

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.320 du 25 novembre 2014

G./A.214.035/VI-20.293

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
TCO Service,**

ayant élu domicile chez
Me Alain DELFOSSE, avocat,
avenue Louise, n° 106,
1050 Bruxelles,

contre :

la commune d'Uccle,

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR et
Sarah BÉN MESSAOUD, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 22 octobre 2014, la société privée à responsabilité limitée TCO Service sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision de la commune d'Uccle du 7 octobre 2014 de ne pas [...] sélectionner [la partie requérante] pour le marché public de services ayant pour objet «la préparation, gestion et livraison de repas pour les écoles communales et l'ASBL "Le Parascolaire"».

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 23 octobre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 novembre 2014 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Alain DELFOSSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Mes Virginie DOR et Sarah BEN MESSAOUD, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. La requérante a remporté par le passé deux marchés publics lancés par la Commune d'Uccle par appel d'offres général et conclus chacun pour une durée de trois ans, allant du 1^{er} janvier 2009 au 31 décembre 2011 et du 1^{er} janvier 2012 au 31 décembre 2014. Ces marchés avaient un objet identique à celui qui donne lieu au présent recours.

III. 2. La Commune d'Uccle a publié dans le Bulletin des adjudications du 6 mai 2014 (Numéro BDA : 2014-509896) un avis de marché par procédure négociée avec publicité pour un "Appel à candidatures - Repas de 2015 à 2017 : Lot 1 : Préparation, gestion et livraison de repas pour les écoles communales et l'ASBL «Le Parascolaire», Lot 2 : Préparation et fourniture de repas pour l'Action Sociale et Lot 3 : Préparation et livraison de potage pour le personnel travaillant à l'extérieur pendant l'hiver".

III. 3. Le 21 mai 2014, la requérante a présenté sa candidature et déposé un dossier de candidature.

III. 4. Le 29 juillet 2014, la Commune d'Uccle a écrit à la requérante ce qui suit :

" Après une première analyse de votre candidature concernant l'objet susmentionné, nous souhaiterions obtenir des renseignements complémentaires concernant les critères de sélection qualitative, conformément aux articles 59, 1^o et 72, 7^o de l'A.R. du 15 juillet 2011, relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques :

La capacité technique de votre société doit être justifiée pour les trois lots par la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les prestations de services sont prouvées par des attestations émises ou

contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services;

L'avis de marché spécifie au point III.2.3) que pour le lot 1, cette liste comprendra au minimum 3 marchés pour un montant annuel de minimum 500.000 € TVAC par marché.

De la liste et des attestations fournies pour le lot 1, seul le marché d'Uccle atteint le seuil des 500.000 € annuels demandé.

Si votre société a exécuté d'autres marchés atteignant ce seuil, nous vous prions de bien vouloir nous en communiquer les références, conformément aux dispositions prévues par l'article 72, 7° de l'A.R. du 15 juillet 2011, dans un délai de 15 jours calendrier à partir de la date de réception de la présente.
[...]"

III. 4. Par une lettre du 6 août 2014, la requérante a répondu à la Commune d'Uccle en lui fournissant des informations sur les trois principaux marchés similaires qu'elle avait remportés. Elle indiquait dans sa réponse que ces marchés n'atteignaient pas la somme de 500.000 € TTC par an, mais qu'elle avait pu "montrer durant plusieurs années sa capacité technique de réaliser les repas pour les écoles Communales de Uccle" et que : "L'ensemble des points demandés dans les cahiers des charges précédents ont été respectés à la satisfaction des directions d'écoles". Elle ajoutait encore que sa principale activité constitue la préparation de repas scolaire et qu'elle remporte auprès de l'ensemble des écoles qu'elle sert un taux de satisfaction important.

A cette lettre était jointe une note relative à la capacité économique et financière de la requérante, comportant la liste des principaux services exécutés au cours des cinq dernières années et leurs certificats.

