

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 216.388 du 22 novembre 2011

G./A.202.311/VI-19.302

En cause : **la société de droit anglais AXELL WIRELESS
LIMITED COMPANY,**

ayant élu domicile chez
Mes Vincent OST et
François TULKENS, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 120,
1000 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public ASTRID,

ayant élu domicile chez
Me Jean-François DE BOCK, avocat,
chaussée de Waterloo, n° 612,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une demande introduite le 3 novembre 2011, la société de droit anglais AXELL WIRELESS LIMITED COMPANY tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de "la décision de date inconnue de la SA de droit public ASTRID d'adopter le cahier spécial des charges «n° E-A-1248 relatif à la réalisation d'un contrat ouvert concernant la livraison de repeaters TETRA et la fourniture des services y afférents»" et de "la décision du 7 octobre 2011 de la SA de droit public ASTRID de rejeter son offre et d'attribuer à un autre soumissionnaire (non identifié), le marché «E-A-1248 contrat ouvert repeaters»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 4 novembre 2011, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 14 novembre 2011 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., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Vincent OST, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Peter FLAMEY, Joost BOSQUET et Jean-François DE BOCK, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis contraire.

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

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

A une date indéterminée, la partie adverse adopte un cahier spécial des charges n° E-A-1248 relatif à la réalisation d'un contrat ouvert concernant la livraison de repeaters TETRA et la fourniture des services y afférents. Il s'agit du premier acte attaqué.

Le 30 juin 2011, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation, par appel d'offres, d'un marché public de fournitures dont l'objet est décrit comme suit: "ASTRID souhaite conclure un contrat ouvert d'une durée de 5 ans couvrant l'acquisition de repeaters TETRA et d'un système de contrôle et de monitoring associé".

Un avis identique est publié au supplément au Journal officiel de l'Union européenne le 5 juillet 2011.

Le 12 septembre 2011, la partie adverse procède à l'ouverture des offres. Cinq offres sont soumises dont l'une par la requérante.

Le 7 octobre 2011, la partie adverse établit un rapport d'analyse des offres.

Le 19 octobre 2011, la partie adverse décide que l'offre de la requérante est irrégulière. Il s'agit du deuxième acte attaqué.

Elle décide également d'attribuer le marché public concerné à la société SAIT ZENITEL. Il s'agit du troisième acte attaqué.

IV. RECEVABILITE

IV. 1. Note d'observations

A. La partie adverse soulève une première exception d'irrecevabilité. Elle expose ce qui suit :

" 14. En l'espèce, il apparaît que le recours a été introduit par courrier du 3 novembre 2011.

En ce qu'il est dirigé contre le cahier des charges, il a donc été introduit plus de quinze jours après la publication de celui-ci, intervenue dans le bulletin des adjudications du 30 juin 2011 et dans le supplément au journal officiel de l'Union européenne du 5 juillet 2011.

C'est en vain que la partie requérante arguerait de ce qu'elle pourrait encore soulever des moyens contre le cahier des charges, à l'occasion d'un recours introduit contre une décision d'attribution, se fondant éventuellement sur l'arrêt Labonorm rendu par votre Conseil en assemblée générale.

Dans cet arrêt, en effet, l'exception d'irrecevabilité du recours prise de l'omission, par le requérant, d'avoir demandé l'annulation de la décision fixant le cahier spécial des charges, a été déclarée irrecevable par Votre Conseil. Votre Conseil a ainsi jugé que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande de 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 des charges puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation.

Or cette circonstance n'a pas pour effet de suspendre le délai de recours contre le cahier des charges ou de faire revivre une possibilité de recours contre celui-ci.

Le recours, en ce qu'il est dirigé contre le cahier spécial des charges, premier acte attaqué, doit être déclaré irrecevable *ratione temporis*."

B. La partie adverse soulève une seconde exception d'irrecevabilité. Elle fait valoir ce qui suit :

" Selon une jurisprudence constante, le requérant justifie d'un intérêt au recours s'il démontre que l'annulation est susceptible de lui profiter personnellement et que sa situation, de fait ou de droit, s'en trouvera améliorée.

16. En l'espèce, la partie requérante ne démontre pas un pareil intérêt.

Il résulte en effet du dossier administratif et, plus particulièrement, du rapport d'examen des offres, que l'offre de la requérante a été rejetée en raison du fait qu'elle ne répond pas aux exigences administratives auxquelles elle doit satisfaire et ce, pour les trois motifs suivants :

«L'offre n'est pas conforme au point de vue administratif :

- elle est en contradiction avec le cadre général du contrat décrit au paragraphe 1 du CSCh, puisque le soumissionnaire refuse pour les "Clients" autres qu'Astrid

définis dans ce même paragraphe, d'appliquer certaines clauses contractuelles comme les délais de paiement et d'offrir les prestations logistiques ;
- plutôt que d'introduire une formule de révision des prix comme l'y autorisait le paragraphe 7.5. du CSCh, le soumissionnaire propose de la négocier en cours d'exécution du contrat.

- il propose également de modifier la clause de délai de paiement définie au paragraphe 13.2 du CSCh.»

A la lecture de l'offre remise par la requérante, on constate effectivement que celle-ci formule des réserves sur les éléments précités.

