

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 244.389 du 3 mai 2019

A. 227.791/VI-21.457

En cause : **la société de droit français RATP
DÉVELOPPEMENT,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Bob MARTENS et
Alain DELFOSSE, avocats,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles,

contre :

**la Société des Transports intercommunaux
de Bruxelles, en abrégé STIB,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Sébastien DEPRE et Charles-Henri
de la VALLÉE POUSSIN, avocats,
place Flagey 7
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme BRUSSELS SIGHTSEEING,

ayant élu domicile chez
M^{es} Kris WAUTERS et Jorien
VAN BELLE, avocats,
Chaussée de la Hulpe 187
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 3 avril 2019, la société de droit français RATP DÉVELOPPEMENT demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

- " la décision prise par la partie adverse le 18 mars 2019, aux termes de laquelle :
 - «L'offre de RATP DEVELOPPEMENT est affectée d'une irrégularité [...]. L'irrégularité est jugée substantielle.»
 - «[...] le Conseil d'administration décide de désigner la société BRUSSELS SIGHTSEEING comme concessionnaire du service de transport desservant les lieux d'intérêt dans la Région de Bruxelles-Capitale (hop on – hop off) et de conclure avec ladite firme un contrat de concession de 8 ans à dater du 7 mai

2019»".

II. Procédure

Par une ordonnance du 4 avril 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 30 avril 2019 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 24 avril 2019, la société anonyme BRUSSELS SIGHTSEEING demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Les contributions et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

M. David DE ROY, conseiller d'Etat, président de chambre f.f., a exposé son rapport.

M^e Alain DELFOSSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^{es} Sébastien DEPRÉ et Charles-Henri de la VALLÉE POUSSIN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Kris WAUTERS et Jorien VAN BELLE, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Geneviève MARTOU, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits utiles

Les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent de la manière suivante.

III.1. En application de l'ordonnance du 22 novembre 1990 relative à l'organisation des transports en commun dans la Région de Bruxelles-Capitale, la partie adverse a décidé de procéder à la passation d'une concession ayant pour objet

"un service de transport par autobus desservant les lieux d'intérêts de la Région de Bruxelles-Capitale (Hop on – Hop off)".

III.2. Dans cette perspective, son conseil d'administration a arrêté les conditions de cette concession lors de sa séance du 15 octobre 2018, en adoptant deux décisions auxquelles se rapportent les documents référencés CA-141/2018 et CA-146/2018 et communiqués par la partie adverse dans le courant de la présente procédure. Ces deux documents se présentent comme suit :

" CA-141/2018 – 15.10.2018

Concession d'un service de transport par autobus desservant les lieux d'intérêt dans la région de Bruxelles-Capitale (hop on – hop off) – Avis de marché

A.- Objet de la concession

En application de l'ordonnance du 6 mars 2008 portant organisation des transports desservant les lieux d'intérêt dans la Région de Bruxelles-Capitale, la STIB est tenue d'assurer l'organisation de ces services, souvent dénommés "autobus touristiques" ou "autobus hop on – hop off".

La concession accordée dans ce cadre à l'opérateur Open Tours (City Sightseeing Brussels) en 2012 arrive à échéance le 6 mai 2019.

La STIB doit en conséquence organiser une nouvelle procédure de concession de service public. Au terme de cette procédure, un concessionnaire se verra confier l'exploitation, en son nom et pour son compte, de services de transport par autobus desservant les lieux d'intérêt dans la Région de Bruxelles-Capitale.

Ces services prendront la forme de circuits touristiques de type "hop on – hop off" à exploiter toute l'année sous la forme de services de transport réguliers (c'est-à-dire, notamment, dans le respect d'un itinéraire, de points d'arrêts et d'un horaire préalablement convenus).

Les lieux d'intérêt à prendre en considération sont exclusivement situés sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale.

L'exploitation de chaque circuit donnera lieu au paiement par le concessionnaire d'une redevance calculée de manière à couvrir les frais exposés par le pouvoir concédant, en l'occurrence la STIB. À cet effet, la STIB impose un montant fixe au soumissionnaire. Puisqu'il s'agit d'un montant bien défini, cela ne fait pas partie des critères d'attribution.

La concession est prévue pour une période de 8 ans.

B.- Procédure de concession de service public

La concession sera attribuée selon une procédure négociée, basée sur la loi de 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession. La STIB souhaite procéder simultanément à la publication d'un avis de marché au niveau européen et à la publication du cahier spécial des charges. Les candidats seront invités à remettre une offre contenant à la fois le dossier de sélection et le dossier d'offre.

La présente note concerne l'approbation de l'avis de marché figurant en annexe.

C.- Décision

Sur la base des éléments repris ci-dessus, le Conseil d'administration marque son accord sur l'avis de marché AL_4000/DD/CG ci-annexé

[...]"

Concession d'un service de transport par autobus desservant les lieux d'intérêt dans la Région de Bruxelles-Capitale (hop on – hop off) – Cahier spécial des charges

A.- Objet de la concession

En application de l'ordonnance du 6 mars 2008 portant organisation des transports desservant les lieux d'intérêt dans la Région de Bruxelles-Capitale, la STIB est tenue d'assurer l'organisation de ces services, souvent dénommés "autobus touristiques" ou "autobus hop on – hop off".

La concession accordée dans ce cadre à l'opérateur Open Tours (City Sightseeing Brussels) en 2012 arrive à échéance le 6 mai 2019.

La STIB doit en conséquence organiser une nouvelle procédure de concession de service public. Au terme de cette procédure, un concessionnaire se verra confier l'exploitation, en son nom et pour son compte, de services de transport par autobus desservant les lieux d'intérêt dans la Région de Bruxelles-Capitale.

Ces services prendront la forme de circuits touristiques de type "hop on – hop off" à exploiter toute l'année sous la forme de services de transport réguliers (c'est-à-dire, notamment, dans le respect d'un itinéraire, de points d'arrêts et d'un horaire préalablement convenus).

Les lieux d'intérêt à prendre en considération sont exclusivement situés sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale.

L'exploitation de chaque circuit donnera lieu au paiement par le concessionnaire d'une redevance calculée de manière à couvrir les frais exposés par le pouvoir concédant, en l'occurrence la STIB. . À cet effet, la STIB impose un montant fixe au soumissionnaire. Puisqu'il s'agit d'un montant bien défini, cela ne fait pas partie des critères d'attribution.

B.- Procédure de la concession

La concession sera attribuée selon une procédure négociée, basée sur la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession. La STIB souhaite procéder simultanément à la publication d'un avis de marché au niveau européen et à la publication du cahier spécial des charges. Les candidats seront invités à remettre une offre contenant à la fois le dossier de sélection et le dossier d'offre.

C.- Durée de la concession

La concession sera conclue pour une période maximum de 8 ans.

D.- Variantes - Options

Les soumissionnaires sont autorisés à remettre, en plus de leur offre de base, un maximum de deux variantes libres qui respectent les prescriptions du cahier spécial des charges.

Aucune option n'est prévue.

E.- Clauses environnementales

La STIB et la Région accordent un intérêt majeur aux performances environnementales des autobus. Le niveau des performances environnementales des autobus et la programmation par le soumissionnaire de l'électrification de sa flotte constituent en conséquence un critère d'attribution à part entière.

La Région et la STIB ont pour objectif que la flotte des autobus touristiques destinés à l'exécution de la concession soit 100 % électrique avant le terme de la concession.

Dès le démarrage de la concession, des autobus hybrides (diesel/électrique) devront être mis en service.

Les soumissionnaires qui proposeront d'introduire immédiatement des autobus électriques se verront octroyer des points supplémentaires dans l'évaluation de ce critère.

Les autobus qui seront acquis pendant le déroulement de la concession pour renouveler ou renforcer la flotte seront des véhicules électriques, l'objectif étant que la flotte soit à 100 % électrique au terme de la concession. Les soumissionnaires proposeront un plan d'électrification de leur flotte.