III. 5. Par un courrier du 7 octobre 2014, la Commune d'Uccle a communiqué à la requérante la décision du Collège des Bourgmestre et Echevins de la sélectionner pour les lots 2 et 3 et de ne pas la sélectionner pour le lot 1. Les motifs utiles à la cause de cette décision se lisent comme suit :

" [...]

Vu que pour le lot 1, selon la liste communiquée, seul le marché d'Uccle atteint le montant de 500.000 € annuel demandé;

Vu que la société a été invitée à compléter son offre par courrier recommandé du 29 juillet 2014;

Vu que la société TCO service a répondu par courrier, réceptionné dans les temps;

Vu que de la réponse communiquée, il apparaît que la société ne répond pas aux exigences de ce critère pour le lot 1, la société nous fait parvenir 3 marchés mais ces marchés n'atteignent pas la somme de 500.000 € T.V.A.C. par an;

[...]

Vu que la société ne répond pas à l'ensemble des critères de sélection qualitatives pour le lot 1 et répond à l'ensemble des critères de sélection qualitatives pour les lots 2 et 3;
Vu que la société TCO service peut être sélectionnée pour les lots 2 et 3;
[...]".

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèse de la requérante

La partie requérante prend un premier moyen de la violation :

"- de l'article 1^{er} et de l'annexe I du Règlement (CE) n° 2195/2002 du Parlement européen et du Conseil du 5 novembre 2002 relatif au vocabulaire commun pour les marchés publics (CPV), tel qu'il a été modifié par le Règlement (CE) n° 213/2008 de la Commission du 28 novembre 2007, qui a remplacé son annexe I;" ainsi que

"- des articles 3, 4°, 5, 23 et 26, § 2, 4°, ainsi que l'annexe II B, catégorie 17, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;" et

"-des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence."

En substance, la partie requérante reproche à la partie adverse d'avoir qualifié le marché de marché public de services alors qu'il s'agit selon elle d'un marché de fournitures. Plus précisément, elle fait grief à la partie adverse d'avoir utilisé une classification CPV inadéquate lui permettant de qualifier ce marché de marché de service relevant de la catégorie 17 de l'annexe II B de la loi du 15 juin 2006 précitée. Elle fait valoir que cette qualification erronée a permis à la partie adverse de traiter par procédure négociée avec publicité, en application de l'article 26, § 2, 4°, de la loi du 15 juin 2006, ce qu'elle n'aurait pas pu faire si elle avait correctement qualifié le marché comme un marché de fournitures.

Elle explique que les services de la catégorie 17 précitée sont les "services d'hôtellerie et de restauration" et que le code CPV 55321000-6, utilisé par la partie adverse, correspond à la description de "services de préparation de repas" relevant de la catégorie des "services d'hôtellerie, de restauration et de commerce au détail", alors que selon elle, "l'adjudicataire du marché ne preste pas de services en

faveur du pouvoir adjudicateur, mais lui vend des repas". Elle se réfère à cet égard au cahier spécial des charges pour conclure qu'en réalité, "l'adjudicataire du marché doit essentiellement livrer des repas, qu'il prépare lui-même, avec son personnel et ses denrées alimentaires, dans les cuisines des écoles, qui sont mises à sa disposition à cet effet".

Le marché relève au contraire, selon la requérante, du code CPV 15894210-6 "Repas pour écoles", qui fait partie de la catégorie 15000000-8 "Produits alimentaires, boissons, tabac et produits connexes" et doit à ce titre être considéré comme un marché de fournitures et non de services. La partie adverse ne pouvait par conséquent pas, comme elle l'a fait, recourir à la procédure négociée avec publicité, en application de l'article 26, § 2, 4°, de la loi du 15 juin 2006.

La partie requérante expose, par ailleurs, avoir un intérêt au recours et au moyen dès lors que si le recours et le premier moyen sont déclarés recevables et fondés, la partie adverse devra recommencer la procédure et la requérante recouvrera alors toutes ses chances de remporter le marché.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Conformément à l'article 26, § 2, 4°, de la loi du 15 juin 2006 précitée, le pouvoir adjudicateur peut décider de recourir à la procédure négociée avec publicité "dans le cas d'un marché public ayant pour objet des services visés à l'annexe II, B, de la présente loi".

