requérante demande, dans l'hypothèse où le Conseil d'État devrait se déclarer incompétent pour connaître du présent recours, que les dépens soient mis à charge de la première partie adverse. Elle affirme qu'elle a été induite en erreur par l'article 10 du cahier spécial des charges, qui, par son libellé, lui a laissé croire que l'asbl i-CITY avait reçu un mandat de la Ville de Bruxelles pour l'organisation et la passation du présent marché.
- La première partie adverse répond que tant l'avis de marché que le courrier de communication de la décision motivée d'attribution renseignent le juge judiciaire comme l'instance de recours compétente.
- **Dès lors que le juge judiciaire était clairement indiqué dans l'avis de marché et dans le courrier de communication de la décision motivée d'attribution comme le juge compétent pour connaître du présent recours, la requérante ne peut sérieusement soutenir qu'elle a été induite en erreur par la première partie adverse.**

C.E., arrêt n° 250.159 du 18 mars 2021, s.a. *ISS Facility Services* (extrême urgence)

Point de départ du délai + force majeure

- **L'article 23, § 1^{er}, alinéa 2, énonce, quant à lui, que lorsque la loi prévoit une obligation de communication, à défaut de simultanéité entre les envois, les délais commencent à courir à la date du dernier envoi.**
- En l'espèce, il ressort des pièces produites par la partie adverse qu'elle a procédé à une première communication de la décision d'attribution ainsi que du rapport d'analyse des offres par courrier électronique en date du 1^{er} février 2021. Une seconde communication a été faite par un courrier recommandé. La partie adverse produit le récépissé de dépôt de cet envoi recommandé, qui porte un cachet mentionnant la **date du 2 février 2021** avec les mentions suivantes : « *FRANKING FACTORY C&S* ». Cependant, le cachet apposé sur le pli reçu par la requérante porte la **date du 3 février 2021**.
- **C'est le cachet des services postaux sur lequel figure la date de l'envoi qui fait foi et qui permet dès lors de déterminer le point de départ du délai de recours.** Dans les limites d'un examen en extrême urgence, il paraît pouvoir être considéré qu'un pli recommandé enlevé par le service de bpost Collect & Stamp doit, comme tout autre envoi recommandé, être considéré comme ayant été remis au service postal au jour indiqué sur le récépissé de dépôt de cet envoi recommandé. Ce récépissé qui, lorsqu'il est recouru au service Collect & Stamp, est généré automatiquement, porte en l'espèce la date du 2 février. À suivre cette conclusion, cette date paraît devoir être considérée comme le point de départ du délai.
- Il y a toutefois lieu de constater que le cachet apposé sur le pli remis à la requérante indique la date du 3 février 2021, à côté de la mention « *Belgique-België bpost Collect & Stamp* ». Le destinataire du pli n'a aucune raison de suspecter que la date qui apparaît sur l'enveloppe à côté de la mention « *Belgique-België bpost Collect & Stamp* » ne correspond pas à celle du dépôt de l'envoi recommandé auprès de ce service. En l'occurrence, la requérante a pu légitimement considérer que cette date était celle du 3 février 2021. Contrairement à ce que soutient la partie adverse, il ne peut lui être reproché de ne pas avoir procédé à une vérification de date, en consultant le site internet de bpost *Track & Trace*. L'écart de dates entre l'envoi du pli et son introduction dans le service postal est une anomalie. Elle constitue bien, dans le chef de la requérante, un événement irrésistible, imprévisible et extérieur à elle.
- **Dans ces circonstances, il paraît devoir être reconnu à la requérante le bénéfice d'une erreur invincible, constitutive d'un cas de force majeure, tenant en échec l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse.**
- Dans le même sens, voy. C.E., arrêt n° 248.491 du 7 octobre 2020, s.a. *METALOGALVA BELUX* (extrême urgence)

C.E., arrêt n° 251.143 du 29 juin 2021, s.a. *Walravens* (extrême urgence)

Point de départ du délai – double notification

- En vertu de l'article 9/1 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, il incombait à la partie adverse de procéder à une double notification : par voie électronique et par voie de courrier recommandé. La notification par courrier recommandé est intervenue le 9 mars 2021, tandis que la notification par courrier électronique n'a eu lieu que le 7 mai 2021.
- Conformément à l'article 23, § 1er, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013, **les délais de recours de quinze jours pour la demande de suspension, comme celui de soixante jours pour le recours en annulation, commencent à courir à la date du dernier envoi.** Les délais n'ont donc commencé à courir qu'à compter du 7 mai 2021. La demande introduite le 19 mai 2021 est donc recevable *ratione temporis* et elle est bien l'accessoire d'un principal qui peut encore être introduit, le délai de soixante jours courant encore.