Ces éléments, en ce qu'ils visent notamment le prix, les délais de paiement ou d'autres obligations pour lesquelles la partie adverse intervient comme centrale d'achat à l'égard de clients, constituent des éléments substantiels du marché au sens de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Elles mettent le pouvoir adjudicateur dans l'impossibilité matérielle de comparer l'offre avec celles des concurrents et rendent celle-ci irrégulière au sens de l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Votre Conseil a déjà jugé qu'une offre est frappée d'irrégularité substantielle lorsqu'elle prévoit une réserve qui est de nature à privilégier un candidat ou à défavoriser un ou plusieurs autres candidats et qui porte atteinte à une comparaison effective et objective des offres.

17. Par ailleurs, il est de jurisprudence constante que le candidat dont l'offre a été déclarée irrégulière ne dispose pas d'un intérêt valable à attaquer la décision de classement.

Ceci à moins bien sûr que les griefs invoqués ne concernent précisément le motif d'irrégularité invoqué par le pouvoir adjudicateur.

[...]

En l'espèce, l'offre de la requérante a été déclarée irrégulière dans le cadre de l'évaluation des exigences administratives.

Or, dans sa requête, celle-ci prend un moyen unique qui ne concerne que la prétendue illégalité du recours par le pouvoir adjudicateur au contrat ouvert et à la centrale d'achat, mais qui ne fait nullement grief à l'acte attaqué d'avoir déclaré son offre irrégulière.

Tout au plus la partie requérante se contente-t-elle de requalifier le marché en contrat-cadre, de critiquer la durée de celui-ci et d'affirmer que des tiers ne pourraient pas, à la suivre, faire usage du contrat ouvert qui résulterait de la passation du marché. Ces questions sont étrangères à l'irrégularité des réserves formulées par la partie requérante dans son offre.

Et même s'il y avait lieu de requalifier le marché litigieux et de considérer qu'il s'agit d'un contrat-cadre pour lequel un délai d'exécution de quatre ans s'impose, quod non, encore conviendrait-il de constater que cette circonstance n'aurait pas pour effet de rendre l'offre de la requérante conforme aux exigences administratives.

18. A titre surabondant, notons qu'il est communément admis que la matière des marchés publics ne touche l'ordre public que dans ces dispositions qui organisent des moyens spécifiques de mise en concurrence en vue de garantir l'égalité des soumissionnaires.

La législation, en ce qu'elle vise notamment les modalités techniques d'un marché, telle que le type de contrat, la limitation dans le temps de celui-ci où le recours au mécanisme de la centrale d'achat, ne touche pas l'ordre public.

En l'espèce, la requête en suspension ne contient aucun développement sur cette question de sorte que celle-ci ne fait pas partie des débats. Et même si tel devait être le cas, il y a lieu de constater que les critiques formulées par la partie requérante ne sont pas fondées sur des dispositions légales ou de principes qui touchent à l'ordre public de sorte que ce serait en vain qu'elle en invoquerait la violation en l'espèce.

Il en va d'autant plus ainsi que l'on peut parler d'une forme d'acceptation implicite des principes essentiels du marché puisque la requérante, outre qu'elle n'a pas attaqué le cahier des charges lorsqu'il lui incombait éventuellement de le faire, n'a fait à aucun moment usage des possibilités que lui offrent la réglementation et notamment de celle qui consiste à signaler par écrit des erreurs et des omissions

dans le cahier spécial des charges ou dans les documents complémentaires du marché, conformément à l'article 98 de l'A.R. du 8 janvier 1996. Ceci avec la conséquence qu'elle a participé au marché public qui est organisé en fonction d'un cahier des charges et qu'elle en a ainsi accepté les principes sans plus pouvoir valablement les dénoncer a posteriori dans son moyen unique. Votre Conseil a déjà jugé que les moyens ne pouvaient être dirigés contre des dispositions du marché dont il résulte qu'ils ont fait l'objet d'une acceptation même implicite par la partie requérante, à l'occasion de sa participation à celui-ci. A défaut d'intérêt, le recours doit être rejeté comme irrecevable."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Sur la première exception d'irrecevabilité

Conformément à l'article 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la demande de suspension, visée à l'article 65/15 de cette même loi, doit être introduite, à peine d'irrecevabilité, dans un délai de quinze jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

En tant que la requête est dirigée contre le premier acte attaqué, après l'expiration du délai précité, elle est tardive et est irrecevable.

B. Sur la seconde exception d'irrecevabilité

Le fait que la requérante n'ait plus la possibilité de demander la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, du premier acte attaqué, n'exclut pas cependant qu'elle puisse encore invoquer son illégalité à l'occasion du recours formé contre la décision de déclarer son offre irrégulière et contre celle d'attribution du marché public que la partie adverse a adoptées dans le cadre d'une procédure complexe.

Dans son moyen unique, la requérante conteste la légalité du cahier spécial des charges.

Si cette critique s'avérait sérieuse, le rétablissement de la légalité requerrait que la partie adverse modifiât le cahier spécial des charges et qu'elle permît aux soumissionnaires, à la suite de cette modification, de présenter une nouvelle offre.