Les véhicules diesel présentés par les soumissionnaires pour le démarrage de la concession seront de préférence conformes à la norme Euro 6 et en aucun cas inférieurs à la norme Euro 5.

Par ailleurs, la démarche de développement durable adoptée par les soumissionnaires est également évaluée au sein d'un critère spécifique.

F.- Clauses sociales

Etant donné la nature même de la concession, aucune clause sociale n'est prévue.

G.- Critères d'attribution

La STIB choisira l'offre régulière qu'elle juge la plus intéressante en fonction de la somme des points obtenus par rapport aux critères pondérés suivants :

Critère	Nombre de points
La qualité touristique et commerciale de l'offre, composée de :	60
- l'(les) itinéraire(s) du (des) circuit(s) et le positionnement des arrêts ;	10
- la cohérence de l'offre si celle-ci compte plusieurs circuits (articulation et complémentarité des circuits) ;	8
- la qualité des autobus (hors performances environnementales), notamment sur les plans du confort offert, de l'accessibilité pour les personnes à mobilité réduite, des équipements audio à destination des passagers et de la sécurité ;	12
- la qualité du commentaire diffusé dans les véhicules (contenu, langues proposées, modalités de mise à jour, synchronisation avec la progression du véhicule, ...) ;	12
- les prix maxima pour un billet valable 24 heures : il s'agit des prix que le soumissionnaire s'engage à ne pas dépasser pendant toute la durée de la concession (sauf indexation, cf. § 2.8) sachant qu'il a toute liberté de fixer ses tarifs en dessous de ces seuils ;	5
- les moyens envisagés pour assurer la promotion des circuits touristiques, en ce compris un code de conduite en vue d'éviter les comportements inappropriés ;	8
- l'intérêt du soumissionnaire pour une complémentarité tarifaire et commerciale avec le transport public et l'usage éventuel de la technologie MOBIB et de la Brussels Card.	5
La qualité organisationnelle de l'offre, composée de :	15
- le niveau de formation du personnel de conduite (professionnalisme, connaissance des langues, etc.) et l'effectif prévu ;	5
- les mesures prévues pour assurer la continuité du service en cas d'avarie du matériel roulant, manque de personnel ou toute autre défaillance ;	8
- le délai de mise en service après octroi de la concession.	2

Les performances environnementales des autobus	15
<ul style="list-style-type: none"> - Performance environnementale des véhicules sur 10 points : <ul style="list-style-type: none"> · les véhicules électriques se voient octroyer un score de 10 points ; · les véhicules hybrides se voient octroyer un score de 8 points ; · les véhicules diesel de norme Euro 6 se voient octroyer un score de 4 points ; · les véhicules diesel de norme Euro 5 se voient octroyer un score de 0 point. <p>Le score de chaque soumissionnaire est obtenu en faisant la moyenne des scores de chaque véhicule de la flotte qu'il propose pour démarrer la concession.</p>	10
<ul style="list-style-type: none"> - Plan d'électrification de la flotte au cours de la concession. 	5
La qualité de l'offre sur le plan du développement durable (voir point 2.12)	10
Total	100

H.- Décision

Cela étant, le Conseil d'administration marque son accord sur le cahier spécial des charges AL 4000/DD/CG précité".

Par ailleurs, il ressort des documents de la concession que celle-ci devait être attribuée au terme d'une procédure négociée, et que la "date ultime d'enregistrement des offres" était initialement fixée au 22 novembre 2018 à 17 heures.

III.3. Un avis de concession a été publié au Bulletin des adjudications, le 23 octobre 2018, et au Journal officiel de l'Union européenne, le 26 octobre 2018.

III.4. Le 30 octobre 2018, la requérante a adressé un courriel à la partie adverse, dans lequel elle posait notamment la question suivante :

- " 1/ Le Cahier des charges ne stipule pas de date de début de prestation. Dois-je comprendre que cette date est négociable et dépendante des propositions apportées dans le cadre de cet appel d'offre ?".

La partie adverse a répondu comme suit à cette question:

- " La concession actuelle prend fin le 6 mai 2019, la nouvelle concession doit donc débuter dès le 7 mai 2019.
Il n'est pas prévu que cette date soit négociable".

Les réponses fournies aux questions et aux demandes des soumissionnaires ont fait l'objet "d'avis rectificatifs" publiés tant au Bulletin des adjudications (les 15 et 16 novembre 2018) qu'au Journal officiel de l'Union européenne (les 30 et 23 novembre 2018). Il en ressort notamment que la date d'expiration du délai de remise des offres a été reportée au 14 décembre 2018 à 17 heures.

III.5. Deux offres ont été déposées, respectivement par la requérante et par la société anonyme BRUSSELS SIGHTSEEING, requérante en intervention dans

la présente procédure, qui exécute la concession portant sur le même service, actuellement en cours.

III.6. Dans sa note d'observations, la partie adverse expose ce qui suit :

- " Le 20 décembre 2018, la requérante a présenté son offre à la partie adverse [...]. L'offre prévoyait l'utilisation d'une flotte de bus entièrement électrique dès le début de l'exploitation. En revanche, le commencement de l'exploitation n'était fixé qu'au 29 novembre 2019, soit plus de 5 mois après la date exigée du 7 mai 2019 [...].
- Le 24 décembre 2018, la partie adverse a adressé une demande de clarification à la requérante [...]. Dans celle-ci, elle la priait de lui communiquer, notamment, «la confirmation étayée de l'impossibilité pour RATP Dev/Bruxelles Tour de démarrer l'activité dès le 7 mai 2019, le lendemain de la date de fin de la concession en cours».
- Le 26 décembre 2018, la requérante a adressé le courriel suivant à la partie adverse :
- «RATP Dev/'Bruxelles Tour' confirme son projet de débiter le service commercial de bus touristiques Hop on Hop off dans le cadre de la concession du service par la STIB le 29 novembre 2019.
- Cette date de démarrage doit permettre :
- à la STIB
- Par un avenant à la concession actuelle, de mettre en œuvre une période de démobilisation sans risque de perturbation avec l'opérateur sortant jusqu'au 28 novembre 2019.
- À l'occasion du Festival de l'Environnement en juin 2019, RATP Dev/«Bruxelles Tour» mettra à disposition de la STIB un bus double étage 100% électrique similaire à ceux exploités par Bruxelles Tour, pour communiquer auprès du grand public sur la mise en œuvre prochaine d'une nouvelle offre innovante.
- à l'opérateur sortant
- d'assurer le service de la haute saison 2019 et ne pas subir de dommage lié à la fin du contrat de concession dans un délai relativement court.
- à RATP Dev/«Bruxelles Tour»
- de mettre en place une exploitation robuste de la flotte 100% électrique incluant les délais de construction et périodes de mise en ligne à Bruxelles".

III.7. Par courriel du 17 janvier 2019, les services de la partie adverse se sont adressés à la requérante en ces termes :

- " Suite à notre entretien téléphonique de ce matin, je vous invite à nous confirmer que, comme indiqué dans votre réponse du 24 décembre 2018, RATP Dev/Bruxelles Tour est dans l'impossibilité de démarrer l'activité hop on – hop off dès le 7 mai 2019, lendemain de la date de fin de la concession en cours.

Comme expliqué, cette confirmation nous obligerait à considérer votre offre comme irrégulière car ne respectant pas une des impositions du cahier des charges".

III.8. Par un courrier du 18 janvier 2019, la requérante a répondu comme suit à cette invitation:

- " Nous avons bien reçu votre courriel du 17 janvier dernier.

Nous prenons bonne note de son contenu.

Nous ne partageons pas votre point de vue, et ce pour les raisons suivantes.

1) Tout d'abord, il n'est pas exact que le démarrage de l'activité hop on – hop off dès le 7 mai 2019, lendemain de la date de fin de la concession en cours, constituerait une des impositions du cahier des charges.

En effet, le cahier spécial des charges ne stipule pas de date de début de prestation, à telle enseigne que nous avons interrogé la STIB à ce sujet, conformément à l'article 1.2. «Imprécisions dans le cahier spécial des charges» de celui-ci (sub 1 «Clauses générales», p. 3).