C.E., arrêt n° 249.324 du 22 décembre 2020, *s.r.l. NORDGLASS SPOLKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOSCIA* (extrême urgence)

Déroulement de la procédure - Point de départ du délai de recours (art. 23 Loi 17/06/2013)

- En l'espèce, le **point de départ du délai de recours** invoqué par la partie requérante était la date de sa **prise de connaissance de la procédure de passation**. Le pouvoir adjudicateur fondant son allégation selon laquelle la partie requérante en aurait eu connaissance plus tôt sur une simple supputation, **le Conseil d'Etat a estimé qu'en l'espèce, c'était bien « à la date de prise de connaissance invoquée par la requérante » que le délai avait pris cours.**

C.E., arrêts n° 249.638 du 28 janvier 2021, *s.r.l. RVDB La Centrale du Frais* (annulation et suspension)

Intérêt de la mention « extrême urgence »

- 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 1er, 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, § 1er, alinéa 1er, 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.
- Dans le même sens, voy. notam. C.E., arrêt n° 249.637 du 28 janvier 2021, *scs ALLIAGES* (suspension), , C.E., arrêt n° 249.837 du 15 février 2021 *Quattro Concept Architectes* (annulation et suspension), C.E., arrêt n° 250.454 du 28 avril 2021, *SA Walravens* (suspension)

C.E., arrêt n° 250.284 du 31 mars 2021, *SCRL P&V Assurances* (annulation + indemnité réparatrice)

Paielement des droits

- En application de l'article 70, § 1er, 2°, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 précité, et des articles 4, § 4, et 5 de la loi du 19 mars 2017 instituant un fonds budgétaire relatif à l'aide juridique de deuxième ligne, **l'introduction d'une requête en annulation donne lieu au paiement d'un droit de 200 euros et d'une contribution de 20 euros. Il en va de même pour l'introduction d'une demande en indemnité réparatrice.**
- L'article 71 du même arrêté prévoit, en ses alinéas 1er et 2, que les droits et les contributions sont acquittés par un virement ou un versement sur le compte bancaire ouvert auprès du service désigné au sein du Service public fédéral des Finances comme compétent pour percevoir les droits au Conseil d'État et qu'à cette fin, le greffier en chef adresse au débiteur une formule de virement portant une communication structurée permettant d'imputer le paiement à l'acte de procédure auquel il se rapporte. **Selon l'alinéa 4 de cette disposition, si le compte bancaire n'est pas crédité du montant dû dans un délai de trente jours, la chambre répute non accompli ou raye du rôle la demande ou le recours introduit.**
- Par un courrier du 7 octobre 2019, réceptionné le lendemain, **la partie requérante a été invitée à effectuer le paiement du droit et de la contribution due pour l'introduction de sa demande en indemnité réparatrice, ce qu'elle a fait.** Par un courrier séparé du 7 octobre 2019, réceptionné le lendemain, **la partie requérante a été invitée à effectuer le paiement du droit et de la contribution due pour l'introduction de la requête en annulation, ce qui n'a pas été fait.** La partie requérante a toutefois demandé à être entendue.
- Dès lors qu'un seul paiement a été effectué dans le délai et que celui-ci est imputé au recours en annulation, il s'impose de constater qu'aucun paiement n'a été valablement effectué à propos de la demande d'indemnité réparatrice. Contrairement à ce qu'allègue la requérante, la circonstance que le nom d'un seul de ses conseils apparaissait sur l'enveloppe contenant un des deux courriers ne permet pas de justifier que cette enveloppe n'ait pas été ouverte par un des deux autres conseils, de sorte que **l'erreur invincible invoquée par la requérante ne peut être retenue.**

C.E., arrêt n° 250.338 du 19 avril 2021, *SA F.A.C.T Security* (extrême urgence)