La requérante disposerait alors de la possibilité de soumettre une offre régulière et d'obtenir, le cas échéant, l'attribution du marché public. Elle aurait donc bien un intérêt au présent recours.

Pour déterminer l'existence de cet intérêt, il convient cependant de statuer préalablement sur le sérieux du moyen.

V. MOYEN

V. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique pris de la violation "des articles 1 (5), 1 (10), 11 et 32 de la Directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services ; des articles 2, 4°, et 15 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, du principe d'égalité et des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes de bonne administration, de l'erreur de droit, de l'erreur manifeste d'appréciation et du principe «patere legem quam ipse fecisti»".

Dans une première branche, elle expose ce qui suit :

" 18. A titre préliminaire, on relèvera que les articles 3, 15° et 32 de la loi du 15 juin 2006, ainsi que les articles 136 à 138 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques reprennent en substance les dispositions de la directive 2004/18 relatives aux accords-cadres. La circonstance que ces dispositions internes ne soient pas encore en vigueur ne fait pas obstacle à la possibilité d'invoquer la violation des dispositions de la directive. En effet, il est de jurisprudence constante qu'une directive dont le délai de transposition est, comme en l'espèce, expiré, peut être invoquée directement devant votre juridiction, pour autant que la norme qu'elle contient soit claire, qu'elle consacre une obligation juridiquement complète qui impose aux Etats soit de s'abstenir, soit d'agir d'une manière déterminée, sans leur laisser aucun pouvoir discrétionnaire.

En l'espèce, s'il est vrai que la directive 2004/18 n'oblige pas les Etats à prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de conclure des accords-cadres (article 32, § 1^{er}), il revient aux Etats membres, lorsqu'une telle possibilité est offerte par leur droit interne aux pouvoirs adjudicateurs - ce qui est le cas en Belgique, comme en témoigne l'existence même du marché litigieux - de respecter les normes claires et précises contenues dans la directive en ce qui concerne ces accords-cadres. Il en va ainsi des dispositions visées au moyen, qui imposent une définition communautaire autonome du contrat-cadre et définissent de manière claire et précise la durée maximale des accords-cadres et interdisent aux pouvoirs adjudicateurs de recourir à ces accords de façon abusive ou d'une manière qui restreint la concurrence.

En un mot, donc, la directive n'impose pas la transposition de la figure de l'accord-cadre dans les secteurs classiques ; toutefois, si un Etat autorise le recours à cette figure, alors il faut respecter les limites prévues par la directive en terme de durée, d'objet, etc. de tels accords-cadres.

Votre Conseil a du reste jugé :

«qu'il serait incompatible avec l'effet contraignant reconnu à une directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par des personnes concernées; que, particulièrement dans les cas dans lesquels les

autorités communautaires auraient, par voie de directive, obligé les Etats membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de le prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire pour vérifier si, dans l'exercice de la faculté qui lui est réservée quant à la forme et aux moyens pour la mise en œuvre de la directive, l'autorité nationale est restée dans les limites de la marge d'appréciation tracée par la directive; qu'il s'ensuit que lorsqu'une juridiction nationale est appelée à apprécier la légalité de la décision d'une autorité administrative, elle peut contrôler si celle-ci est restée dans lesdites limites».

Par ailleurs, la mesure de suspension visée à l'article 65/15 de la loi de 1993 est prononcée dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 65/14, en particulier lorsqu'il est constaté qu'une décision viole «le droit communautaire en matière de marchés publics applicable au marché concerné, ainsi que la loi et ses arrêtés d'exécution».

Au surplus, il convient de mentionner que l'article 5.1 du cahier des charges soumet explicitement ce marché aux dispositions de la directive 2004/18. Pour autant que de besoin, les dispositions de cette directive sont dès lors directement applicables, par ce biais, au marché litigieux.

19. Comme indiqué ci-dessus (supra, paragraphe 8), ce marché a pour objet de répondre aux besoins de divers clients, habilités à «passer des commandes partielles dans le cadre de ce contrat ouvert». Ces clients sont :

- «soit ASTRID dans le cas de matériel acquis pour couvrir ses propres besoins,
- soit un partenaire détenteur d'un "RF design approval" délivré par ASTRID pour les quantités reprises dans ce document.»

Comme rappelé ci-dessus, l'article 22 de la «loi ASTRID» du 8 juin 1998 dispose que «le maître de l'ouvrage est obligé, à sa propre charge, d'installer et de maintenir des équipements (...) établissant dans ses constructions un niveau minimum de couverture radioélectrique». Ces maîtres de l'ouvrage doivent conclure une convention avec ASTRID, dans le cadre de laquelle ASTRID sera amenée à approuver la configuration technique de leur couverture radio (et donc à leur décerner le «RF design approval»). Ces maîtres de l'ouvrage seront tant des sociétés publiques (comme, par exemple, Infrabel, pour ses tunnels, ses gares, etc.) que des sociétés privées propriétaires ou gestionnaires de «grands» bâtiments (comme, par exemple, le promoteur Foruminvest pour son centre commercial, pièce 12.).

20. Le cahier spécial des charges précité a trait à la réalisation d'un «contrat ouvert concernant la livraison de repeaters TETRA et la fourniture des services y afférents».