C'est seulement en réponse à cette question que la STIB a précisé que :

« La concession actuelle prend fin le 6 mai 2019, la nouvelle concession doit donc débuter dès le 7 mai 2019.

Il n'est pas prévu que cette date soit négociable.»

De ce qu'il n'aurait pas été «prévu» que la date de début d'exécution de la nouvelle concession serait négociable, nous ne pouvons pas déduire que toute négociation sur ce point serait nécessairement exclue et que le dépassement de cette date entacherait notre offre d'une irrégularité substantielle.

En effet, le cahier spécial des charges réfute manifestement cette interprétation, dans la mesure où il est indiqué dans celui-ci (sub 1.11 «Critères d'attribution») que le délai de mise en service après octroi de la concession donne droit à l'attribution de 0 à 2 points dans le cadre de la procédure de sélection. Or cette stipulation, qui s'oppose indubitablement à une interprétation selon laquelle la date de mise en service serait impérative et non modulable en fonction de éléments de l'offre, n'a jamais été rectifiée, et ce, même suite à votre réponse du 15 novembre 2018.

2) Par ailleurs, le cahier spécial des charges (sub 2 «Clauses spécifiques et techniques», n° 2.5. «Les autobus», p. 21 à 23) fixe les caractéristiques des autobus destinés à l'exécution de la concession.

Pour des raisons évidentes, nous ne pourrions commander ces autobus qu'après l'attribution de la concession.

Or, les délais de livraison rendent impossible le respect strict de la date du 7 mai 2019, raison pour laquelle «notre plan de lancement» prévoit «un calendrier contraint par la livraison du matériel roulant».

3) Enfin, la continuité du service public peut parfaitement être assurée par le concessionnaire actuel.

L'article 64, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession permet effectivement à l'adjudicateur de commander des services complémentaires au concessionnaire initial, notamment pour assurer la transition entre l'ancienne et la nouvelle concession.

Nous considérons donc que la STIB pourrait parfaitement commander des services complémentaires au concessionnaire actuel, et ce sans aucun inconvénient pour elle.

Nous pourrions d'ailleurs nous-mêmes proposer une offre de «transition», notamment avec l'emploi d'une flotte thermique, avec conduite à droite et à gauche. Cette offre de transition, certainement incomparable avec notre offre

définitive, permettrait néanmoins la continuité du service public en cohérence avec le calendrier de livraison du matériel roulant entièrement électrique.

De surcroît, votre décision éventuelle de considérer notre offre comme irrégulière nous causerait un préjudice très important.

Nous vous serions par conséquent obligés de bien vouloir revoir votre position".

III.9. Le 18 mars 2019, le conseil d'administration adopte la décision d'attribution de la concession litigieuse à la société anonyme BRUSSELS SIGHTSEEING. Cette décision constitue l'acte attaqué par le présent recours. De cette décision, il ressort notamment que l'offre de la requérante a été déclarée affectée d'une irrégularité substantielle et, partant, écartée, pour le motif suivant :

- " L'offre de RATP DEVELOPPEMENT est affectée d'une irrégularité dans la mesure où elle prévoit le démarrage de la concession au plus tôt le 29.11.2019, alors que, dans la publication des questions réponses sur le site du TED (voir publication 2018/S223-511490 – Rectification Avis d'information complémentaire du 20.11.2018) la STIB a clairement précisé que : «La concession actuelle prend fin le 6 mai 2019, la nouvelle concession doit donc débuter dès le 7 mai 2019. Il n'est pas prévu que cette date soit négociable». Une telle prescription fait partie intégrante des «documents de concession».
- L'irrégularité précitée est jugée substantielle. Le caractère substantiel résulte tout d'abord de la formulation même de l'exigence méconnue qui prévoit bien que la nouvelle concession «doit (...) débuter dès le 7 mai 2019» [...] et qu'il «n'est pas prévu que cette date soit négociable» [...]. Il résulte encore du fait qu'en s'octroyant unilatéralement un délai de plus de 6 mois pour commencer l'exploitation du service au cœur de la concession, RATP DEV s'octroie également un avantage concurrentiel par rapport à tout concurrent qui aurait pris les mesures nécessaires pour respecter l'exigence de commencer l'exploitation le 7 mai 2019, par exemple en proposant une flotte de bus de qualité moindre dans un premier temps. Le caractère substantiel de l'irrégularité résulte encore du fait que RATP DEV a clairement refusé de commencer l'exploitation plus tôt, malgré les différentes demandes que la STIB lui a adressées en ce sens, et qu'elle a ainsi explicitement manifesté son refus de s'engager à exécuter la concession dans les conditions prévues.
- Seule l'offre de BRUSSELS SIGHTSEEING sera donc examinée dans la suite de ce document".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 24 avril 2019, la société anonyme BRUSSELS SIGHTSEEING demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire de la concession litigieuse, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Première branche du moyen unique de la requête et moyen nouveau

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, "pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement; des articles 24, alinéa 1^{er}, 25, § 1^{er}, et 46, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, § 2 et § 6, de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession; des articles 16, 6^o, 30, § 1^{er} et § 2, alinéa 2, 64, § 1^{er}, et 68 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; des articles 4/1, alinéa 1^{er}, 3^o, 5/1, 5^o, et 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions; des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence; du principe général *patere legem quam ipse fecisti*".

Elle le formule comme suit, pour ce qui concerne la première branche :

" Préambule

9.- Dans sa décision motivée, la partie adverse a d'abord précisé que :

« La concession actuellement en vigueur a été octroyée en 2012 et arrive à échéance le 6 mai 2019. Une nouvelle concession doit donc démarrer le 7 mai 2019.

[...]

La concession sera octroyée pour une durée de 8 ans».

La partie adverse a ensuite décidé que :

« L'offre de RATP DEVELOPPEMENT est affectée d'une irrégularité dans la mesure où elle prévoit le démarrage de la concession au plus tôt le 29.11.2019, alors que, dans la publication des questions réponses sur le site du TED (voir publication 2018/S223-511490 – Rectification Avis d'information complémentaire du 20.11.2018) la STIB a clairement précisé que : "La concession actuelle prend fin le 6 mai 2019, la nouvelle concession doit donc débiter dès le 7 mai 2019. Il n'est pas prévu que cette date soit négociable". Une telle prescription fait partie intégrante des "documents de concession".

L'irrégularité est jugée substantielle. Le caractère substantiel résulte tout d'abord de la formulation même de l'exigence méconnue qui prévoit bien que la nouvelle concession "doit (...) débiter dès le 7 mai 2019" [...] et qu'il "n'est pas prévu que cette date soit négociable" [...]. Il résulte encore du fait qu'en s'octroyant unilatéralement un délai de plus de 6 mois pour commencer l'exploitation du service au cœur de la concession, RATP DEV s'octroie également un avantage concurrentiel par rapport à tout concurrent qui aurait pris les mesures nécessaires pour respecter l'exigence de commencer l'exploitation le 7 mai 2019, par exemple en proposant une flotte de bus de qualité moindre dans un premier temps. Le caractère substantiel de l'irrégularité résulte encore

du fait que RATP DEV a clairement refusé de commencer l'exploitation plus tôt, malgré les différentes demandes que la STIB lui a adressées en ce sens, et qu'elle a ainsi explicitement manifesté son refus de s'engager à exécuter la concession dans les conditions prévues.
Seule l'offre de BRUSSELS SIGHTSEEING sera donc examinée dans la suite de ce document».

Première branche

10.- Aux termes de l'article 30, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 :
« Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues. »

11.- En l'espèce, le cahier spécial des charges ne précise pas la date à laquelle la nouvelle concession doit commencer.

Au contraire, «le délai de mise en service après octroi de la concession» constitue un critère d'attribution, qui est coté sur deux points.

Contrairement à ce que la partie adverse a écrit à la partie requérante dans son courriel du 17 janvier 2019, il n'est donc pas exact que «démarrer l'activité hop on – hop off dès le 7 mai 2019, lendemain de la date de fin de la concession en cours [...] (constituerait) une des impositions du cahier des charges».

