

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.203 du 10 décembre 2015

G./A.215.667/VI-20.434

En cause : **la société privée à responsabilité limitée BEST DEAL,**

ayant élu domicile chez
Mes Kris LEMMENS, Myriam LAHBIB et
Virginie MONTEYNE-JADOUL, avocats,
De Burburestraat, n° 6-8,
2000 Anvers,

contre :

le centre public d'action sociale de Charleroi,

ayant élu domicile chez
Mes Sébastien DEPRE et
Evrard de LOPHEM, avocats,
place Flagey, n° 7,
1050 Bruxelles.

Partie intervenante:

**la société privée à responsabilité limitée
AB RESTAURATION,**

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Sophie JACQUES, avocats,
Place Flagey, n° 18,
1050 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 24 avril 2015, la société privée à responsabilité limitée BEST DEAL demande l'annulation et la suspension de l'exécution de "la décision du CPAS de Charleroi de date inconnue de recourir à la mise en place d'une concession de services ayant pour objet «la passation de marchés conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires», dont les modalités ont été fixées dans les «Conditions de la concession de services ayant pour objet la passation de marchés conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires» portant la référence

2015-ACH0840 et dont la requérante a pris connaissance par la publication d'un avis au Bulletin des Adjudications en date du 26 mars 2015".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat.

Une ordonnance du 14 octobre 2015 fixe l'affaire à l'audience du 12 novembre 2015 à 10 heures 30.

Le rapport et l'ordonnance de fixation ont été notifiés aux parties.

La société privée à responsabilité limitée AB RESTAURATION a, par une requête introduite le 3 novembre 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes Myriam LAHBIB et Virginie MONTEYNE-JADOUL, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Me Sébastien DEPRE, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Sophie JACQUES, avocat, comparaissant pour la partie intervenante ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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. Le 20 mars 2015, le C.P.A.S. de Charleroi décide "d'autoriser le lancement de la procédure de mise en concurrence d'une concession de services en vue de la passation de marchés publics conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires".

Il s'agit de l'acte attaqué.

III. 2. Un avis est publié dans le Bulletin des adjudications du 26 mars 2015.

L'intitulé suivant est donné à l'opération: "Invitation à remettre une offre – Passation de marchés conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires – Procédure négociée directe avec publicité". L'avis indique qu'il s'agit de services ressortissant à la catégorie 17, et mentionne par ailleurs, au titre de la classification C.P.V., les numéros 15800000 et 79418000.

L'opération est décrite, plus précisément, comme il suit :

" L'objectif de la présente mise en concurrence est de rédiger une convention de marché conjoint avec le prestataire de service qui aura été désigné et d'établir un/des cahier(s) spécial des charges relatif(s) à la fourniture de denrées alimentaires et autres. Le prestataire signera la convention de marché conjoint et sera le mandataire du CPAS. Le prestataire n'est pas rémunéré par le CPAS pour les prestations effectuées, de sorte que la convention n'est pas conclue à titre onéreux entre les parties. S'agissant d'un marché conjoint, le prestataire de services devra également acquérir des denrées alimentaires et autres pour son propre compte. Contrairement à certaines mentions qui peuvent apparaître dans ce document et dans l'avis de marché (mentions obligatoires en vertu du caractère standard du formulaire), la présente procédure ne consiste pas en un marché public et il ne s'agit pas d'une procédure négociée directe avec publicité mais bien d'une concession de service. Il n'y a pas de cahier spécial des charges mais un document reprenant les conditions essentielles de la concession de services ainsi envisagée".

La concession est annoncée pour une durée de 12 mois.

Des critères de capacité technique sont définis.

Les critères d'attribution annoncés dans l'avis de marché sont les suivants :

1. Qualité des documents du marché (convention de marché conjoint, cahier spécial des charges, avis de marché) (50 points);
2. Organisation du système de commande (30 points);
3. Composition de l'équipe (Formation/expérience dans le secteur de la restauration) (20 points).

La date limite de réception des offres est fixée au 16 avril 2015.

III. 3. Les "conditions de la concession de services" définissent plus clairement l'objet et les modalités de l'opération.