En l'espèce, la partie adverse a utilisé, dans l'avis de marché, les codes CPV 55320000-9 "services de distribution de repas" et 55321000-6 "services de préparation de repas" et a considéré que l'objet du marché porte sur des services de la catégorie 17 "services d'hôtellerie et de restauration" de l'annexe II B. Elle a en conséquence fait usage de la faculté que lui ouvre la disposition précitée.

Il convient en premier lieu de relever que la partie requérante se méprend sur la signification qu'il convient d'attacher à l'existence dans la nomenclature CPV d'un code 15894210-6 correspondant à la fourniture de "repas pour écoles", en semblant y voir l'indication que tout marché relatif à des repas pour une école devrait nécessairement relever de ce code. En effet, la catégorie 17 "Services d'hôtellerie et de restauration" contient également une subdivision 55523100-3 "Services de restauration scolaire". Le critère pertinent pour déterminer si le marché relève de la prestation d'un service ou de la fourniture d'une marchandise ne réside donc pas dans

la définition du produit final, en l'occurrence des "repas", mais dans la nature de l'intervention attendue de l'adjudicataire.

En l'espèce, le cahier spécial des charges décrit notamment comme suit la mission de l'adjudicataire :

" [...] Le marché est un marché public de services qui a pour objet la préparation et la gestion de repas y compris conditionnements et transports répondant aux critères du développement durable, pour trois sections maternelles, primaires et adultes, dans les cuisines [de cinq écoles]. [...]".

Ce document précise encore que "les repas sont préparés dans les cinq cuisines de production et sont conditionnés chauds, en vrac, sans refroidissement en dessous de 65°C jusqu'au moment de la consommation". En ce qui concerne l'A.S.B.L "Parascolaire", il est également indiqué que les repas "sont préparés dans deux cuisines pour les vacances de Pâques et dans quatre cuisines pour les deux quinzaines durant les vacances d'étés et sont conditionnés chauds, en vrac, sans refroidissement en dessous de 65° C jusqu'au moment de la consommation". L'objet des prestations attendues est précisé dans la clause du cahier spécial des charges relative aux éléments qui doivent être compris dans le prix, clause qui mentionne, entre autres, l'obligation pour l'adjudicataire d'assurer le transport des repas et collations depuis les cuisines de l'adjudicateur vers les écoles et cantines de consommation et l'obligation de veiller au nettoyage et à l'entretien du matériel et des cuisines mis à sa disposition par l'adjudicateur.

Il ressort donc des documents du marché que celui-ci ne porte pas sur la simple vente d'aliments sans prestation de service mais bien sur la prestation d'un service qui consiste principalement à préparer des repas et à en assurer le transport, dans des conditions bien définies, vers les lieux de consommation. Ce service est d'ailleurs presté pour l'essentiel dans des locaux et avec du matériel mis à la disposition de l'adjudicataire par l'adjudicateur.

La partie adverse a donc pu, sans violer les dispositions et principes visés au moyen, valablement considérer que le marché porte sur la prestation de services relevant de la catégorie 17, "services d'hôtellerie et de restauration", de l'annexe II B, de la loi du 15 juin 2006 précitée.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèse de la requérante

La partie requérante prend un deuxième moyen de la violation :

- "- des articles 5 et 20, § 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services,
- des articles 58, § 1^{er}, 2^o, 67, § 1^{er}, et 73 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; et
- des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence."

Elle soutient en substance qu'en imposant pour le lot 1 que les soumissionnaires présentent une liste des principaux services exécutés au cours des trois dernières années, comprenant au minimum 3 marchés pour un montant annuel de minimum 500.000 EUR T.V.A.C. par marché, la partie adverse a posé une exigence manifestement excessive et déraisonnable. Elle souligne que l'article 58, § 1^{er}, 2^o, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité prévoit que, "les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79 doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché", ce qui ne serait pas le cas en l'espèce selon elle.