Recevabilité décision implicite de refus d'attribution

- Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, **il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.**
- En l'espèce, la requérante n'invoque pas les éléments concrets qui, eu égard à tous ceux dont il faut tenir compte dans le cadre du présent recours, permettraient d'aboutir à la constatation que l'autorité n'aurait pas d'autre option que de lui attribuer un ou plusieurs lots de l'accord-cadre litigieux, une fois prononcées la suspension ou l'annulation de la décision d'attribuer ces lots à la s.a. Securitas. Ainsi, la requérante n'établit pas que la partie adverse devrait nécessairement lui attribuer un ou plusieurs lots déterminés du marché si ses moyens devaient être accueillis.
- Dans le même sens, voy. notam. C.E., arrêt n° 247.038 du 11 février 2020, *s.c.r.l. P&V Assurances* (extrême urgence), C.E. arrêts n° 247.118 et 247.119 du 21 février 2020, *s.a. Colas Belgium* (extrême urgence), C.E. arrêt 248.043 du 13 juillet 2020, *s.p.r.l. Tecnoflex* (extrême urgence), C.E., arrêt n° 248.729 du 23 octobre 2020, *s.p.r.l. Baudoin Louis* (extrême urgence), C.E., arrêt n° 250.507 du 4 mai 2021, *ASBL Cultura Europa promotion art et culture* (extrême urgence)

C.E., arrêt n° 250.507 du 4 mai 2021, *ASBL Cultura Europa promotion art et culture* (extrême urgence)

Incompétence de l'auteur de l'acte

- **Le pouvoir adjudicateur pour le marché considéré est**, au sens de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, applicable à la présente procédure de passation, **la Région wallonne. Celui-ci devait donc être attribué par l'organe de la Région wallonne habilité pour ce faire.** Conformément à l'arrêté du Gouvernement wallon du 26 septembre 2019 portant règlement du fonctionnement du Gouvernement, à l'arrêté du Gouvernement wallon du 13 septembre 2019 fixant la répartition des compétences entre les Ministres et réglant la signature des actes du Gouvernement et à l'arrêté du Gouvernement wallon du 23 mai 2019 relatif aux délégations de pouvoirs au Service public de Wallonie, **l'autorité compétente pour attribuer ce marché est la Ministre en charge du Patrimoine**, ce qui n'est pas contesté. **Ainsi que le relève la requérante, la décision d'attribution est bien signée par cette Ministre, sur la base de la proposition contenue dans le rapport d'analyse des offres établi par deux agents de l'Agence wallonne du Patrimoine, dont le directeur du support administratif.**
- **L'autorité compétente pour attribuer un marché est en principe libre de s'entourer de tout avis jugé utile.** Le recours à des agents de l'administration pour évaluer les offres soumises et conseiller l'autorité compétente par la rédaction de rapports n'est pas une pratique rare dans l'attribution des marchés publics. La requérante ne peut sérieusement soutenir que ces agents doivent nécessairement constituer un jury au sens de la réglementation sur les marchés publics, dont la composition et le fonctionnement devraient être expressément indiqués dans le cahier spécial des charges et dont les membres devraient nécessairement démontrer une expertise particulière dans les matières en cause.

C.E., arrêt n° 250.507 du 4 mai 2021, *ASBL Cultura Europa promotion art et culture* (extrême urgence)

Incompétence de l'auteur de l'acte

- Contrairement aux affirmations de la requérante et dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, il ne ressort pas des termes du cahier spécial des charges relatifs au « *Critère 4 Qualités artistiques et techniques de la proposition (35 points)* » que la Ministre en charge du Patrimoine serait, concernant ce quatrième critère d'attribution, liée par les appréciations portées par les trois agents de l'Agence wallonne du Patrimoine visés à cette disposition. S'il est prévu que « *la vidéo sera soumise et cotée* » par ces trois agents et qu'« *une moyenne sera réalisée* », **rien ne permet, à première vue, de considérer que l'intention est de rendre cette cotation contraignante à l'égard de l'autorité compétente pour attribuer le marché.**
- Ceci étant, il paraît ressortir des termes de la décision d'attribution que la **Ministre en charge du Patrimoine a** interprété cette disposition dans un sens contraire et a, concernant ce quatrième critère d'attribution, **considéré qu'elle était tenue par les appréciations portées par les trois agents de son administration.** En effet, l'auteur de l'acte attaqué se borne à renvoyer aux notes attribuées par les trois agents de l'Agence wallonne du Patrimoine, en précisant que « *chaque membre du jury a dû justifier sa cotation par des phrases explicatives* », et à reproduire, pour chaque offre, les « *quelques remarques* » qui semblent être celles qui ont été formulées par ces trois agents, celles-ci n'étant toutefois pas produites au dossier administratif. **La Ministre n'indique pas faire siennes ces explications. Il paraît pouvoir se déduire de ces éléments que, s'agissant du quatrième critère d'attribution, la Ministre a, comme le soutient la requérante, abandonné sa compétence dans le processus décisionnel au profit d'agents qui n'étaient pourtant investis que de la simple tâche de donner un avis.**