Par cette terminologie - et, surtout, par le contenu du cahier des charges - la partie adverse vise la conclusion d'un accord-cadre, à savoir:

«un accord conclu entre un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant 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» (article 1(5) de la Directive 2004/18 - en droit belge, une définition identique est fournie à l'article 41 bis de la loi de 1993 pour les secteurs spéciaux).

21. L'article 32, § 2, de la Directive interdit aux pouvoirs adjudicateurs de recourir aux accords-cadres «de façon abusive ou de manière à empêcher, à restreindre ou à fausser la concurrence». Cette disposition ne constitue du reste qu'une application particulière des principes généraux d'égalité, de proportionnalité et de libre concurrence tels qu'ils sont reconnus tant par le droit interne belge que par le droit communautaire.

Il convient en effet, notamment, d'éviter qu'un accord-cadre ait un champ d'application *ratione temporis*, *ratione personae* ou *ratione materiae* tellement large qu'il entrave la concurrence sur le marché considéré. En l'espèce, l'accord-cadre, de par son étendue, limite de manière disproportionnée la concurrence sur le marché considéré.

22. C'est ainsi que l'article 32 (2) de la Directive précise que la durée d'un accord-cadre ne peut pas dépasser quatre ans, «sauf dans des cas exceptionnels

dûment justifiés, notamment par l'objet de l'accord-cadre». Or, le cahier des charges (article 2.2) prévoit que la durée de l'accord-cadre sera de cinq ans, sans aucunement justifier une durée aussi longue (qui, du reste, ne se justifie pas, compte tenu notamment des évolutions technologiques et des évolutions du marché qui seront introduites par l'adoption de l'arrêté royal en projet relatif aux constructions dans lesquelles la couverture radioélectrique devra être prévue).

23. Par ailleurs, lorsque, comme en l'espèce, l'accord-cadre est destiné à servir les besoins de plusieurs entités, il y a lieu que ces entités soient à tout le moins identifiées dans les documents du marché.

L'article 32 (2) al. 2 de la Directive prévoit ainsi que les procédures simplifiées pour passer commande au sein de l'accord cadre «ne sont applicables qu'entre les pouvoirs adjudicateurs et les opérateurs économiques originellement parties à l'accord-cadre».

[...]

En l'espèce, et comme il résulte de l'exposé des faits, le marché est passé au profit d'un nombre indéterminé de «clients».

Le marché est donc infiniment plus vaste que les accords-cadres conclus par ASTRID au profit des membres des services de secours, définis dans des (longues) listes aux articles 7 et 8 du contrat de gestion d'ASTRID. A la différence des autres marchés passés par ASTRID, dont l'usage est limité aux organismes figurant sur ces listes, le marché entend couvrir la totalité des besoins du secteur public et du secteur privé en répéteurs.

Comme l'indiquent les dispositions citées dans l'exposé des faits, et les travaux préparatoires de l'article 22, il s'agit clairement de permettre aux maîtres de l'ouvrage «sans que le contribuable ne doive y aller de sa poche», de s'approvisionner des répéteurs imposés en vertu de cette législation.

24. En vain serait-il répondu que tous les répéteurs installés en Belgique devraient nécessairement être acquis auprès d'un seul fournisseur, dans le cadre d'un marché unique. En effet, d'une part, il existe déjà un nombre important de répéteurs installés, fournis par la requérante, et contrôlés au moyen du système central de contrôle également livré par la requérante. Les répéteurs Axell coexisteront donc avec les répéteurs fournis par l'adjudicataire du marché litigieux. D'autre part, il est techniquement possible de prévoir, en recourant à des protocoles de communication «ouverts», qu'un même système central de contrôle puisse contrôler plusieurs modèles de répéteurs agréés.

Un système nettement moins attentatoire à la concurrence eût consisté, pour ASTRID, à agréer un petit nombre de fournisseurs de répéteurs, et à laisser la concurrence jouer entre les fournisseurs de ces répéteurs agréés. Un tel système est du reste mis en place par ASTRID notamment pour les radios utilisées par les services de secours, pour lesquelles des marchés concurrentiels sont organisés entre les fournisseurs ainsi agréés.".

Dans une seconde branche, la requérante indique que :

" 26. L'article 2, 4°, de la loi du 15 juin 2006 définit la centrale d'achat ou centrale de marché comme:

«un pouvoir adjudicateur au sens du 1° qui:

- acquiert des fournitures ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, à des entreprises publiques ou à des entités adjudicatrices ou
- passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, à des entreprises publiques ou à des entités adjudicatrices»

Cette disposition transpose l'article 1 (10) de la directive 2004/18, qui définit semblablement la centrale d'achat comme:

«un pouvoir adjudicateur qui

- acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ou
- passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.»

L'article 11 de la même directive impose aux Etats membres de «prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'acquérir des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à des centrales d'achat».