Il est notamment précisé que "le présent marché consiste en une concession de services à titre gratuit dans le cadre de laquelle le prestataire de services sera autorisé à négocier une ristourne auprès des fournisseurs et prévoir d'en conserver une partie"; que "le soumissionnaire devra remettre un projet de convention que les parties signeront après la désignation du prestataire de services"; que "les termes de ce projet devront pouvoir être adaptés en fonction des *desiderata* de chacune des parties" et que "faute d'accord entre les parties sur les termes de cette convention la présente concession de services sera considérée comme nulle et sans objet".

Selon la "description des exigences techniques" :

- " Le CPAS de Charleroi recherche un prestataire de services en mesure, à titre gratuit, d'attribuer et d'assurer le suivi de l'exécution de marchés publics conjoints de fournitures de denrées alimentaires et autres en tant que mandataire du CPAS. L'objectif de la présente mise en concurrence est de rédiger une convention de marché conjoint avec le prestataire de service qui aura été désigné et d'établir un/des cahier(s) spécial des charges relatif(s) à la fourniture de denrées alimentaires et autres. Le prestataire signera la convention de marché conjoint et sera le mandataire du CPAS. Le prestataire n'est pas rémunéré par le CPAS pour les prestations effectuées, de sorte que la convention n'est pas conclue à titre onéreux entre les parties. S'agissant d'un marché conjoint, le prestataire de services devra également acquérir des denrées alimentaires et autres pour son propre compte.

Le prestataire de services sera chargé d'assurer les missions suivantes :

- l'ensemble de la procédure d'attribution du marché conjoint (rédaction des documents du marché, attribution, notification), dans le respect de la législation et de la réglementation relative aux marchés publics.
- l'organisation du système de commande.

Le prestataire de services pourra négocier une ristourne auprès des fournisseurs et prévoir qu'une partie de la ristourne lui reviendra.

Afin de permettre au CPAS de Charleroi de respecter les obligations à lui imposées par la Cour des Comptes et les lois relatives aux budgets et comptes des administrations, le prestataire de services devra assurer la transparence autour de cette ristourne et il devra communiquer au CPAS de Charleroi : les prix unitaires, la ristourne obtenue et la partie de la ristourne qui sera conservée par lui".

La durée de la concession est annoncée, cette fois, pour une année reconductible tacitement au maximum pour 3 périodes successives d'un an.

III. 4. Le 1^{er} avril 2015, la société privée à responsabilité limitée BEST DEAL adresse une série de questions à la partie adverse, en rapport avec la publication de l'avis de marché.

Un avis de marché complémentaire, faisant notamment écho aux réponses données à la société BEST DEAL, est publié le 3 avril 2015.

III. 5. La date d'échéance de remise des offres est reportée au 27 avril 2015.

III. 6. Deux offres parviennent à la partie adverse avant la date d'échéance de remise des offres: celle de la société privée à responsabilité limitée AB RESTAURATION et celle de la société privée à responsabilité limitée BEST DEAL.

III. 7. Le 3 juin 2015, le conseil de la partie adverse adresse au Conseil d'Etat la décision du 22 mai 2015 du Conseil du Centre public d'action sociale, par laquelle il "attribu[e] cette concession de services au candidat ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit AB RESTAURATION SPRL".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 3 novembre 2015, la société privée à responsabilité limitée AB RESTAURATION demande à intervenir dans la procédure en référé.

En tant qu'attributaire des prestations sur lesquelles porte l'opération litigieuse, que l'acte attaqué a pour objet d'initier, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

En conséquence, rien ne s'oppose à ce que cette demande soit accueillie dans la procédure en référé.

V. QUALIFICATION DE L'OPERATION LITIGIEUSE

L'examen de la cause révèle, notamment au titre des développements du deuxième moyen et de la réponse qu'y apporte la partie adverse, que fait débat la qualification de l'opération dans le courant de laquelle a été adopté l'acte attaqué. Les conséquences que peut avoir cette qualification sur le sort de la demande dont le Conseil d'Etat est saisi à ce stade imposent de répondre préalablement à cette question de qualification.

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

A s'en référer au deuxième moyen, la requérante expose sa thèse relative à la qualification de l'opération litigieuse, qu'elle tient pour être un marché public, dans les termes suivants :

- " Le deuxième moyen est pris de la violation de l'article 3, 1° de la Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services consacrant la définition de marché public.»