C.E., arrêt n° 251.147 du 29 juin 2021, *la société de droit français CNN-MCO, la société de droit français Compagnie Maritime Nantaise* (extrême urgence)

Incompétence de l'auteur de l'acte

- Comme le fait elle-même valoir la partie adverse dans sa note d'observations, **la Commission d'évaluation n'a qu'une compétence d'avis et de proposition**, mais non celle de décider du rejet d'une offre ou de l'exclusion d'un candidat ou soumissionnaire. Elle soutient également que l'autorité compétente pour prendre une telle décision, à savoir le conseil des ministres, n'a pas encore statué sur une éventuelle éviction des requérantes au motif que leur offre serait entachée d'irrégularité.
- Dans ces circonstances où, d'une part, il apparaît, *prima facie*, que l'autorité désignée comme compétente par la partie adverse n'a pas pris la décision d'évincer les requérantes et où, d'autre part, l'examen de la cause en extrême urgence semble indiquer que **seule la Commission d'évaluation a examiné la régularité des premières offres** déposées par les soumissionnaires, il doit être admis que **la décision d'évincer les requérantes** – qui constitue l'acte attaqué par le présent recours, comme cela ressort de l'examen de l'exception d'irrecevabilité – **n'a pas été prise par l'autorité compétente**, de sorte que le moyen qui invoque le vice d'incompétence doit être déclaré sérieux.

C.E., arrêt n° 251.250 du 9 juillet 2021, *s.r.l. Transport et Garage BAS* (extrême urgence)

Incompétence de l'auteur de l'acte

- La requérante ne peut soutenir que l'acte attaqué aurait été adopté par une autorité incompétente, au motif que ce ne serait pas le conseil d'administration de la partie adverse qui aurait formellement pris la décision d'organiser le tirage au sort litigieux, voire qui aurait évalué les offres, les aurait classées et aurait jugé de leur équivalence.
- **Comme le relève cette dernière, la compétence d'adopter une décision donnée ne prive pas l'autorité qui en est investie de confier à ses services administratifs les diligences nécessaires à l'instruction du dossier et aux mesures préparatoires en vue de l'adoption de cet acte.**
- **De ces différents éléments, il résulte que l'acte attaqué a bien été adopté par l'autorité compétente**, tandis que les mesures auxquelles la requérante se réfère sont des **actes préparatoires émanant de ses services administratifs, dont elle a fait intégralement siennes les conclusions**. Ces mesures d'instruction qui s'imposaient en raison de l'équivalence des offres ne devaient pas être formellement prises par le conseil d'administration de la partie adverse et, contrairement à ce que la requérante a pu soutenir en termes de plaidoirie, aucune « décision » n'a ainsi été adoptée, sans l'aval de cet organe compétent. Le courriel de C. N. du 6 mai 2021 qui se contente d'inviter les soumissionnaires à la séance de tirage au sort n'échappe évidemment pas à ce constat, et ce en dépit du fait que l'invitation à soumissionner précise qu'en cas d'égalité des offres, le « *Donneur d'ordre invitera les transporteurs concernés à améliorer leur offre dans le respect des marges tarifaires, et, en cas d'égalité persistante, procédera à un tirage au sort* ». Seule une lecture inutilement formaliste et de nature à paralyser l'action de toute autorité administrative pourrait justifier une telle interprétation, ce qui ne peut être admis.

C.E., arrêt n° 248.242 du 10 septembre 2020, s.r.l. Eufor Inter (extrême urgence)

Déroulement de la procédure

Le moyen unique était pris, notamment, de la violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 en précisant que cet article avait, selon la partie requérante, trait à la régularité des offres. Dans le développement de son moyen, à propos de la régularité des offres, la partie requérante se référait toutefois à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. En l'espèce, le marché public attribué relevait des **secteurs spéciaux**. **Il n'était donc pas question d'appliquer l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 – qui a bien trait à la régularité des offres, mais dans les secteurs classiques – si bien que sa mention dans les développements du moyen devait relever d'une erreur d'inattention.** Cette erreur permet néanmoins de comprendre pourquoi la partie requérante a mentionné le numéro d'article 76 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 plutôt que le numéro 74 (qui, lui, traite de la régularité des offres) en précisant qu'elle visait bien la question de la régularité des offres.