Cette lecture du texte clair de la directive et de la loi est encore confirmée par le quinzième considérant de la Directive :

«Certaines techniques de centralisation des achats se sont développées dans des États membres. Plusieurs pouvoirs adjudicateurs sont chargés d'effectuer des acquisitions ou de passer des marchés publics/accords-cadres destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs. Ces techniques permettent, du fait de l'importance des volumes achetés, d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique. Il convient donc de prévoir une définition communautaire de la centrale d'achat destinée aux pouvoirs adjudicateurs. Il y a lieu également de définir les conditions auxquelles, dans le respect des principes de non discrimination et d'égalité de traitement, les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat peuvent être considérés comme ayant respecté la présente directive.»

Le droit communautaire réserve dès lors l'utilisation des centrales d'achat aux besoins des pouvoirs adjudicateurs, sans qu'il soit permis au législateur belge de s'écarter de cette définition communautaire autonome.

27. La doctrine confirme l'interprétation littérale qu'il convient de donner aux articles et considérant précités, même si certains auteurs appellent, de lege ferenda, à une interprétation plus large, non sans mettre en garde contre les risques de restriction à la concurrence qu'engendrerait une telle interprétation, lesquels devraient selon eux être considérés au cas par cas sous l'angle du droit de la concurrence. Cependant, force est de constater, de lege lata, que les législateurs communautaire et belge ont entendu écarter ces risques de manière générale et in abstracto, en interdisant que des opérateurs privés prennent part à une centrale d'achat.

28. Il est donc exclu qu'une centrale d'achat mise en place par un pouvoir adjudicateur serve à approvisionner des sociétés privées, a fortiori, un nombre indéterminé de sociétés privées, voire toutes les sociétés privées concernées par l'acquisition de répéteurs qui, de facto, dans le cadre de la procédure de validation ex ante et ex post de leurs installations, s'approvisionneront via la centrale d'achat litigieuse.

En vain serait-il rétorqué que, sur le plan opérationnel, les équipements en question seront utilisés non pas par les propriétaires et exploitants des bâtiments, mais par les services de secours, de sorte que ces équipements seraient «destinés» à des pouvoirs adjudicateurs. La question n'est en effet pas de savoir qui est l'utilisateur «physique» du matériel acheté, mais à qui incombe l'obligation de se fournir en équipements. Comme indiqué ci-dessus, il résulte de l'article 22 de la Loi Astrid, de ses travaux préparatoires, de l'arrêté royal du 25 juillet 2008 et de la convention type préparée par ASTRID que l'obligation de s'équiper de tels répéteurs incombe personnellement et directement aux maîtres d'ouvrage, à leurs frais.

Au regard de ce constat, le cahier spécial des charges, en ce qu'il permet aux détenteurs d'un «RF design approval», lesquels peuvent ne pas être des pouvoirs adjudicateurs, de participer à une centrale d'achat, viole donc les dispositions visées au moyen, de sorte que la décision attaquée qui se fonde sur ce cahier des charges doit également être tenue pour illégale."

La requérante ajoute au sujet des deux branches que :

- " 30. Surabondamment, si votre Conseil s'interrogeait quant à la portée des dispositions de droit communautaire invoquées par la requérante, celle-ci sollicite de votre Conseil qu'il pose les questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice de l'Union européenne :
 - o «L'article 32 (2) de la Directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un accord cadre soit

ouvert à un nombre indéterminé de bénéficiaires, entités publiques et privées, non identifiés dans les documents du marché ?»

o «L'article 1(10) et l'article 11 de cette Directive doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils réservent aux pouvoirs adjudicateurs (à l'exclusion d'opérateurs privés) la possibilité de bénéficier des services d'une centrale d'achat?»".

B. Note d'observations

La partie adverse répond ce qui suit :

- " (o)remarque préliminaire sur la recevabilité des deux branches
20. Il convient de remarquer à titre subsidiaire que les développements consacrés dans la présente note à l'irrecevabilité de la demande s'appliquent, mutatis mutandis, à l'irrecevabilité du moyen.
- Si Votre Conseil estimait qu'ils ne peuvent donner lieu au rejet de la demande, à tout le moins doit-il considérer qu'ils permettent de conclure à l'irrecevabilité du moyen.
- Il apparaît en effet que les critiques émises par la requérante ne pourraient aboutir à une suspension qui lui profiterait.
- A défaut d'intérêt au moyen unique, le recours doit être rejeté. C'est donc à titre plus subsidiaire que les moyens sont discutés ci-après.
- (i) première branche
- [...]
- la confusion opérée entre accord cadre et contrat ouvert et ses conséquences -
23. Il ressort de la lecture des dispositions précitées que le marché litigieux ne peut être qualifié d'accord-cadre dès lors qu'il ne souscrit pas à une des caractéristiques essentielles de celui-ci.
- En effet, l'accord-cadre a pour objectif de déterminer les termes régissant la passation de marchés futurs avec le ou les opérateurs économiques avec lesquels l'accord a été conclu.
- Il s'indique généralement lorsque le pouvoir adjudicateur souhaite grouper des commandes de travaux, de livraisons ou de services, sans pour autant que les quantités, la nature et les délais applicables ne puissent être évalués au moment où la procédure d'attribution est organisée.
- Les marchés ouverts, quant à eux, sont principalement apparus, historiquement, au sein de l'ancien ministère de la Défense nationale ou dans le secteur des travaux publics. Ils désignent les marchés publics de travaux, de fournitures ou de services conclus pour faire face aux besoins éventuels et présumés d'une période donnée, ces besoins n'étant pas définis a priori avec précision, contrairement aux marchés à tranches dans lesquels le volume des prestations est préalablement déterminé.
- Or, le cadre général du contrat litigieux tel que défini dans le cahier spécial des charge diffère du contrat-cadre en ce qu'il prévoit trois parties, à savoir le pouvoir adjudicateur, l'entreprise qui assurera la livraison et le client. Quant à cette dernière catégorie d'intervenants, il ne s'agit pas seulement de la partie adverse pour ses besoins propres mais de tous les utilisateurs potentiels du réseau ASTRID, lesquels peuvent, sans y être obligés, passer commande conformément aux conditions du contrat ouvert.
- Aucune passation de marché n'est donc prévue ad futurum en exécution de ce contrat ouvert mais seulement la commande de fournitures par la partie adverse ou par des partenaires détenteurs d'un «RF design approval».
- Il n'y a donc pas d'organisation en l'espèce d'un droit exclusif en faveur de l'entreprise retenue par le marché, mais seulement une possibilité offerte aux clients de passer un contrat qui a été établi par la partie adverse dans le respect des règles de la concurrence et qui a notamment pour objet de permettre une simplification administrative.
- Il n'y a donc pas non plus de limitation disproportionnée de la concurrence qui serait opérée sur le marché pendant une période de temps exagérée, dès lors que les