C'est d'ailleurs précisément parce que le cahier spécial des charges était muet sur ce point que la partie requérante a interrogé la partie adverse, conformément à l'article 1.2. «Imprécisions dans le cahier spécial des charges» de celui-ci (sub 1 «Clauses générales», p. 3), et lui a posé la question suivante :

« Le Cahier des charges ne stipule pas de date de début de prestation. Dois-je comprendre que cette date est négociable et dépendante des propositions apportées dans le cadre de cet appel d'offre ? »

La partie adverse, loin de contester le constat de la partie requérante, a apporté la réponse suivante :

« La concession actuelle prend fin le 6 mai 2019, la nouvelle concession doit donc débuter dès le 7 mai 2019.

Il n'est pas prévu que cette date soit négociable».

12.- La réponse de la partie adverse appelle les observations suivantes :

1° Si la partie requérante n'avait pas posé cette question, son offre n'aurait pas pu être considérée comme irrégulière pour cause de prétendue contrariété aux documents du marché. Il est dès lors pour le moins paradoxal que sa demande de clarification du cahier spécial des charges se soit retournée contre elle et ait entraîné son exclusion.

2° De ce qu'il n'aurait pas été «prévu» que la date de début d'exécution de la nouvelle concession serait négociable, la partie requérante ne pouvait pas déduire que toute négociation sur ce point serait nécessairement exclue et que le dépassement de cette date entacherait son offre d'une irrégularité, de surcroît substantielle.

3° La partie adverse a fixé la date du début de la nouvelle concession au 7 mai 2019 sans supprimer ni modifier le critère d'attribution portant sur «le délai de mise en service après octroi de la concession», qui est coté sur deux points. Cette contradiction était de nature à induire la partie requérante en erreur.

13.- Le dépassement de la date indiquée par la partie adverse dans sa réponse à la question posée par la partie requérante ne peut être qualifié d'irrégularité, *a fortiori* substantielle.

En effet, cette date ne figurait pas dans le cahier spécial des charges et n'a été fixée par la partie adverse qu'en réponse à la question posée par la partie requérante. Si la partie requérante n'avait pas posé cette question, la partie adverse n'aurait pas fixé de date pour le début de la nouvelle concession.

Ce simple constat exclut déjà que la «prescription» ou l'«exigence méconnue» puisse être qualifiée d'essentielle.

Si la partie adverse avait réellement considéré que la nouvelle concession devait obligatoirement débiter dès le 7 mai 2019, elle l'aurait précisé dans le cahier spécial des charges et «le délai de mise en service après octroi de la concession» n'aurait pas fait partie des critères d'attribution.

14.- Par ailleurs, la partie adverse a estimé «qu'en s'octroyant unilatéralement un délai de plus de 6 mois pour commencer l'exploitation du service au cœur de la concession, RATP DEV s'octroie également un avantage concurrentiel par rapport à tout concurrent qui aurait pris les mesures nécessaires pour respecter l'exigence de commencer l'exploitation le 7 mai 2019, par exemple en proposant une flotte de bus de qualité moindre dans un premier temps».

Or, le seul concurrent de la partie requérante est la société Brussels Sightseeing, concessionnaire actuel, qui possède déjà sa flotte de bus et qui ne doit dès lors pas prendre de mesures particulières pour respecter l'exigence de commencer l'exploitation le 7 mai 2019.

Il en résulte que la partie requérante ne s'est octroyé aucun avantage concurrentiel par rapport à la société Brussels Sightseeing.

C'est au contraire la société Brussels Sightseeing qui, en raison de la date de démarrage de la nouvelle concession fixée par la partie adverse, bénéficie d'un avantage concurrentiel certain sur la partie requérante (cf. la deuxième branche du moyen).

15.- Enfin, la partie adverse a également estimé «que RATP DEV a clairement refusé de commencer l'exploitation plus tôt, malgré les différentes demandes que la STIB lui a adressées en ce sens, et qu'elle a ainsi explicitement manifesté son refus de s'engager à exécuter la concession dans les conditions prévues».

Il a pourtant été démontré ci-dessus que la date de démarrage de la nouvelle concession :

- ne faisait pas partie des «conditions prévues» initialement ;
- a été fixée après coup par la partie adverse, en réponse à la question posée par la partie requérante ;
- est entachée de contradiction avec le cahier spécial des charges, qui prévoit que «le délai de mise en service après octroi de la concession» est un critère d'attribution coté sur deux points.

Cela étant, il est inexact «que RATP DEV a clairement refusé de commencer l'exploitation plus tôt, malgré les différentes demandes que la STIB lui a adressées en ce sens, et qu'elle a ainsi explicitement manifesté son refus de s'engager à exécuter la concession dans les conditions prévues».

En effet, dans sa lettre du 18 janvier 2019, la partie requérante a écrit à la partie adverse que :

« Nous pourrions d'ailleurs nous-mêmes proposer une offre de "transition", notamment avec l'emploi d'une flotte thermique, avec conduite à droite et à

gauche. Cette offre de transition, certainement incomparable avec notre offre définitive, permettrait néanmoins la continuité du service public en cohérence avec le calendrier de livraison du matériel roulant entièrement électrique.

La partie requérante ne pouvait signifier plus clairement à la partie adverse qu'elle pouvait débiter la nouvelle concession dès le 7 mai 2019 en faisant une offre de transition prévoyant notamment l'emploi d'une flotte thermique.

La partie adverse, non seulement n'a pas donné suite à cette proposition, mais encore l'a utilisée pour justifier l'exclusion de la partie requérante, en estimant que «RATP DEV s'octroie également un avantage concurrentiel par rapport à tout concurrent qui aurait pris les mesures nécessaires pour respecter l'exigence de commencer l'exploitation le 7 mai 2019, par exemple en proposant une flotte de bus de qualité moindre dans un premier temps», alors que telle était précisément la proposition de la partie requérante (cf. également la troisième branche du moyen).

16.- En conclusion, aucune des raisons avancées par la partie adverse pour motiver sa décision n'est justifiée.

L'acte attaqué est par conséquent entaché d'illégalité (violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement, des articles 24, alinéa 1^{er}, 25, § 1^{er}, et 46, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, § 2 et § 6, de la loi du 17 juin 2016, des articles 16, 6^o, et 30, § 1^{er} et § 2, alinéa 2 de l'arrêté royal du 25 juin 2017, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, des articles 4/1, alinéa 1^{er}, 3^o, 5/1, 5^o, et 8, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 juin 2013, des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de sécurité juridique et de transparence, ainsi que du principe général «*patere legem quam ipse fecisti*»).

[...]

L'acte attaqué est par conséquent entaché d'illégalité (violation des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement, des articles 24, alinéa 1^{er} et 25, § 1^{er} de la loi du 17 juin 2016, des articles 30, 1^{er}, alinéa 3, 64, § 1^{er} et 68 de l'arrêté royal du 25 juin 2017, ainsi que des principes généraux de bonne administration que sont les principes de précaution et de proportionnalité)".

B. Note d'observations

La partie adverse réfute le moyen dans les termes suivants, pour ce qui concerne la première branche :

" I. Quant à la première branche

9. Dans la présente branche du moyen, la requérante soutient en substance que l'irrégularité sur la base de laquelle son offre a été écartée ne serait pas substantielle, et qu'elle ne constituerait d'ailleurs même pas une irrégularité.

A. Rappel des principes applicables

10. L'article 30 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession impose à l'adjudicateur de vérifier la régularité des offres (ci-après, «arrêté royal concession»).

Le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, définit la «régularité» – et donc, par une lecture *a contrario*, l'«irrégularité» – de la manière suivante :

« La notion de "régularité" de l'offre comprend la "conformité" de l'offre aux exigences, conditions et critères mentionnés dans l'avis de marché ou dans les

documents du marché visés à l'article 66, § 1^{er}, 1°, de la loi [NDA : par analogie il convient de lire "dans les documents de concession visés à l'article 2, 13°, de la loi du 17 juin relative aux contrats de concession" lorsqu'il est question d'une concession]. La régularité constitue cependant une notion plus large, étant donné que cette vérification porte également sur le respect des prescriptions de la loi et du présent projet, ainsi que sur le respect du droit du travail, du droit social et du droit environnemental» [...].