A. Première branche: s'agissant d'un contrat à titre onéreux, la Loi relative aux marchés publics se doit d'être d'application

a.- En droit

17. Même si votre Conseil devait rejeter le premier moyen, *quod non*, le mandataire privé devrait à tout le moins être désigné en conformité avec la réglementation sur les marchés publics.

L'article 3, 1° de la Loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dispose ceci :

«Pour l'application de la présente loi, on entend par :

1° marché public : le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services.»

18. Selon la doctrine et la jurisprudence en vigueur, dans la majorité des cas, le terme «onéreux» fait référence à une rémunération en argent versée en contrepartie de l'exécution du marché, mais cette rémunération n'est toutefois pas indispensable. En effet, conformément au Vademecum des marchés publics ainsi qu'à l'article 1106 du Code Civil, il suffit que la contrepartie des prestations de l'entreprise puisse être appréciée en argent.

Le caractère onéreux du contrat s'apprécie donc eu égard à l'existence d'une contrepartie, à savoir tout avantage économique qui est conféré directement ou indirectement par le pouvoir adjudicateur en échange d'une prestation. La doctrine estime ainsi que «la nature de la ou des contre-prestations à charge du pouvoir adjudicateur importe dès lors peu, pourvu qu'elle(s) soi(en)t évaluable(s) en argent.»

19. Il importe en outre de souligner que la contrepartie peut être indirecte et ne pas provenir directement du pouvoir adjudicateur. Ainsi, la jurisprudence a estimé, en son arrêt du 11 janvier 1995, qu'il est notamment question d'un contrat à titre onéreux «si le service fourni consiste à dépanner et/ou à enlever des voitures en stationnement interdit; peu importe de savoir que l'entrepreneur ne sera pas payé par la commune, mais bien par les propriétaires de ces voitures». Il en est de même pour ce qui concerne la construction et l'exploitation de parkings via une concession où le concessionnaire, qui prend le risque de la construction, de la maintenance et de l'exploitation du parking, se verra être payé par les droits d'entrée des utilisateurs du parking à ériger.

La Cour constitutionnelle a également repris l'interprétation large qu'a livrée la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt Auroux en jugeant que : «La notion "à titre onéreux" doit être interprétée largement et elle comprend non seulement les contreparties financières, mais également les promesses de contributions réelles au financement d'un projet ou destinées à couvrir d'éventuelles pertes lors de la réalisation de celui-ci. De même, la possibilité de demander une contrepartie à des tiers pour l'utilisation des ouvrages peut être qualifiées de contre-prestation».

b.- Développements

20. Pour rappel, dans son avis de marché rectificatif du 3 avril 2015 publié au Bulletin des Adjudications, le CPAS de Charleroi fait clairement fi de la législation sur les marchés publics au motif que «le prestataire signera la convention de marché conjoint et sera le mandataire du CPAS. Le prestataire n'est pas rémunéré par le CPAS pour les prestations effectuées, de sorte que la convention n'est pas conclue à titre onéreux entre les parties. (...) la présente

procédure ne consiste pas en un marché public et il ne s'agit pas d'une procédure directe avec publicité mais bien d'une concession de service. Il n'y a pas de cahier spécial des charges mais un document reprenant les conditions essentielles de la concession de services ainsi envisagée.»

21. Selon le CPAS de Charleroi, la convention ne serait pas conclue à titre onéreux car le prestataire de services ne serait pas directement rémunéré par le CPAS de Charleroi.

Cependant, les conditions de la concession de services ayant pour objet la passation de marchés conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires indiquent expressément que le prestataire de services pourra négocier une ristourne auprès des fournisseurs et prévoir qu'une partie de la ristourne lui reviendra.

Il ressort dès lors de ce montage que le prestataire de services sera *in fine* payé pour les services accomplis. De plus, dans son avis modificatif publié en date du 3 avril 2015, le CPAS de Charleroi précise que «L'idée est que le concessionnaire se paie sur une partie de la ristourne accordée au vu du volume de commande du CPAS. C'est un système de tiers investisseur/payeur que le concessionnaire devra détailler dans son offre.»