clients ne sont nullement obligés de passer commande de façon exclusive auprès de l'entreprise retenue.

C'est donc en vain que la requérante se plaint de ce que la limitation dans le temps, applicable en principe à l'accord-cadre, n'aurait pas été respectée en l'espèce. Outre que cette restriction est inexistante en matière de contrat ouvert, sa ratio legis ou le but poursuivi par celle-ci, ne trouve pas à s'appliquer pour un contrat ouvert non contraignant.

Et même s'il fallait considérer que la restriction à quatre ans de la durée du contrat trouve à s'appliquer en l'espèce, quod non, encore convient-il de constater que l'on peut y déroger moyennant une motivation adéquate. En l'espèce, une telle motivation existe : elle résulte de ce que les répéteurs et le système de monitoring et de contrôle MCS doivent être compatibles et ne peuvent, dans l'état actuel de la technologie, être conçus, installés et paramétrés de façon distincte. Eu égard à la durée de vie des répéteurs et de leur durée d'amortissement, il n'est pas raisonnable de prévoir leur remplacement au terme d'un délai inférieur à cinq ans. Ceci eu égard notamment à la nécessité de gérer les deniers publics avec prudence et en veillant à l'économie.

La partie requérante se méprend donc en fait sur la nature du marché et sur les conséquences de celui-ci. A tout le moins tire-t-elle de la qualification retenue des conclusions erronées en droit.

- le contrat ouvert à bordereau de prix -

24. Force est de constater que le contrat litigieux correspond à la figure du marché ouvert ou marché à commandes (ou encore «contrat ouvert» tel qu'il est nommément désigné dans le cahier spécial des charges).

Ce type de marché concerne des prestations pour lesquelles l'inventaire se limite à fixer des prix unitaires. L'obligation d'effectuer une fourniture et partant, le droit à l'exécution du marché résulte pour l'adjudicataire, de l'émission, par le pouvoir adjudicateur, de bons de commande successifs au fur et à mesure des besoins de celui-ci. Le marché à commandes peut également comporter une quantité totale minimale auquel le pouvoir adjudicateur s'engage pour l'ensemble des commandes, en tenant compte de la durée de validité du marché public et des possibilités budgétaires.

La durée de validité d'un marché à commandes est fixée, dans les documents de celui-ci, par l'adjudicateur en fonction des caractéristiques touchant les travaux, les fournitures ou les services à exécuter.

En ce qui concerne la détermination des prix, le marché à commandes est un marché à bordereau de prix dans lequel le prix à payer est obtenu en appliquant les prix unitaires aux quantités de prestations effectuées.

Enfin, dans le cadre de ce type de marché, l'adjudicateur a souvent recours à la procédure d'appel d'offres afin d'obtenir le meilleur rapport qualité-prix.

En l'espèce, le contrat ouvert de la partie adverse réunit l'ensemble des caractéristiques permettant de le qualifier de marché à commandes.

Les prix sont fixés à l'avance et non négociés à l'occasion de chaque commande, une quantité estimée est fixée et la durée de validité est déterminée dans le cahier spécial des charges en relation avec la complexité de l'objet du marché. Enfin, les fournisseurs ont été mis en concurrence à l'occasion de l'appel d'offres réalisé par la partie adverse pour la conclusion du contrat litigieux.

Ce choix de passer un marché à commandes offre à la partie adverse ainsi qu'aux autres partenaires, la garantie d'un prix fixe, d'une qualité des produits et d'un délai de livraison fixe.

Ici encore, il convient de préciser que le partenaire-client (maitre d'ouvrage) qui doit installer une couverture radiophonique ASTRID dans un lieu confiné n'a aucune obligation de passer par le contrat ouvert pour passer ses commandes de «repeaters». Il a le choix de s'adresser à un autre fournisseur que celui désigné comme adjudicataire dans le marché litigieux pour l'acquisition de ces appareils.