Le Conseil d'Etat a eu une lecture moins conciliante de la requête, compte tenu du fait qu'il appartenait à la partie requérante de formuler son moyen en des termes clairs et précis. Il a, en effet, déclaré que : *« Il s'impose avant tout de relever que la requérante n'identifie pas la (ou les) disposition(s) que la partie adverse aurait précisément méconnue(s) en n'écartant pas une offre qui, selon le moyen, ne serait pas conforme aux documents du marché. Elle n'indique a fortiori pas comment ces dispositions auraient été violées. L'article 76 de l'arrêté royal du 18 juin relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, que vise l'introduction du moyen en l'assortissant de la précision « régularité de l'offre », ne se rapporte pas à la régularité des offres, mais à leur forme et leur contenu, que ne met pas en cause le grief à l'examen. »*

C.E., arrêt n° 250.927 du 17 juin 2021, *s.a. Nelles Frères, Bernard Construction, Cordell Zetel Hoeselt, Aannemingsbedrijf Aertsen* (extrême urgence)

Intérêt à agir contre une décision de renonciation alors qu'une nouvelle procédure est en cours

La circonstance qu'une nouvelle procédure est lancée n'est pas en soi de nature à faire disparaître leur intérêt à agir contre la décision de renoncer à la première procédure de passation. Le retrait de la première décision d'attribution était de nature à permettre un nouvel examen des offres au regard des critères d'attribution initiaux fixés par la partie adverse. La décision de renoncer au marché les prive nécessairement de la possibilité de ce nouvel examen et d'une chance de se voir attribuer le lot 1 du marché initial. Comme il a été confirmé à l'audience, la nouvelle procédure lancée sur la base d'un nouveau cahier spécial des charges a notamment pour objectif d'attirer davantage d'opérateurs économiques (et donc de concurrents potentiels pour les requérantes) tandis que le « *lot 1 du marché initial* » est, dans le nouveau marché, configuré en plusieurs lots susceptibles d'être attribués à différents soumissionnaires (et non à un seul opérateur économique), ce sur la base d'autres critères que ceux fixés pour l'attribution du marché initial pour lequel les requérantes ont déposé offre.

C.E., arrêt n° 251.143 du 29 juin 2021, s.a. *Walravens* (extrême urgence)

Non pertinence de l'illégalité d'une autre décision

- La partie adverse conteste la recevabilité du moyen en ce qu'une illégalité analogue serait le cas échéant à constater dans la décision qui lui a attribué le précédent marché. Cette exception ne paraît pas pouvoir être retenue. En effet, il ne se déduit pas des conditions fixées par les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 que le recours dirigé contre une décision d'attribution d'un marché public devrait être déclaré irrecevable au motif que des illégalités identiques à celles qui y sont alléguées entacheraient, par ailleurs, une autre décision d'attribution qui, quant à elle, bénéficierait au requérant.

C.E., arrêt n° 251.143 du 29 juin 2021, *s.a. Walravens* (extrême urgence)

Possibilité de contester le cahier spécial des charges

- La partie adverse soutient également que la requérante ne pouvait plus se prévaloir de l'irrégularité du cahier spécial des charges dès lors qu'elle n'a pas introduit de recours à l'encontre de celui-ci. Cette exception ne paraît pas non plus devoir être retenue. En effet, la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges **n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation.**
- Dans le même sens, voy. C.E., arrêt n° 250.338 du 19 avril 2021, *SA F.A.C.T Security* (extrême urgence)

C.E., arrêt n° 249.291 du 18 décembre 2020, s.a. *LES ENTREPRISES MELIN* (extrême urgence)

Balance des intérêts (art. 15, al. 3 Loi 17/06/2013)

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 débiter. **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.