22. Sur base de la doctrine et de la jurisprudence rappelées ci-avant, le montage juridique proposé par le CPAS de Charleroi, à savoir une concession de services entre un pouvoir adjudicateur, en l'occurrence le CPAS de Charleroi, et un prestataire de services à désigner, n'est pas un mandat à titre gratuit, mais bien un mandat à titre onéreux qui devrait par conséquent être soumis à la législation sur les marchés publics et être qualifié purement et simplement de marché de services. En effet, le CPAS de Charleroi ne rémunérera pas directement son partenaire privé, mais ce dernier sera incontestablement rémunéré par différentes ristournes prévues dans les conditions de la concession ainsi que dans l'avis modificatif publié le 3 avril 2015.

23. En conclusion, peu importe le fait qu'il n'existe aucun flux financier direct entre le pouvoir adjudicateur, le CPAS de Charleroi, et l'entreprise privée à désigner, la ristourne versée directement par le fournisseur à ce mandataire privé suffit à qualifier le mécanisme juridique précité de contrat à titre onéreux et donc de marché public.

24. Eu égard à l'ensemble des développements qui précèdent, le moyen en cette branche est fondé et il incombe dès lors à Votre Conseil de suspendre et d'annuler la décision d'invitation à remettre offre émanant du CPAS de Charleroi pour une concession de services en vue de la passation de marchés conjoints pour l'acquisition de denrées alimentaires au motif que l'avis de marché fait clairement fi de la réglementation sur les marchés publics alors que, s'agissant d'un contrat à titre onéreux entre un pouvoir adjudicateur et un partenaire privé, il devrait clairement y faire référence. Le CPAS de Charleroi, en lieu et place de procéder à une simple mise en concurrence dans le cadre d'une concession de services, devrait plutôt procéder à la mise en place de la passation d'un marché public de services. La première branche de ce deuxième moyen doit être considérée comme fondée et sérieuse.

B. Deuxième branche : s'agissant d'un marché de services et non d'une concession de services, la Loi relative aux marchés publics se doit d'être d'application

a. - En droit

25. L'article 1^{er}, 4 de la directive européenne 2004/8 définit la concession de services comme étant un contrat «présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans

ce droit assorti d'un prix.» Il convient dès lors de vérifier si le concessionnaire tire sa rémunération de l'exploitation du service qu'il a livré.

26. Toutefois, la Cour de justice de l'Union européenne a fait évoluer ce critère unique de distinction basé sur le type de rémunération et a affirmé qu'il convenait également de déterminer, pour ce qui concerne les concessions de services, qui prend réellement en charge le risque lié à l'exploitation des services et de vérifier si le concessionnaire supporte bel et bien le risque économique de l'opération.

b. – Développements

27. Les services requis du prestataire sont énumérés au titre III des conditions de la concession de services. Il est convenu que le prestataire de services soit le mandataire du CPAS et procède, en son nom, à la rédaction d'un cahier spécial des charges relatif à la fourniture de denrées alimentaires et à la signature d'une convention de marché conjoint pour nom et pour compte du CPAS de Charleroi. Ainsi, le prestataire sera amené à assurer :

- « - l'ensemble de la procédure d'attribution du marché conjoint (rédaction des documents du marché, attribution, notification), dans le respect de la législation et de la réglementation relatives aux marchés publics
- L'organisation du système de commande».

28. Il ressort de cette mission qu'à aucun moment, l'on ne perçoit en quoi le prestataire de services serait amené à exploiter un service quelconque alors que la directive européenne 2004/18 impose clairement que la caractéristique d'une concession de services consiste en la contrepartie de la prestation des services à savoir le droit d'exploiter le service, ce qui la différencie clairement d'un marché de services et fait qu'elle ne ressort nullement de la réglementation sur les marchés publics.

En outre, on ne perçoit non plus aucunement quel serait le risque d'exploitation que supporterait le prestataire. En effet, la mission qui lui est demandée est de rédiger un cahier spécial des charges et de procéder à la mise en place de marchés conjoints en vue de désigner un opérateur économique chargé de livrer des denrées alimentaires au profit du CPAS de Charleroi. Le prestataire de services ne prend ainsi le risque d'aucun investissement et ne prend donc aucun risque économique.