11. La jurisprudence de votre Conseil précise qu'il appartient à l'adjudicateur, pour chaque irrégularité constatée, de qualifier cette dernière de substantielle ou de non substantielle, tout en motivant son choix à cet égard.

Dans cet exercice de qualification, l'adjudicateur doit tenir compte des dispositions de l'article 30 de l'arrêté royal concession, dont le premier paragraphe, al. 3 et 4, précise que :

« Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1° le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement ;

2° le non-respect des exigences visées aux articles 18, 23, 24 ou 27, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3° le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents de concession» [...].

Dans le contexte établi par l'article précité, la qualification d'une irrégularité de substantielle ou de non-substantielle n'est en principe plus conditionnée par le fait que la disposition des documents du marché (ou des documents de concession) dont la méconnaissance crée l'irrégularité concernée, soit jugée «essentielle» ou non. Ce critère, qui était pertinent sous l'empire de la loi marchés publics de 2006, ne l'est *a priori* plus sous l'empire de celle de 2016.

B. Application : Quant à l'existence d'une irrégularité

12. La requérante soutient en substance que l'exigence selon laquelle l'exploitation des services devait démarrer le 7 mai 2019, ne constitue pas une exigence dont la méconnaissance pouvait donner lieu à une irrégularité. À l'estime de la requérante, ceci résulte du fait que l'exigence litigieuse ne figurait pas dans le CSC, mais seulement dans une «simple» réponse fournie par la partie adverse à une demande d'éclaircissement formulée par la requérante, qui n'aurait pas valeur de CSC ni de document de concession au sens de l'article 2, 13°, de la loi de la loi du 17 juin relative aux contrats de concession (ci-après, «loi concession»).

Le raisonnement de la requérante ne peut prospérer.

13. En effet, ce raisonnement ne tient pas compte du fait que les réponses fournies par la partie adverse aux questions des soumissionnaires – en ce compris celle relative à la date de démarrage de l'exploitation des services – ont fait l'objet d'avis rectificatifs publiés au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne [...]. Ces publications ont eu lieu conformément à l'article 8 de l'arrêté royal concession, lequel dispose que :

« Lorsqu'il entend rectifier ou compléter une publication officielle, l'adjudicateur publie, conformément au présent chapitre, un avis rectificatif sous la forme d'un formulaire standard développé et mis à disposition par le Service public fédéral Stratégie et Appui, élaboré sur la base du Règlement d'exécution 2015/1986 de la Commission européenne du 11 novembre 2015 établissant les formulaires

standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics» [...].

L'avis rectificatif est ainsi, notamment, l'instrument par lequel la date et l'heure limites de dépôt des demandes de participation ou des offres – qui sont incontestablement des prescriptions des documents de concession – peuvent être reportées.

Il résulte de ce qui précède qu'un avis rectificatif peut rectifier les documents de concession sur des choses aussi essentielles que la date limite de dépôt des offres. De la même manière, un avis rectificatif peut compléter les documents de concession, notamment en précisant la date de démarrage de l'exploitation des services, au cas où la version initiale du CSC ne la définirait pas. Il s'ensuit donc que, matériellement, un avis rectificatif a valeur de document de concession (ou de cahier spécial des charges). Ainsi, en l'espèce, l'exigence qui imposait que l'exploitation démarre le 7 mai 2019, dès lors qu'elle a fait l'objet d'un avis rectificatif valablement publié, a valeur de document de concession ou de cahier spécial des charges. Sa méconnaissance est donc bien de nature à engendrer une irrégularité au sens de l'article 30 de l'arrêté royal concession.

14. Le fait que l'avis rectificatif relatif à la date de démarrage de l'exploitation ait été publié consécutivement à une question posée par la requérante – ainsi que le fait que, selon elle, cette modification ne serait jamais intervenue si elle n'avait pas posé la question litigieuse – ne modifie en rien les conclusions précédemment tirées.

En effet, ce qui détermine un adjudicateur à modifier les documents de concession à la faveur d'un avis rectificatif est sans importance. La seule chose qui compte est que la rectification soit réalisée conformément aux prescriptions réglementaires, c'est-à-dire en publiant un avis rectificatif.

Par ailleurs, la réglementation octroie très certainement au soumissionnaire la faculté de signaler à l'adjudicateur toute erreur, lacune ou imprécision dans les documents de concession. L'adjudicateur doit alors, s'il estime la remarque fondée, réagir en adoptant un avis rectificatif approprié. Cette faculté n'est pas explicitement prévue dans la réglementation relative aux concessions mais elle l'est dans celle relative aux marchés publics :

« Lorsqu'un opérateur économique découvre dans les documents du marché des erreurs ou des omissions telles qu'elles rendent impossible l'établissement de son prix ou la comparaison des offres, il les signale immédiatement par écrit au pouvoir adjudicateur. (...).

Le pouvoir adjudicateur apprécie si l'importance des erreurs ou omissions relevées justifie un avis rectificatif ou une autre forme de publication adaptée et, s'il y a lieu, de prolonger le délai d'introduction des offres, compte tenu de l'article 9, alinéas 2 et 3» [...].

Telle est exactement la procédure qu'a suivie la partie adverse en l'espèce.

On notera d'ailleurs que, du point de vue des questions que pouvaient se poser les soumissionnaires concernant le contenu du CSC, celui-ci disposait que [...] :

« En cas de doute, de contradiction, d'erreurs ou d'omissions dans le cahier spécial des charges ou les documents qui en font partie, le soumissionnaire les signale immédiatement par écrit et de manière étayée à la STIB. Le soumissionnaire effectue cette (ces) communication(s) endéans le délai mentionné dans le cahier spécial des charges pour l'introduction des questions. La réponse écrite fournie par la STIB constituera la directive à suivre» [...].

C. Application : Quant à la qualification de l'irrégularité

15. Après avoir, à juste titre, constaté l'existence d'une irrégularité dans l'offre de la requérante, la partie adverse se devait de la qualifier de substantielle ou de non substantielle, ce qu'elle a incontestablement fait [...] :

« L'irrégularité précitée est jugée substantielle. Le caractère substantiel résulte tout d'abord de la formulation même de l'exigence méconnue qui prévoit bien que la nouvelle concession "doit (...) débiter dès le 7 mai 2019" [...] et qu'il "n'est pas prévu que cette date soit négociable" [...]. Il résulte encore du fait qu'en s'octroyant unilatéralement un délai de plus de 6 mois pour commencer l'exploitation du service au cœur de la concession, RATP DEV s'octroie également un avantage concurrentiel par rapport à tout concurrent qui aurait pris les mesures nécessaires pour respecter l'exigence de commencer l'exploitation le 7 mai 2019, par exemple en proposant une flotte de bus de qualité moindre dans un premier temps. Le caractère substantiel de l'irrégularité résulte encore du fait que RATP DEV a clairement refusé de commencer l'exploitation plus tôt, malgré les différentes demandes que la STIB lui a adressées en ce sens, et qu'elle a ainsi explicitement manifesté son refus de s'engager à exécuter la concession dans les conditions prévues».

16. La requérante tente de critiquer cette motivation.

« - Par ailleurs, la partie adverse a estimé "qu'en s'octroyant unilatéralement un délai de plus de 6 mois pour commencer l'exploitation du service au cœur de la concession, RATP DEV s'octroie également un avantage concurrentiel par rapport à tout concurrent qui aurait pris les mesures nécessaires pour respecter l'exigence de commencer l'exploitation le 7 mai 2019, par exemple en proposant une flotte de bus de qualité moindre dans un premier temps".

Or, le seul concurrent de la partie requérante est la société Brussels Sightseeing, concessionnaire actuel, qui possède déjà sa flotte de bus et qui ne doit dès lors pas prendre de mesures particulières pour respecter l'exigence de commencer l'exploitation le 7 mai 2019.