La première branche du moyen manque en fait et en droit.

(ii) seconde branche

[...]

- notion de centrale d'achat -

26. La notion de centrale d'achat est définie à l'article 2, 4° de la loi du 15 juin 2006. Il s'agit d'un pouvoir adjudicateur qui acquiert des fournitures ou des services destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs, à des entreprises publiques ou à des entités adjudicatrices.

Le mécanisme de centrale de marché ou d'achat comporte plusieurs avantages, parmi lesquels:

- le marché est conclu en une seule fois, par un service doté de compétence d'analyse et de moyens administratifs idoines ;
- les produits ou services sont testés une fois, en profondeur (p. ex. les gilets pare-balles des policiers) ;
- les «petits» pouvoirs adjudicateurs ne doivent pas concevoir et lancer des procédures pour lesquelles ils ne sont pas nécessairement équipés.

La centrale d'achat se distingue cependant de la centrale de marché dès lors que cette dernière, en lieu et place de passer des commandes, passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services.

S'il est nécessaire que la centrale d'achat revête la qualité de pouvoir adjudicateur, il n'est toutefois pas exclu que des partenaires privés puissent, le cas échéant, intervenir dans une centrale d'achat. Selon la doctrine, la collaboration avec des personnes privées pourrait probablement présenter pour certains marchés un plus grand avantage et aboutir à un fonctionnement plus performant de la centrale d'achat. Ceci pour autant que la centrale d'achat ne perde pas son caractère de pouvoir adjudicateur.

- utilité d'organiser une centrale d'achat pour les répéteurs et le MCS -

27. Dans le cas d'espèce, le cahier spécial des charges spécifie que la partie adverse, en tant que pouvoir adjudicateur, officiera en qualité de centrale d'achat. Elle aura la possibilité d'acquérir auprès de l'adjudicataire du matériel pour couvrir ses propres besoins.

Il ressort également du cadre général du contrat que des partenaires publics ou privés pourront intervenir dans la centrale d'achat et passer des commandes à leurs profits. Il s'agit de partenaires déterminés puisque cela concerne uniquement des maîtres d'ouvrage qui ont l'obligation de prévoir une couverture radioélectrique ASTRID au profit des services de secours à l'intérieur d'une construction ou d'une infrastructure et qui se sont vus décerner un «RF design approval» par la partie adverse, c'est-à-dire un rapport de validation de la réalisation de l'équipement de radiophonie.

Ce mécanisme a, de par ses avantages, permis de satisfaire les besoins des acteurs du marché litigieux.

Eu égard à la particulière technicité du marché et au besoin de garantir une sécurité sans faille aux services de secours et de sécurité, la partie adverse a pu mettre à profit sa compétence particulière en choisissant le soumissionnaire idoine proposant un matériel de qualité, des prix plafonds et des délais de livraison garantis.

Le maître d'ouvrage qui souhaite faire appel au contrat ouvert litigieux aura l'assurance que l'ensemble des modalités techniques et pratiques seront respectées sans devoir lui-même passer un marché ou faire une étude comparative des prix et de la qualité des fournisseurs du produit concerné.

- absence d'obstacle légal ou réglementaire -

28. Il ne découle en tout cas ni la directive 2004/18/EG ni de la définition figurant à l'article 2, 4° de la loi du 15 juin 2006 que des tiers qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs, fussent-ils indéterminés, n'auraient pas possibilité de passer contrat selon des modalités qui ont été établies par la partie adverse au terme d'une procédure de marché public et dans le respect de la libre concurrence.

Il apparaît en outre que la requérante donne à la définition figurant à l'article 2, 4° de la loi du 15 juin 2006 une portée par trop restrictive et lui ajoute des conditions qui n'y figurent pas.

Lorsqu'un pouvoir adjudicateur recourt au mécanisme de la centrale d'achat ou de marché en vue de faire réaliser des travaux, des fournitures ou des services, elle est même dispensée de l'obligation d'organiser une procédure d'attribution.

Il en résulte a fortiori que rien n'interdit à un tiers de librement participer à une telle centrale d'achat, même si elle a été organisée par le biais d'un marché public.

Le moyen manque également en droit en ce que les définitions figurant à l'article 2 de la loi du 15 juin 2006 et qui sont partiellement entrées en vigueur, ne contiennent pas de modalités contraignantes dont la violation pourrait entraîner l'irrégularité de la décision attaquée.

La passation d'un contrat dans le cadre d'une centrale d'achat après attribution d'un marché public constitue donc la confirmation d'une pratique qui existe depuis longtemps.

La deuxième branche du moyen manque en droit et en fait. Le moyen n'est pas sérieux."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Sur la première branche

L'article 32, § 1^{er}, de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services offre la faculté aux Etats membres de prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de conclure des accords-cadres.

Si l'Etat belge a transposé l'article 32 de la directive 2004/18/CE par les articles 3, 15°, et 32 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que par les articles 136 à 138 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ces dispositions ne sont pas entrées en vigueur.