La partie requérante ne conteste pas que "le choix des critères de sélection qualitative ressortit, en principe, au pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur, le contrôle du Conseil d'Etat se limitant à vérifier l'existence ou non d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation dans les exigences retenues à titre de sélection qualitative", mais elle considère que tel est le cas en l'espèce.

Se référant aux observations faites par la Cour des Comptes, elle indique encore que les critères permettant d'apprécier la capacité des candidats ou soumissionnaires doivent être pertinents afin d'assurer tout à la fois le jeu normal de la concurrence et l'efficacité du mécanisme de sélection qualitative et que le pouvoir adjudicateur est tenu d'adapter ses exigences en fonction du marché considéré.

En l'espèce, la partie requérante souligne que le cahier spécial des charges du marché public couvrant les années 2009, 2010 et 2011 et celui couvrant les années 2012, 2013 et 2014 n'imposaient pas de montant minimal pour les principaux services effectués dont la référence devait être donnée. Certes, l'entrée en vigueur de l'arrêté

royal du 15 juillet 2011, et en particulier de son article 58, § 1^{er}, 2°, alinéa 1^{er}, a rendu obligatoire la fixation d'un niveau minimum en procédure ouverte et en procédure négociée directe avec publicité. La partie requérante estime cependant que "rien ne justifie pour autant que le niveau d'exigence minimum de ces critères soit aussi élevé, d'autant que le marché public ne comporte aucun aléa puisqu'il s'agit d'un marché à bordereau de prix".

Elle considère que des critères de sélection qualitative "qui conduisent à exclure d'emblée un candidat qui a exécuté deux marchés publics précédents identiques, pendant une durée totale de six ans, à l'entière satisfaction du pouvoir adjudicateur, ne peuvent raisonnablement être considérés comme «liés et proportionnés à l'objet du marché», au sens de l'article 58, § 1^{er}, 2°, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011".

Elle estime que l'acte est en conséquence illégal.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité dispose :

- " Art. 58. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :
- [...]
- 2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire".

Il découle de cette disposition que si le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer les critères de sélection et les seuils à atteindre, l'exercice de sa compétence discrétionnaire est néanmoins soumis au respect de certaines conditions. Ainsi, les critères qu'il fixe et leur niveau d'exigence doivent être "liés et proportionnés à l'objet du marché". Les critères de sélection retenus doivent, par ailleurs, respecter le principe de concurrence et l'efficacité du mécanisme de la sélection.

En l'espèce, le pouvoir adjudicateur impose la production de trois références pour des marchés similaires pour un montant annuel de minimum 500.000 euros. Il n'est pas soutenu que cette exigence serait sans lien avec le marché litigieux, mais bien que le seuil fixé serait manifestement excessif et déraisonnable.

Il ressort des pièces du dossier que le montant du marché pour le lot litigieux est estimé à 3.025.500 euros T.V.A.C. pour trois ans, soit 1.008.500 euros TVAC par an. Rien ne permet donc de considérer qu'en fixant à 500.000 euros par an le seuil des références exigées, la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation ou aurait imposé un critère disproportionné au regard de l'importance du marché. La circonstance que l'exigence ainsi fixée n'apparaît pas être remplie par l'un des soumissionnaires, fût-il celui qui a remporté les marchés précédents portant sur le même objet, est sans incidence sur la pertinence de cette constatation.