Il en résulte que la partie requérante ne s'est octroyé aucun avantage concurrentiel par rapport à la société Brussels Sightseeing.

C'est au contraire la société Brussels Sightseeing qui, en raison de la date de démarrage de la nouvelle concession fixée par la partie adverse, bénéficie d'un avantage concurrentiel certain sur la partie requérante [...]».

Ce grief n'est en réalité pas dirigé contre la motivation de l'acte attaqué en ce qu'elle justifie le caractère substantiel de l'irrégularité identifiée par le fait qu'elle procure un avantage discriminatoire à la requérante, mais contre l'exigence qui fixe le début de l'exploitation au 7 mai 2019. Ainsi, ce grief se confond avec la deuxième branche du moyen unique auquel il est renvoyé. Du point de vue de la première branche du moyen stricto sensu, le grief n'expose pas concrètement en quoi la requérante n'aurait pas tiré d'avantage concurrentiel du fait de commencer l'exploitation des services en novembre 2019. Or, cet avantage est incontestable. En refusant de se conformer à l'obligation de démarrer l'exploitation des services le 7 mai 2019, la requérante s'épargne une contrainte qui lui donne incontestablement un avantage économique par rapport à tout concurrent qui ferait l'effort de se soumettre à cette exigence.

« - Cela étant, il est inexact "que RATP DEV a clairement refusé de commencer l'exploitation plus tôt, malgré les différentes demandes que la STIB lui a adressées en ce sens, et qu'elle a ainsi explicitement manifesté son refus de s'engager à exécuter la concession dans les conditions prévues".

En effet, dans sa lettre du 18 janvier 2019, la partie requérante a écrit à la partie adverse que :

"Nous pourrions d'ailleurs nous-mêmes proposer une offre de 'transition', notamment avec l'emploi d'une flotte thermique, avec conduite à droite et à gauche. Cette offre de transition, certainement incomparable avec notre offre

définitive, permettrait néanmoins la continuité du service public en cohérence avec le calendrier de livraison du matériel roulant entièrement électrique". La partie requérante ne pouvait signifier plus clairement à la partie adverse qu'elle pouvait débiter la nouvelle concession dès le 7 mai 2019 en faisant une offre de transition prévoyant notamment l'emploi d'une flotte thermique. La partie adverse, non seulement n'a pas donné suite à cette proposition, mais encore l'a utilisée pour justifier l'exclusion de la partie requérante, en estimant que "RATP DEV s'octroie également un avantage concurrentiel par rapport à tout concurrent qui aurait pris les mesures nécessaires pour respecter l'exigence de commencer l'exploitation le 7 mai 2019, par exemple en proposant une flotte de bus de qualité moindre dans un premier temps", alors que telle était précisément la proposition de la partie requérante [...]

La partie adverse a clairement fait connaître à la requérante, avant la date limite de remise des offres, l'exigence selon laquelle l'exploitation des services devait démarrer le 7 mai 2019. Elle la lui a fait connaître de la manière la plus officielle par la publication d'un avis rectificatif [...].

La requérante ne peut contester – et ne conteste d'ailleurs pas – que son offre n'était pas conforme à cette exigence. De ce point de vue, le motif critiqué n'est donc entaché d'aucune erreur.

Concernant le fait que la requérante ait offert, dans sa lettre du 18 janvier 2019, de remettre une offre «de transition» et que la partie adverse n'aurait pas donné suite à cette proposition, cette critique n'est pas pertinente. En effet, comme exposé précédemment, le fait pour la requérante d'avoir remis une offre qui ne prévoyait le début de l'exploitation des services qu'en novembre 2019, affectait cette dernière d'une irrégularité substantielle. En offrant à la partie adverse de remettre une offre «de transition», la requérante ne proposait en fait rien de moins que de régulariser son offre. Or, l'article 30, § 2, al. 2, de l'arrêté royal concession dispose que :

«L'adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents de concession. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que l'adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation» [...].

En l'espèce, le CSC applicable à la Concession ne prévoyait pas de faculté de régularisation des irrégularités substantielles conformément à la disposition précédemment reproduite. Il s'ensuit que la partie adverse ne pouvait pas donner favorablement suite à l'offre faite par la requérante, postérieurement au dépôt de son offre, de régulariser cette dernière concernant la date de démarrage de l'exploitation des services. Le motif critiqué se borne à constater l'existence d'une irrégularité substantielle affectant l'offre au moment de son dépôt, au regard d'une exigence qui avait été clairement portée à la connaissance de la requérante par un avis rectificatif, et qu'elle a manifestement choisi de ne pas respecter au moment d'élaborer son offre. De ce point de vue, le motif critiqué n'est entaché d'aucune erreur.

17. Il résulte des éléments qui précèdent que la motivation du caractère substantiel de l'irrégularité identifiée n'est entachée d'aucune irrégularité.

D. Conclusion

18. En sa première branche, le moyen unique n'est pas sérieux".

C. Requête en intervention

En réponse à la première branche du moyen unique, l'intervenante fait valoir ce qui suit :

" B.1. La première branche du moyen unique n'est pas sérieuse

(a)Principes

14. Sur la base de l'article 30, § 1^{er}, alinéas 3 et 4, 3^o et § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession (ci-après «arrêté royal du 25 juin 2017»), le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle. Le Roi prévoit ce qui constitue une irrégularité substantielle :

« § 1^{er}. (...) »

Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres, ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Sont réputées substantielles notamment les irrégularités suivantes :

1^o le non-respect du droit environnemental, social ou du travail, pour autant que ce non-respect soit sanctionné pénalement;

2^o le non-respect des exigences visées aux articles 18, 23, 24 ou 27, pour autant qu'ils contiennent des obligations à l'égard des soumissionnaires;

3^o le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents de concession.»

§ 2. (...) »

L'adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents de concession. (...)»[...].

Au sein de la catégorie des irrégularités substantielles, la disposition citée fait clairement une distinction entre des irrégularités qui doivent répondre à certaines conditions concrètes avant de pouvoir être considérées comme substantielles et des irrégularités qui sont réputées substantielles.

Du paragraphe 2, alinéa 2 de la même disposition, il ressort que le pouvoir adjudicateur ne peut pas offrir au soumissionnaire la possibilité de régulariser des irrégularités dans son offre avant d'entamer les négociations si le cahier spécial des charges ne prévoit pas cette possibilité :

« § 2. (...) »

L'adjudicateur déclare nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, sauf disposition contraire dans les documents de concession. Dans ce dernier cas, il donne la possibilité au soumissionnaire de régulariser cette irrégularité avant d'entamer les négociations, à moins que l'adjudicateur n'ait indiqué à propos de ladite irrégularité qu'elle ne peut faire l'objet d'une régularisation. (...)»[...].

Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle sans possibilité de régulariser l'offre concernée.

15. Conformément à la jurisprudence constante de Votre Conseil, le pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune marge d'appréciation lorsqu'il conclut à la présence d'une irrégularité substantielle et est ensuite tenu de déclarer l'offre nulle :

« L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques se lit comme suit: (...) »

Il se déduit de cette disposition que lorsque le pouvoir adjudicateur conclut à la présence d'une irrégularité substantielle, il est tenu de déclarer l'offre nulle.

Dans un tel cas l'autorité ne dispose, en réalité, d'aucune marge de manœuvre.

En revanche, si l'offre est affectée d'une irrégularité non substantielle, le pouvoir adjudicateur peut déclarer l'offre irrégulière, mais il ne le doit pas»[...].

Cette jurisprudence s'applique *mutatis mutandis* en cas de concessions.