29. Les éventuels risques que le prestataire pourrait encourir pourraient être les suivants :

- des soumissionnaires évincés ou non retenus pourraient introduire des recours contre le cahier spécial des charges à écrire et la passation des marchés conjoints à mener,
- personne ne soumissionne au marché conjoint qu'il va devoir lancer, par manque d'attractivité, par l'imposition de conditions d'accès trop restrictives, dans les documents du marché qu'il sera amené à rédiger,
- difficulté d'obtenir paiement via les ristournes consenties dans l'hypothèse où le fournisseur à désigner par le biais d'un marché conjoint pourrait être insolvable ou en état de faillite par exemple.

Toutefois, force est de constater que pareilles prises de risques sont parfaitement normales et représentent d'ailleurs des risques parfaitement inhérents à toute procédure de passation de marchés publics (de services).

A cet égard, la doctrine estime que «les risques liés relatifs à des variables dont la réalité dépend exclusivement de l'opérateur économique, tels que les risques liés à une mauvaise gestion ou à des erreurs d'appréciation de l'opérateur économique, sont inhérents à tous les contrats et ne sont, dès lors, pas pertinents pour distinguer un marché public d'une concession.» En outre, cette même doctrine établit une absence de risque dans le chef du concessionnaire dans les cas suivants : «du fait qu'une organisation tierce est le véritable débiteur du concessionnaire, de l'absence d'investissement important». Ces éléments peuvent être rapprochés de l'espèce qui nous occupe dans la mesure où aucun investissement de départ ne sera réalisé par le prestataire de services, où ce sont des tiers qui se chargeront de sa rémunération

et où les erreurs dans la rédaction des cahiers spéciaux des charges et la passation des futurs marchés publics seront de son seul fait.

30. Enfin, afin de préciser les contours de la notion de concession, la Directive 2014/23 sur l'attribution de contrats de concession prévoit, en son 18^{ème} considérant, que «Les difficultés liées à l'interprétation des concepts de concession et de marché public ont entraîné une insécurité juridique constante pour les parties prenantes et ont donné lieu à de nombreux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Il convient par conséquent de clarifier la définition de la concession, notamment par référence au concept de risque d'exploitation. La principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique, avec la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. L'application de règles spécifiques régissant l'attribution de concessions ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat. Parallèlement, il convient de préciser que certains dispositifs exclusivement rémunérés par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice devraient avoir le statut de concessions, lorsque le recouvrement des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture des services dépend de la demande réelle ou de la fourniture du service ou de l'actif.»

De plus, L'article 5 de cette nouvelle directive définit quant à lui le risque comme suit : «Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable».

31. C'est donc à la lumière de ces précisions qu'il incombe à Votre Conseil de juger de la qualification qu'il convient de livrer à l'opération juridique envisagée par le CPAS de Charleroi.

Eu égard à l'ensemble des éléments qui précèdent, il est clair que l'opération envisagée ne peut nullement être qualifiée de concession de services et que dès lors, la décision de lancer une procédure de concessions de services prise par le CPAS de Charleroi doit être déclarée illégale dans la mesure où elle devrait se conformer à la réglementation sur les marchés publics. Il convient dès lors de suspendre et d'annuler la décision entreprise par le présent recours.

La deuxième branche de ce deuxième moyen doit être considérée comme fondée et sérieuse".

B. Note d'observations

Pour soutenir que l'opération litigieuse est bien une concession de services, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

" 2.1 Quant à la première branche

20. Le marché public est un contrat à titre onéreux. Selon l'article 1106 du Code civil, «le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose». La notion de «titre onéreux» «renvoie au principe de la contre-prestation en raison de l'exécution de prestations dont bénéficie le pouvoir

adjudicateur (...)). Cette contre-prestation doit provenir directement du pouvoir adjudicateur lui-même, en partie à tout le moins, pas d'un tiers. «Le caractère onéreux d'un contrat implique l'existence d'une contre-prestation directe ou indirecte dans le chef du pouvoir adjudicateur». «La charge financière (...) doit (...) toujours être supportée d'une manière ou d'une autre par le pouvoir adjudicateur». «Dans le cas contraire où la charge financière est supportée par le cocontractant, le contrat revêtira la forme d'une concession de travaux ou de service public». Il en découle que «des prestations obtenues à titre gratuit ne peuvent dès lors être qualifiées de marchés publics».

21. Qu'en est-il en l'espèce ?

La décision contestée mentionne que, pour couvrir «les frais liés à la gestion des commandes, le prestataire de service pourra négocier une ristourne auprès des fournisseurs et prévoir qu'une partie de cette ristourne lui reviendra».