C.E., arrêt n° 250.338 du 19 avril 2021, SA *F.A.C.T Security* (extrême urgence)

Balance des intérêts (art. 15, al. 3 Loi 17/06/2013)

- 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, 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.*** »
- En l'espèce, il ne peut cependant être exclu qu'un arrêt de suspension puisse, le cas échéant, de manière indirecte, venir menacer le marché litigieux. Or, l'intérêt public commande que celui-ci puisse, **sans latitude ni latence, produire tous ses effets de manière à permettre la poursuite de la campagne de vaccination dans les meilleures conditions possibles. Dans la lutte contre la pandémie de la Covid-19 qui contraint la population depuis plus d'un an, chaque jour a son importance** (volet « *gardiennage et sécurisation des lieux* » du marché) **et chaque dose compte** (volet « *télésurveillance (des frigos)* » du marché) **pour une sortie de crise la plus rapide possible**. L'importance du marché litigieux ainsi que les enjeux qu'il recouvre ne sont d'ailleurs pas contestés par la requérante qui indique, à l'audience, ne pas vouloir mettre à néant le marché litigieux ni ralentir l'opération de vaccination qui a actuellement cours en Région wallonne.
- **L'intérêt public l'emporte** sur l'avantage que la requérante pourrait tirer d'un arrêt de suspension. En conséquence, **il ne peut être fait droit à la demande de suspension** de l'exécution de la décision d'attribution attaquée.

C.E., arrêt n° 251.147 du 29 juin 2021, *la société de droit français CNN-MCO, la société de droit français Compagnie Maritime Nantaise* (extrême urgence)

Mesures provisoires

- Dans les circonstances que les requérantes estiment devoir mettre en évidence, elles demandent au Conseil d'État d'ordonner à la partie adverse de prendre toutes les mesures utiles de manière à leur permettre de participer aux négociations à venir, tout en garantissant l'égalité des chances avec les autres soumissionnaires retenus. À la lecture de la requête, une telle demande doit se comprendre comme prenant ancrage dans le postulat selon lequel l'arrêt de suspension à prononcer par le Conseil d'État devrait nécessairement permettre aux requérantes de participer aux négociations.
- Il ressort de l'examen du moyen déclaré sérieux que la décision d'évincer l'offre des requérantes est entachée d'un vice d'incompétence et que l'autorité compétente pour statuer sur la régularité de cette offre n'a pas exercé sa compétence, de sorte qu'il ne peut nullement être préjugé de ce que cette autorité déciderait à propos de la régularité de cette offre. **Dès lors que rien ne permet, à ce stade, de tenir pour acquis le postulat posé au soutien de la demande de mesures provisoires, celle-ci doit être rejetée.**

C.E., arrêt n° 250.637 du 20 mai 2021, *s.p.r.l. Vael* (annulation + indemnité réparatrice)

Indemnité réparatrice

- L'article 11bis des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose comme il suit : « *Toute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1er ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une **indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte**, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence. La demande d'indemnité est introduite au plus tard dans les soixante jours qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt ayant constaté l'illégalité. En cas d'application de l'article 38, la demande d'indemnité doit être introduite au plus tard soixante jours après la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours. Il est statué sur la demande d'indemnité dans les douze mois qui suivent la notification de l'arrêt qui clôt la procédure de recours. La partie qui a introduit la demande d'indemnité ne peut plus intenter une action en responsabilité civile pour obtenir une réparation du même préjudice. Toute partie qui intente ou a intenté une action en responsabilité civile ne peut plus demander à la section du contentieux administratif une indemnité pour le même préjudice* ».
- Il résulte de cette disposition que le Conseil d'État est compétent pour accorder une indemnité réparatrice lorsque le bénéficiaire d'un arrêt d'annulation établit que l'illégalité sanctionnée est à l'origine d'un préjudice qu'il subit et qui n'est pas entièrement réparé du fait de l'annulation. Le requérant doit ainsi faire la démonstration d'un lien de causalité entre l'illégalité constatée et le **préjudice dont il se plaint** (Doc. parl., Sénat, session 2012-2013, avis de la section de législation n° 59/933/AG du 29 août 2013, n° 5-2233/2, p. 6), cette démonstration devant établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par la partie adverse et l'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11bis ne trouvant en outre à s'appliquer que lorsque l'acte administratif illégal a, en dépit de son effacement *ab initio* de l'ordre juridique ou du constat d'illégalité, engendré un préjudice que ceux-ci ne peuvent réparer.
- Voy. également notam. C.E., arrêt n° 250.898 du 15 juin 2021, *s.p.r.l. Intermediance & Partners* (indemnité réparatrice)

C.E., arrêt n° 250.238 du 26 mars 2021, *SA Etablissements GDA* (Indemnité réparatrice)

Indemnité réparatrice - calcul de la perte d'une chance sur base d'éléments précis (et non les 10%)