Il convient toutefois d'examiner également si cette exigence n'a pas eu pour effet de vicier la concurrence ou de porter atteinte à l'efficacité du mécanisme de sélection. A cet égard, il s'impose de relever que plusieurs soumissionnaires ont satisfait à cette condition. Celle-ci n'apparaît donc pas, à première vue, de nature à avoir empêché le jeu de la concurrence ni à avoir nui à l'efficacité du mécanisme de sélection. A nouveau, la circonstance que le soumissionnaire qui avait remporté les marchés précédents ne satisfait pas à ce critère de sélection qualitative ne constitue pas, en soi, une indication que la concurrence aurait été faussée ou que le mécanisme de sélection n'aurait pas fonctionné de manière correcte. Il s'agit là, en effet, d'une conséquence normale de l'imposition d'un nouveau critère de sélection, découlant en l'espèce d'une nouvelle obligation réglementaire, puisque le soumissionnaire en question n'avait, par hypothèse, pas dû démontrer qu'il satisfaisait à ce critère lors des précédentes sélections. Ce dernier savait, en participant à la nouvelle procédure, qu'il aurait à répondre aux nouveaux critères de sélection qualitative et que le simple fait d'avoir remporté les marchés précédents ne l'exonérait pas de cette exigence.

La partie adverse a, par conséquent, valablement imposé le critère de sélection litigieux sans commettre une erreur manifeste d'appréciation, ni violer les dispositions et principes visés au moyen.

Le deuxième moyen n'est donc pas sérieux.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Thèse de la requérante

La partie requérante prend un troisième moyen de la violation des articles 5 et 20, § 1^{er}, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 59, 1^o, 67, § 2, et 72, 7^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la

motivation formelle des actes administratifs, des articles 4, alinéa 1^{er}, 5°, et 5, 6°, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence.

En substance, elle reproche à l'acte attaqué de ne pas répondre aux arguments qu'elle développait dans sa lettre du 6 août 2014, faisant suite à la demande d'informations complémentaires envoyée par la partie adverse. Elle lui reproche plus précisément de ne pas avoir tenu compte des explications fournies dans cette lettre afin de démontrer qu'elle possédait bien la capacité économique et financière nécessaire pour assumer le marché, bien que les principaux marchés similaires exécutés par elle n'atteignissent pas le niveau des 500.000 euros par an.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision attaquée est notamment motivée comme suit :

- " Vu que pour le lot 1, selon la liste communiquée, seul le marché d'Uccle atteint le montant de 500.000 € annuel demandé;
Vu que la société a été invitée à compléter son offre par courrier recommandé du 29 juillet 2014;
Vu que la société TCO service a répondu par courrier, réceptionné dans les temps;
Vu que de la réponse communiquée, il apparaît que la société ne répond pas aux exigences de ce critère pour le lot 1, la société nous fait parvenir 3 marchés mais ces marchés n'atteignent pas la somme de 500.000 € T.V.A.C. par an."

Il ressort clairement de cette motivation que la réponse de la requérante a bien été prise en compte et que la partie adverse en a tiré la conclusion que la requérante ne répond pas aux exigences du critère des 3 marchés similaires pour un montant annuel minimum de 500.000 euros. La partie requérante ne soutient d'ailleurs pas que cette conclusion soit erronée. Cette constatation suffit à motiver valablement la décision de la partie adverse. Dans la mesure où ce critère est précis et qu'il ne prévoyait aucune manière alternative d'établir la capacité technique des soumissionnaires, la partie adverse n'avait pas à répondre à une argumentation étrangère aux critères de sélection qualitative propres au marché litigieux comme à la demande d'information adressée à la requérante.

Le moyen n'est pas sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

Les moyens n'étant pas sérieux, il n'y a pas lieu d'examiner les conséquences probables d'une suspension pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés.

VIII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse dépose les différentes candidatures déposées pour le lot 1 à titre confidentiel afin de ne pas nuire au secret d'affaires et de respecter les conditions d'une concurrence loyale entre les entreprises.

Dès lors que la divulgation de ces candidatures n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité

IX. DEPENS ET INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse demande que les dépens et une indemnité de procédure, fixée au montant de base, soient mis à charge de la partie requérante.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu, en conséquence, de laisser les dépens à la requérante et de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les documents contenus au numéro 10 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, considérés comme confidentiels.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

Les dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Article 5.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-cinq novembre deux mille quatorze par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Serge BODART.