L'avis de marché précise que «le prestataire n'est pas rémunéré par le CPAS pour les prestations effectuées, de sorte que la convention n'est pas conclue à titre onéreux entre les parties».

Les conditions de concession énoncent que «le présent marché consiste en une concession de services à titre gratuit dans le cadre de laquelle le prestataire de services sera autorisé à négocier une ristourne auprès des fournisseurs et prévoir d'en conserver une partie».

L'avis rectificatif ajoute encore que «le prestataire n'est pas rémunéré par le CPAS pour les prestations effectuées, de sorte que la convention n'est pas conclue à titre onéreux entre les parties». Ou encore : «l'idée est que le CPAS ne rétribue pas directement le concessionnaire qui ne pourra donc rien facturer au CPAS».

Enfin, dans un courrier de la partie adverse, on peut lire ce qui suit :

«Si un prix devait exister, il serait alors payé par un tiers qui trouverait alors son fondement non pas dans la relation entre le mandataire et le(s) pouvoir(s) adjudicateur(s) (concession) mais bien entre le mandataire et le tiers qui aura été désigné comme adjudicataire (...). Il n'y aura aucun engagement financier entre le mandataire et le(s) pouvoir(s) adjudicateur(s)».

22. Il découle de ce qui précède que, manifestement, le schéma de concession contesté par la requérante ne prévoit aucune contrepartie financière à charge de la partie adverse. Il ne s'agit donc pas d'un contrat à titre onéreux entre la partie adverse et un adjudicataire. Il ne peut donc pas s'agir d'un marché public.

La partie adverse ne conteste pas que le concessionnaire pourrait percevoir une rémunération des ristournes qu'il négocierait avec le fournisseur retenu mais cette rémunération éventuelle est étrangère à la relation contractuelle entre ce concessionnaire et la partie adverse.

Certes, la rémunération du prestataire, qui qualifie l'opération de marché public, peut prendre la forme d'un manque à gagner dans le chef du pouvoir adjudicateur, par exemple un abandon de recettes. Mais en l'espèce, rien de tel : la partie adverse ne renonce pas à un avantage au bénéfice du concessionnaire. Le cas échéant, si le concessionnaire perçoit une rémunération (ce qui est encore incertain), elle proviendra exclusivement du fournisseur retenu et ne pèsera nullement, ni directement, ni indirectement, sur le pouvoir adjudicateur.

2.2 Quant à la seconde branche

23. La concession de services est un contrat à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs confient la réalisation et la gestion de services à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix.

La «concession de services» est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix».

L'élément aujourd'hui déterminant qui permet de distinguer la concession de services publics du marché public de services porte sur la prise en charge du risque financier lié à la gestion du service en question. A ce sujet, la Cour de justice juge ce qui suit :

«Si le mode de rémunération est l'un des éléments déterminants pour la qualification d'une concession de services, il ressort, en outre, de la jurisprudence que la concession de services implique que le concessionnaire prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question. L'absence de transfert au prestataire du risque lié à la prestation des services indique que l'opération visée constitue un marché public de services et non pas une concession de services».

Toujours selon la Cour de justice, l'ampleur du risque n'a pas d'importance. Il peut être limité mais il faut qu'il soit transféré au concessionnaire.

Quant à la nature du risque, la Cour fournit les indications suivantes :

«À cet égard, il y a lieu de relever que le risque d'exploitation économique du service doit être compris comme le risque d'exposition aux aléas du marché (voir, en ce sens, arrêt Eurawasser, précité, points 66 et 67), lequel peut se traduire par le risque de concurrence de la part d'autres opérateurs, le risque d'une inadéquation entre l'offre et la demande de services, le risque d'insolvabilité des débiteurs du prix des services fournis, le risque d'absence de couverture intégrale des dépenses d'exploitation par les recettes ou encore le risque de responsabilité d'un préjudice lié à un manquement dans le service».

24. Qu'en est-il en l'espèce ?

La concession porte bien sur la gestion d'un service : la mise en place, l'organisation, la gestion et l'attribution d'un marché conjoint ayant pour objet la fourniture de denrées alimentaires et autres, ainsi que, par la suite, l'organisation du système de commande.