Il en résulte qu'à ce stade, l'Etat belge n'a pas encore fait usage, de manière effective, de la faculté que lui réserve l'article 32, § 1^{er}, de la directive 2004/18/CE de prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de conclure des accords-cadres.

Dès lors, à supposer que le marché public litigieux soit un accord-cadre au sens de l'article 1^{er}, § 5, de la directive 2004/18/CE, son illégalité résulterait du fait que l'Etat belge n'a pas encore prévu la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'en conclure. Tel n'est cependant pas la critique énoncée par la requérante et il ne convient pas d'examiner d'office, dans le cadre d'une procédure de suspension d'extrême urgence, si la partie adverse a commis une telle illécitité.

Par contre, l'illégalité du marché public contesté ne pourrait découler de ce que la partie adverse n'aurait pas respecté les règles, prévues par l'article 32 précité de la directive 2004/18/CE, qui régissent la conclusion d'accords-cadres dès lors que, comme cela vient d'être précisé, les normes les transposant ne sont pas entrées en vigueur.

Par ailleurs, ces règles, énoncées par l'article 32 de la directive 2004/18/CE, ne sont pas directement applicables étant donné que leur application est conditionnée au fait que l'Etat belge use de sa faculté de prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de conclure des accords-cadres.

Or, il n'a pas fait usage, de façon effective, de cette faculté dès lors que les normes transposant l'article 32 de la directive 2004/18/CE ne sont pas entrées en vigueur.

En conséquence, la première branche du moyen, selon laquelle la partie adverse aurait méconnu les règles régissant les accords-cadres, n'apparaît pas sérieuse.

B. Sur la seconde branche

L'article 11, § 1^{er}, de la directive 2004/18/CE du 31 mars 2004 accorde aux Etats membres la faculté de prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs d'acquérir des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à des centrales d'achat.

L'article 1^{er}, § 10, de cette même directive prévoit qu'une centrale d'achat est un pouvoir adjudicateur qui acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ou passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs.

L'article 11, § 2, ajoute que les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article 1^{er}, § 10, sont considérés comme ayant respecté la présente directive, pour autant que cette centrale d'achat l'ait respectée.

Le point 15 du préambule de la directive 2004/18/CE est rédigé comme suit :

" Certaines techniques de centralisation des achats se sont développées dans des Etats membres. Plusieurs pouvoirs adjudicateurs sont chargés d'effectuer des acquisitions ou de passer des marchés publics/accords-cadres destinés à d'autres pouvoirs adjudicateurs. Ces techniques permettent, du fait de l'importance des volumes achetés, d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique. Il convient donc de prévoir une définition communautaire de la centrale d'achat destinée aux pouvoirs adjudicateurs. Il y a lieu également de définir les conditions auxquelles, dans le respect des principes de non discrimination et d'égalité de traitement, les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat peuvent être considérés comme ayant respecté la présente directive."

Prima facie, il ressort des dispositions précitées ainsi que du préambule de la directive 2004/18/CE que le législateur européen a entendu autoriser des techniques, qualifiées de centrales d'achat, qui s'étaient développées dans des États membres et par lesquelles des pouvoirs adjudicateurs n'appliquaient pas eux-mêmes les règles relatives aux marchés publics mais acquéraient des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à d'autres pouvoirs adjudicateurs qui, eux, mettaient en œuvre la législation concernant les marchés publics.

Le législateur européen a autorisé ces techniques d'une part, en permettant aux États membres de prévoir la possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de passer des commandes en recourant à des centrales d'achat et d'autre part, en établissant une présomption selon laquelle "les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, des fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article 1^{er}, paragraphe 10, sont considérés comme ayant respecté la présente directive, pour autant que cette centrale d'achat l'ait respectée".

Par ailleurs, le législateur européen a voulu donner une définition commune des centrales d'achat au niveau de l'Union en décrivant ces techniques qui s'étaient développées dans des États membres.

Par contre, il ne résulte ni des dispositions précitées, ni du préambule de la directive 2004/18/CE que le législateur européen aurait édicté, en outre, une interdiction, en empêchant des pouvoirs adjudicateurs d'acquérir des fournitures destinées à des personnes qui ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs et qui ne sont donc pas régies par la législation relative aux marchés publics.

Si une telle acquisition était effectivement prohibée, comme le soutient la requérante, en raison de ses effets restrictifs sur la concurrence, son interdiction ne découlerait cependant pas, *prima facie*, des articles 1^{er}, § 10, et 11 de la directive 2004/18/CE, ni des normes internes les transposant.

En conséquence, la seconde branche du moyen, selon laquelle la partie adverse aurait méconnu les règles applicables aux centrales d'achat, n'apparaît pas sérieuse.

Enfin, il ne convient pas, à ce stade de la procédure, de poser à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles énoncées par la requérante. Ces questions pourraient être posées, dans le cadre de la procédure au fond, si la requérante formait une requête en annulation.

Une procédure de référé d'extrême urgence, telle qu'elle est organisée par 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, n'est pas compatible avec l'engagement d'une procédure de renvoi préjudiciel.

Le moyen unique n'apparaît donc pas sérieux de telle sorte que le bien-fondé de la seconde exception d'irrecevabilité est établi.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

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 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.