- L'article 144, alinéa 1er, de la Constitution réserve aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire la compétence de connaître des contestations qui ont pour objet des droits civils. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit, **par exception, que « *la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions* »**.
- L'article 11bis des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose, en son alinéa 1^{er}, que « [t]oute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une **indemnité réparatrice** à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence »
- Dans un arrêt C.15.0465.F. du 15 septembre 2017, la Cour de cassation a déduit des dispositions précitées qu'« **une demande d'indemnité réparatrice suppose qu'une illégalité soit constatée par un arrêt du Conseil d'État statuant sur un recours en annulation visé à l'article 14, § 1^{er} ou § 3, desdites lois coordonnées** ».
- Il appartient à la requérante de démontrer un lien de causalité entre l'illégalité ainsi constatée et le préjudice dont elle se plaint, cette démonstration devant établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans l'illégalité commise par la partie adverse. En outre, l'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11bis ne trouve à s'appliquer que lorsque l'acte administratif illégal a, en dépit de son effacement ab initio de l'ordre juridique ou du constat d'illégalité, **engendré un préjudice que ceux-ci ne peuvent réparer**. La charge de la preuve de l'existence de ce préjudice et la détermination du montant de l'indemnité réparatrice incombent également à la requérante.

C.E., arrêt n° 250.238 du 26 mars 2021, *SA Etablissements GDA* (Indemnité réparatrice)

Indemnité réparatrice - calcul de la perte d'une chance sur base d'éléments précis (et non les 10%)

- La requérante expose que le préjudice subi consiste dans la perte du bénéfice escompté si le marché lui avait été attribué.
- **Pour établir le montant de ce préjudice, elle produit un certain nombre de pièces, des chiffres et une méthode de calcul tendant à établir la marge bénéficiaire qu'elle aurait pu générer en exécutant le marché. La partie adverse ne conteste pas cette méthode de calcul** – qu'elle reprend d'ailleurs à son compte – ni la plupart des montants avancés par la requérante.
- Pour ce qui concerne le lien de causalité, la requérante ne démontre pas que, sans l'illégalité constatée par l'arrêt n° 237.449 du 22 février 2017 – qui conclut à l'irrégularité du motif justifiant l'écartement de son offre –, elle aurait nécessairement obtenu le marché. Un autre concurrent était en lice et le marché lui a in fine été attribué. En revanche, il peut être tenu pour établi que l'illégalité constatée a fait disparaître une probabilité, pour la requérante, d'obtenir le marché. Le préjudice consiste dès lors dans cette perte de chance d'obtenir le marché et partant le bénéfice escompté lors de son exécution.
- Il suit des éléments qui précèdent que la requérante doit être indemnisée en fonction de la probabilité qu'elle avait d'obtenir le marché, le lien de causalité étant établi entre l'illégalité constatée par l'arrêt n° 237.449 du 22 février 2017 et la perte de chance qu'elle avait d'obtenir le marché si son offre n'avait pas été écartée pour un motif irrégulier. **Dès lors qu'il ne peut être raisonnablement considéré que la société requérante avait plus ou moins de chances d'obtenir le marché que son seul concurrent, cette chance peut être évaluée à 50%.**
- L'indemnité réparatrice s'établit dès lors à 50% de 21.169,52 euros, soit au montant de 10.584,76 euros.

C.E., arrêt n° 250.395 du 23 avril 2021, *SCRL Intermediance & Partners* (annulation)

Indemnité de procédure

- La requérante sollicite, sur pied de l'article 30/1, § 2, 3° des lois coordonnées sur le Conseil d'État du 12 janvier 1973, une **majoration de l'indemnité de procédure** qui devra être mise à charge de la partie adverse **en raison du caractère manifestement déraisonnable de la situation**. La disposition précitée énonce que : « § 2. La section du contentieux administratif peut, par décision spécialement motivée, soit réduire l'indemnité soit l'augmenter, sans pour autant dépasser les montants maxima et minima prévus par le Roi. Dans son appréciation, elle tient compte : 1° de la capacité financière de la partie succombante, pour diminuer le montant de l'indemnité ; 2° de la complexité de l'affaire ; 3° du caractère manifestement déraisonnable de la situation ». Pour les raisons qui suivent, le caractère manifestement déraisonnable de la situation est établi en l'espèce.
- Eu égard aux errements répétés de la partie adverse dans la procédure d'attribution du marché litigieux qui ont obligé la partie requérante à introduire une troisième demande de suspension et à l'inertie dont la partie adverse a une fois de plus fait preuve suite à la suspension de l'acte attaqué par l'arrêt n° 240.968 du 8 mars 2018 en laissant se poursuivre la procédure sans aucune réaction, **il s'impose de constater que la partie requérante a effectivement été placée par la partie adverse dans une situation pouvant être qualifiée de manifestement déraisonnable. Il y a dès lors lieu d'accorder à la partie requérante l'indemnité de procédure qu'elle sollicite, à savoir 1.680 euros.**