Ce service sera exploité aux risques et périls du concessionnaire. Comme on peut le lire dans l'avis de marché rectificatif, la partie adverse a mis en place un système de «tiers investisseur/payeur que le concessionnaire devra détailler dans son offre». En effet, comme il a déjà été souligné, le concessionnaire n'est pas rémunéré par la partie adverse. Il ne pourra rien facturer à cette dernière. Sa seule rémunération proviendra, éventuellement, de la ristourne qu'il réussira à négocier auprès des fournisseurs et dont une partie pourrait lui revenir. Le concessionnaire supportera donc seul le risque financier de l'opération.

Quel est ce risque ? Le risque de ne pas réussir à négocier de ristourne et donc de ne percevoir aucune rémunération; le risque de retard de paiement de cette rémunération ou d'insolvabilité du fournisseur, etc.

25. La requérante n'ignore pas ou ne conteste pas ces risques mais elle considère que «pareilles prises de risques sont parfaitement normales et représentent d'ailleurs des risques parfaitement inhérents à toute procédure de passation de marchés publics (de services)».

La partie adverse ne partage pas cette opinion. En effet, s'il s'agissait d'un marché public, le service rendu à la partie adverse serait presté contre un prix déterminé. Le seul risque auquel serait confronté le prestataire, c'est une absence ou un retard de paiement de la part de l'autorité publique. Dans ce cas, le prestataire pourrait saisir les juridictions compétentes et obtenir une condamnation à payer le principal et/ou les intérêts. Il sait qu'à terme, il sera payé, le risque d'insolvabilité d'une personne morale de droit public étant (quasi) inexistant.

En l'espèce, la situation est tout à fait différente. Le premier risque auquel le concessionnaire est confronté, c'est l'absence pure et simple de rémunération. Le concessionnaire n'a donc aucune certitude qu'il sera rémunéré et s'il l'est, il ignore si cette rémunération sera suffisante pour couvrir les frais qu'il aura engagés. Il s'agit bien entendu d'un schéma totalement différent de celui où un soumissionnaire fait une offre et propose le prix qu'il juge juste pour prester le service de manière rentable. Pour reprendre les termes de la directive 2014/23, en l'espèce, le concessionnaire n'a aucune certitude qu'il pourra obtenir un «revenu

minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat».

Par ailleurs, le concessionnaire est aussi confronté au risque d'insolvabilité du fournisseur retenu; comme déjà mentionné, un risque de cette nature est (quasi) inexistant lorsque le cocontractant est une autorité publique.

Il découle de ce qui précède que le schéma mis en place par la partie adverse comprend bien un transfert de risques économiques à charge du concessionnaire. Ce schéma ne correspond donc pas à celui du marché public".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 3, 1°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services définit le marché public comme étant "le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entreprises publiques et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services".

L'article 3, 4°, de la même loi définit le marché public de services comme étant "le marché public autre qu'un marché public de travaux ou de fournitures, portant sur la prestation de services visés à l'annexe II de la présente loi".

Les prestations qui font l'objet d'un marché public sont conçues à tout le moins au bénéfice du pouvoir adjudicateur, dont elles ont vocation à servir l'intérêt économique.

L'article 1^{er}, 4 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, définit la concession de services comme étant un "contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix".

Les prestations qui font l'objet de la concession de service sont conçues à tout le moins au bénéfice d'usagers dont les intérêts économiques, dans le cadre de cette opération, diffèrent de l'intérêt de l'autorité qui concède l'exploitation du service, même si cet intérêt propre à l'autorité peut également être servi par ladite opération.

En l'espèce, l'acte attaqué porte sur la mise en concurrence du choix d'un "partenaire" chargé, pour une durée de 1 à 4 ans, d'assurer la passation et le suivi de l'exécution de marchés conjoints de fournitures de denrées alimentaires et autres, au bénéfice du C.P.A.S., de ce "partenaire" et, éventuellement, d'autres bénéficiaires

(à ce stade non identifiés). Le "partenaire" ne sera pas rémunéré directement par le C.P.A.S., mais pourra négocier une ristourne auprès des fournisseurs et prévoir d'en conserver une partie. Un contrat de marché conjoint (dont un projet établi par les candidats est évalué au titre de sous-critère d'attribution) sera mis au point et signé entre le C.P.A.S. et le "partenaire" désigné à l'issue de la mise en concurrence. Sur la base de ce contrat, le "partenaire" agira au nom et pour le compte du C.P.A.S. dans le cadre d'un mandat.