(b) Application au cas d'espèce

16. La première branche du moyen se base sur une lecture erronée de la décision attaquée. En l'espèce, la partie adverse a déclaré l'offre de la partie requérante irrégulière pour les motifs suivants :

« L'offre de RATP DEVELOPPEMENT est affectée d'une irrégularité dans la mesure où elle prévoit le démarrage de la concession au plus tôt le 29.11.2019, alors que, dans la publication des questions réponses sur le site TED (voir publication 2018/S223-511490 – Rectification Avis d'information complémentaire du 20.11.2018) la STIB a clairement précisé que : "La concession actuelle prend fin le 6 mai 2019, la nouvelle concession doit donc débuter dès le 7 mai 2019. Il n'est pas prévu que cette date soit négociable". Une telle prescription fait partie intégrante des "documents de concession". L'irrégularité précitée est jugée substantielle. Le caractère substantiel résulte tout d'abord de la formulation même de l'exigence méconnue qui prévoit bien que la nouvelle concession "doit (...) débuter dès le 7 mai 2019" [...] et qu'il "n'est pas prévu que cette date soit négociable" [...]. Il résulte encore du fait qu'en s'octroyant unilatéralement un délai de plus de 6 mois pour commencer l'exploitation du service au cœur de la concession, RATP DEV s'octroie également un avantage concurrentiel par rapport à tout concurrent qui aurait pris les mesures nécessaires pour respecter l'exigence de commencer l'exploitation le 7 mai 2019, par exemple en proposant une flotte de bus de qualité moindre dans un premier temps. Le caractère substantiel de l'irrégularité résulte encore du fait que RATP a clairement refusé de commencer l'exploitation plus tôt, malgré les différentes demandes que la STIB lui a adressées en ce sens, et qu'elle a ainsi explicitement manifesté son refus de s'engager à exécuter la concession dans les conditions prévues ;».

La lecture erronée porte en premier lieu sur le nombre de raisons pour lesquelles l'offre de la partie requérante a été considérée comme irrégulière de manière substantielle. La partie adverse n'a pas retenu un motif, mais en a retenu deux : 1) le caractère substantiel ressort des documents de concession et 2) le délai supplémentaire prévu dans l'offre de la partie requérante lui procure un avantage concurrentiel. La requête ne fait apparaître qu'une seule critique et ne fait donc pas une distinction entre les deux raisons retenues par la partie adverse.

En deuxième lieu, la partie requérante estime à tort que la partie adverse s'est uniquement basée sur l'article 30, § 1, alinéa 3, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 pour déclarer son offre irrégulière. La première raison qui a justifié la première décision attaquée est l'article 30, § 1, alinéa 4, 3° de l'arrêté royal du 25 juin 2017. L'article 30, § 1, alinéa 3, 3° et § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 décrivent que le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle, ce qui comprend, entre autres, le non-respect des exigences minimales et des exigences qui sont indiquées comme substantielles dans les documents de la concession.

17. La partie requérante n'a pas respecté dans son offre une exigence qui a été considérée par les documents de la concession comme substantielle. La partie requérante estime qu'en l'espèce, le cahier spécial des charges ne précise pas la date à laquelle la nouvelle concession doit commencer et n'a été fixée par la partie adverse qu'en réponse à la question par la partie requérante sur le délai de la mise en service de la concession.

L'article 2, 13° de la loi du 17 juin 2016 définit la notion «document de concession» comme suit : «tout document fourni par l'adjudicateur ou auquel il se réfère afin de décrire ou de définir des caractéristiques de la concession ou de la procédure de passation, y compris l'avis de concession, les spécifications techniques et fonctionnelles, le cahier des charges proposé pour la concession, les formats de présentation des documents par les candidats et les soumissionnaires, les informations sur les obligations généralement applicables et tout autre

document additionnel». Le cahier spécial des charges n'est pas l'unique document de concession, comme semble le prétendre à tort la partie requérante dès lors que les avis de concession, les rectifications, le contrat signé par les parties et tout autre document auquel le cahier spécial des charges, les avis de concession (inclus les rectifications) et le contrat signé par les parties se réfèrent sont également des documents de concession.

Ainsi, la publication des questions-réponses dans la rectification de l'Avis d'information complémentaire du 20 novembre 2018 dans le Journal Officiel de l'Union Européenne constitue également un document de concession. Une rectification vise à rectifier ou compléter une publication officielle. Ceci ressort de l'article 8 de l'arrêté royal du 25 juin 2017, lequel dispose que :

« Lorsqu'il entend rectifier ou compléter une publication officielle, l'adjudicateur publie, conformément au présent chapitre, un avis rectificatif sous la forme d'un formulaire standard développé et mis à disposition par le Service public fédéral Stratégie et Appui, élaboré sur la base du Règlement d'exécution 2015/1986 de la Commission européenne du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics» [...].

Ce document a été publié de manière officielle et est donc opposable à toutes les entreprises intéressées par la concession.

En plus, en soumettant une offre, la partie requérante a accepté sans réserve le contenu du cahier spécial des charges, les documents de la concession accompagnants et la procédure de la concession :

« Par la remise de leur offre, les soumissionnaires acceptent sans réserve le contenu du cahier spécial des charges, des documents de la concession accompagnants et de la procédure de la concession, comme cela est décrit dans le cahier spécial des charges, et acceptent d'être liés par ces dispositions, sauf s'ils dérogent explicitement dans leur offre à certains points des documents de la concession. Dans ce dernier cas, la STIB évaluera dans quelle mesure ces dérogations sont acceptables au regard de la réglementation des concessions ou conduisent à une irrégularité.» (p. 3 cahier spécial des charges).

La circonstance que le délai de mise en service après l'octroi de la concession n'a, en l'espèce, pas été repris dans le cahier spécial des charges s'explique par le fait que la fin de cette concession était connue des différents soumissionnaires intéressés.

18. Le caractère substantiel dudit sous-critère d'attribution ressort de la publication des questions-réponses dans la rectification Avis d'information complémentaire du 20 novembre 2018 :

« 1/ Le Cahier des charges ne stipule pas de date de début de prestation. Dois-je comprendre que cette date est négociable et dépendante des propositions apportées dans le cadre de cet appel d'offre ?

La concession actuelle prend fin le 6 mai 2019, la nouvelle concession doit donc débuter dès le 7 mai 2019.

Il n'est pas prévu que cette date soit négociable» [...].

Il ressort de la jurisprudence de Votre Conseil qu'afin de pouvoir être considéré comme prescrit à peine de nullité, le document de marché ou le document de concession ne doit pas mentionner de manière expresse que la sanction de nullité s'impose en cas de non-respect dudit document. Cette sanction peut également être déduite de la manière dont l'exigence est formulée dans le document.

Le fait que le nouveau contrat DOIT débuter le 7 mai 2019 et que cette date n'est pas négociable indique de manière suffisamment claire que cet élément est fondamental pour la partie adverse. D'ailleurs, cela ressort également de l'échange de mails entre la partie requérante et la partie adverse.

En effet, comme la partie requérante le mentionne elle-même, le pouvoir adjudicateur a demandé si, lors de la procédure d'attribution, la partie requérante pouvait confirmer se trouver dans l'impossibilité de commencer son activité dès le 7 mai 2019. La partie requérante a explicitement manifesté son refus de s'engager à exécuter la concession dans les conditions prévues dans les documents de concession. Ceci ressort de la du lettre du 18 janvier 2019 de la partie adverse :

« Monsieur Saint-Félix,

Suite à notre entretien téléphonique de ce matin, je vous invite à nous confirmer que, comme indiqué dans votre réponse du 24 décembre 2018, RATP Dev/Bruxelles Tour est dans l'impossibilité de démarrer l'activité hop on – hop off dès le 7 mai 2019, lendemain de la date de fin de la concession en cours.

Comme expliqué, cette confirmation nous obligerait à considérer votre offre comme irrégulière car ne respectant pas une des impositions du cahier des charges.

Je vous en remercie par avance.»

La circonstance que le délai de mise en service de la concession après l'octroi de celle-ci constitue un critère d'attribution ne modifie pas le fait que la date à laquelle le concessionnaire doit entamer la concession doit être considérée comme substantielle.