VI. Concessions



C.E., arrêt n° 248.196 du 2 septembre 2020, s.a. *DÉPANNAGE R. LA France et consorts* (extrême urgence)

Qualification d'un contrat de concession (art. 2, 7° de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession)

- Les parties requérantes soutenaient que **le marché litigieux devait être qualifié de concession et non de marché public** comme cela ressortait des documents du marché.
- Le Conseil d'Etat a clarifié ce qui permet de distinguer la concession du marché public en ces termes :
« *l'importance qu'accordent les requérantes à l'existence d'un transfert de risque, comme critère de distinction entre le marché public de services et la concession de services, ne peut faire perdre de vue ce qui suit : le transfert de risque susceptible d'être pris en considération pour distinguer le marché public de services de la concession de services est celui qu'« implique » le **droit d'exploitation** du service concédé, droit que le considérant 18 [de la directive 2014/23/UE] identifie précisément comme la **principale caractéristique de la concession**, le transfert de risque n'étant présenté que comme une conséquence de cette caractéristique* ».
- Constatant que le droit d'exploitation en jeu ne pouvait être identifié, le Conseil d'Etat a estimé qu'il n'apparaissait pas que « *la qualification de « marché public de services » [dût] être remise en cause* ».

C.E., arrêt n° 249.194 du 10 décembre 2020, s.a. *NELLES FRERES et consorts* (extrême urgence) et C.E., arrêt n° 249.195 du 10 décembre 2020, s.a. *REMO MILIEUBEHEER et consorts* (extrême urgence)

Qualification d'un contrat de concession (art. 2, 7° de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession)

- Pour déterminer si un contrat doit être qualifié de concession, le Conseil d'Etat a explicité les définitions relatives au contrat de concession reprises à l'article 2, 7° de la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions pour, ensuite, appliquer son enseignement au cas d'espèce, à savoir un contrat de forage.
- Ces définitions impliquent notamment que, pour qu'une opération soit qualifiée de concession au sens de l'article 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux **contrats de concession**, elle s'inscrive dans le cadre d'un **contrat ayant pour objet l'exécution de travaux ou la prestation et la gestion de services** autres que l'exécution de travaux, comme le prescrit cette disposition. **Ce n'est que si cet objet est constaté qu'il y a lieu de vérifier le caractère onéreux de cette opération et le transfert de risque d'exploitation qu'elle opère à la charge du concessionnaire.** En d'autres termes, il est vain de prétendre mettre en évidence, à propos de l'opération concernée, le caractère onéreux de celle-ci ou le transfert de risque qu'elle opérerait, s'il ne peut être vérifié qu'elle s'inscrit, avant tout au regard de l'objet que cette disposition assigne à la concession de travaux et/ou services, dans un contrat répondant à la notion définie par l'article 2, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession.

C.E., arrêt n° 249.194 du 10 décembre 2020, s.a. *NELLES FRERES et consorts* (extrême urgence) et C.E., arrêt n° 249.195 du 10 décembre 2020, s.a. *REMO MILIEUBEHEER et consorts* (extrême urgence)

Qualification d'un contrat de concession (art. 2, 7° de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession)

- En l'espèce, et ainsi que cela ressort d'un examen effectué en extrême urgence, le contrat projeté n'a d'autre objet que l'octroi et l'aménagement du droit d'exploitation de la carrière du Bay Bonnet, cet objet paraissant, *prima facie*, s'apparenter **essentiellement en l'octroi de droits réels sur un bien destiné à entrer dans le domaine de la partie adverse.**
- **Examinant de plus près les différentes clauses du cahier spécial des charges, le Conseil d'Etat en a conclu que le contrat en question ne pouvait *prima facie* être qualifié de concession au sens de la loi précitée.**

Merci pour votre attention

Contact



Bérénice Wathelet

Counsel

T: +32 (2) 500 15 93

M: +32 (4) 93 49 89 17

berenice.wathelet@dlapiper.com



Maëlle Rixhon

Avocate

T: +32 (2) 500 15 47

M: +32 (4) 76 97 39 03

maelle.rixhon@dlapiper.com