Il ressort, par ailleurs, des motifs de l'acte attaqué, que l'opération litigieuse tend à répondre aux besoins que rencontre la partie adverse dans la gestion de ses cuisines de collectivités, besoins auxquels elle estime ne pas pouvoir répondre elle-même.

Au regard des prestations ainsi décrites et des conditions de leur fourniture, on n'aperçoit pas en quoi elles relèveraient d'un service que la partie adverse aurait décidé d'organiser en faveur de certains usagers, et dont elle aurait choisi de concéder l'exploitation à un opérateur économique. Il suffit, à cet égard, de constater qu'un service d'aide à la gestion de cuisines de collectivité ne pourvoit pas aux besoins d'usagers que sont les personnes auxquelles sont destinés les repas préparés dans lesdites cuisines, mais bien aux besoins de l'institution qui gère celles-ci.

La qualification de "concession de service" dont se prévaut la partie adverse ne peut, en conséquence, être retenue en l'espèce.

Par ailleurs, il ne peut être raisonnablement contesté que les prestations ainsi décrites, qui ont à ce stade pour objet d'assister la partie adverse dans cette gestion de ses cuisines de collectivité, sont conçues pour répondre à l'intérêt économique qui lui est propre en vue de l'accomplissement de ses missions. Ainsi que le fait apparaître la mention du numéro de la nomenclature C.P.V. 79418000 dans l'avis publié au Bulletin des adjudications, elles relèvent des services visés, sous la catégorie 11 "Services de conseil en gestion et services connexes", à l'annexe II A à la loi du 15 juin 2006 précitée. En outre, le caractère onéreux du contrat en vertu duquel ces prestations doivent être fournies n'est pas contestable, dès lors qu'en accordant au prestataire l'avantage – même partiel – de ristournes dont elle aurait, le cas échéant, bénéficié sur les commandes de denrées alimentaires, la partie adverse se prive de ressources qui auraient vraisemblablement pu lui être acquises. Ce mécanisme révèle à suffisance l'existence d'une contrepartie consentie en faveur de l'opérateur économique pour les prestations qui font l'objet du contrat, et atteste le caractère onéreux du contrat.

Il suit de ces constatations que l'opération litigieuse, qui n'est pas une concession de services, doit bien être qualifiée de marché public de services.

VI. RECEVABILITE DE LA DEMANDE DE SUSPENSION INTRODUITE SELON LA PROCEDURE ORDINAIRE

En ses deux premiers alinéas, l'article 15 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 est libellé comme suit :

- " Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :
- 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
 - 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.
- Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension ainsi que, pour autant qu'elle soit introduite séparément, la demande de mesures provisoires, est introduite, devant le Conseil d'Etat, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.
[...]"

Ces dispositions sont applicables au marché litigieux, à tout le moins en vertu de l'article 31 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

Il ressort du deuxième alinéa de l'article 15 précité que la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ne peut être saisie d'une demande de suspension visée à cet article 15 que selon une procédure d'extrême urgence.

Par ailleurs, l'article 16, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, applicable en l'espèce conformément à l'article 25, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013, dispose quant à lui :

- " Dans le cas où l'extrême urgence est invoquée, la demande de suspension ou de mesures provisoires est datée et signée par la partie ou par un avocat satisfaisant aux conditions de l'article 19, alinéa 4, des lois coordonnées, et elle contient:
- 1° dans l'intitulé, la mention que la demande est introduite en «extrême urgence»;
- [...]
Lorsque l'intitulé de la requête ne précise pas qu'il s'agit d'une demande de suspension d'extrême urgence, cette requête est traitée selon les règles prévues dans les chapitres I^{er} et II".

En l'espèce, l'intitulé de la requête ne contient aucune indication selon laquelle elle serait présentée en extrême urgence, de telle sorte qu'en application des

dispositions précitées elle doit être traitée comme une demande de suspension ordinaire et est, pour cette raison, irrecevable.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée AB RESTAURATION est accueillie dans la procédure en suspension.

Article 2.

La demande de suspension est rejetée.

Article 3.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le dix décembre deux mille quinze par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.