En l'espèce, le cahier spécial des charges contient un critère d'attribution concernant «la qualité organisationnelle de l'offre»:

La qualité organisationnelle de l'offre, composé de :	15 pt
le niveau de formation du personnel de conduite (professionnalisme, connaissance des langues, etc.) et l'effectif prévu	5 pt
les mesures prévues pour assurer la continuité du service en cas d'avarie du matériel roulant, manque de personnel ou toute autre défaillance	8 pt
le délai de mise en service après octroi de la concession	2 pt

Ce critère d'attribution contient un sous-critère d'attribution de «délai de mis en service après octroi de la concession». Cependant, ce critère n'a pas pour objet d'établir dans quelle mesure un soumissionnaire est prêt au moment où la concession commence. Elle vise jauger la vitesse à laquelle le soumissionnaire va mettre en service toute son offre. Dans ce cadre, il faut faire une distinction entre le service minimal qui doit être prêt au début du contrat et la mise en œuvre de l'offre complète pendant l'exécution du contrat.

19. Le caractère substantiel de la date du début de l'exploitation de la concession découle également du principe de la continuité du service public qui est considéré par certains auteurs comme un principe général de droit avec une valeur constitutionnelle. E. Van Hooydonck, entre autres, a défendu que le principe de continuité, à l'instar des autres lois du service public, est un corollaire du principe de légalité, consacré dans les articles 108 et 187 actuels de la Constitution, de sorte qu'il a bien une valeur constitutionnelle. P. Goffaux s'inscrit également dans le sens de la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle au principe de continuité.

Le début de la nouvelle concession au 7 mai 2019 était nécessaire afin d'assurer la continuité du service public. En effet, l'ancien contrat conclu entre la partie adverse et la partie demanderesse en intervention termine le 6 mai 2019. Afin qu'il y ait un service le 7 mai 2019, le soumissionnaire retenu devait être prêt à cette date. Le commencement des activités au 29 novembre 2019 comme proposé par la partie requérante n'assure pas la continuité du service public.

D'ailleurs, le cahier spécial des charges ne prévoyait pas que la flotte devait être à 100% électrique au début de l'exploitation, mais l'exécution de la concession devait être 100% électrique avant le terme de la concession. Au démarrage de la

concession, seuls des autobus hybrides (diesel/électrique) devaient être mis en service.

20. Contrairement à ce qu'estime la partie requérante, la partie demanderesse en intervention ne disposait pas non plus des autobus électriques ou de la flotte nécessaire afin d'être conforme à tous les prescrits du cahier spécial des charges. À cet égard, la partie demanderesse en intervention avait pris des précautions par une commande de bus électriques, déjà en 2018, [...] sans être sûr d'obtenir la concession [...]. Elle bénéficie donc en aucun cas d'un avantage concurrentiel par rapport à la partie requérante. C'est de son propre fait qu'elle ne pouvait pas être prête le 7 mai 2019.

Au contraire, c'est la partie requérante qui s'approprie un avantage économique en proposant le commencement de la concession qu'au 29 novembre 2019.

21. La partie requérante n'a pas pu proposer une alternative, c'est-à-dire une offre de «transition» avec une proposition d'une flotte thermique, afin de contourner le délai du 7 mai 2019. Ceci constitue une modification non-autorisée, car il s'agit d'une modification d'une exigence substantielle. La partie adverse n'avait pas la possibilité d'accepter une telle modification.

Ainsi, la Cour de Justice a déjà jugé ce qui suit :

« 68. À cet égard, il convient de relever que, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, ces principes et cette obligation exigent en particulier que les soumissionnaires se trouvent sur un pied d'égalité au moment où ils préparent leurs offres. L'obligation de transparence vise plus particulièrement à garantir l'absence de favoritisme et d'arbitraire de la part de l'entité adjudicatrice (voir, en ce sens, arrêts du 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C 42/13, EU:C:2014:2345, point 44, et du 14 juillet 2016, *TNS Dimarso*, C 6/15, EU:C:2016:555, point 22).

69. Lesdits principes et obligation impliquent notamment que l'objet et les critères d'attribution du marché concerné soient clairement déterminés dès le début de la procédure de passation de celui-ci et que les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre l'entité adjudicatrice en mesure de vérifier effectivement si les offres présentées correspondent aux critères régissant ledit marché (voir, en ce sens, arrêts du 10 mai 2012, *Commission/Pays-Bas*, C 368/10, EU:C:2012:284, points 56, 88 et 109 ; du 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C 42/13, EU:C:2014:2345, point 44, ainsi que du 14 juillet 2016, *TNS Dimarso*, C 6/15, EU:C:2016:555, point 23). L'obligation de transparence signifie également que l'objet et les critères d'attribution du marché doivent faire l'objet d'une publicité adéquate de la part de l'entité adjudicatrice (voir, en ce sens, arrêt du 24 janvier 2008, *Lianakis e.a.*, C 532/06, EU:C:2008:40, point 40).

70. Il résulte également de la jurisprudence de la Cour que l'entité adjudicatrice ne peut pas, en principe, modifier, au cours de la procédure d'adjudication, la portée des conditions essentielles du marché, au rang desquelles figurent les spécifications techniques ainsi que les critères d'attribution, et sur lesquelles les opérateurs économiques intéressés se sont légitimement fondés pour prendre la décision de préparer la présentation d'une offre ou, au contraire, de renoncer à participer à la procédure de passation du marché concerné (voir, en ce sens, arrêts du 10 mai 2012, *Commission/Pays-Bas*, C 368/10, EU:C:2012:284, point 55, et du 16 avril 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C 278/14, EU:C:2015:228, points 27 à 29).

71. Cela étant, il ne s'ensuit pas que toute modification du cahier des charges après la publication de l'avis de marché serait, par principe et en toutes circonstances, proscrite».

En l'espèce, la partie demanderesse en intervention a déjà démontré de manière suffisante que la date de commencement du contrat était fondamentale et ne pouvait donc être modifiée.

En outre, sur la base du paragraphe 2, alinéa 2 de l'article 30 de l'arrêté royal du 25 juin 2017, le pouvoir adjudicateur ne peut pas offrir au soumissionnaire la possibilité de régulariser des irrégularités dans son offre avant d'entamer les négociations si le cahier spécial des charges ne prévoit pas cette possibilité. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit déclarer nulle l'offre affectée d'une irrégularité substantielle sans possibilité de régulariser l'offre concernée.

En l'espèce, le cahier spécial des charges ne prévoyait pas de faculté de régularisation des irrégularités substantielles. Il s'ensuit que la partie adverse ne pouvait pas donner favorablement suite à l'offre de «transition» faite par la partie requérante. Ceci consiste en effet de régulariser son offre initiale sur le point de la date de démarrage de l'exploitation des services. Le pouvoir adjudicateur était dans l'impossibilité d'accepter l'offre de «transition», car, en faisant cela, le pouvoir adjudicateur agirait en violation de l'article 30, § 2, alinéa 2, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 et du principe du *patere legem quam ipse fecisti*.

En plus, il n'appartient pas au soumissionnaire de déterminer si une autorité publique doit faire appel à une solution intermédiaire.

22. Il n'y a donc pas de violation des dispositions invoquées dans la première branche du moyen unique".

D. Moyen nouveau soulevé à l'audience

À l'audience du 30 avril 2019, la requérante a soulevé un moyen nouveau, qu'elle estime être d'ordre public et dans lequel elle dénonce, en substance, l'incompétence de l'auteur de la rectification apportée aux documents de la concession, en tant qu'est intégrée dans ceux-ci – à la suite de la question qu'elle avait elle-même adressée aux services de la partie adverse – la date du 7 mai 2019, comme étant celle de prise de cours de la concession litigieuse. Prenant appui sur deux extraits du procès-verbal de la réunion du conseil d'administration, tenue le 15 octobre 2018, relatifs à l'approbation – par cet organe – de l'avis de concession et du cahier des charges de la concession litigieuse, elle déduit de ces deux documents que, s'il fallait une décision de l'organe compétent de la partie adverse pour fixer les conditions de la concession litigieuse, il en fallait également une pour modifier ces conditions, *a fortiori* si la modification portait sur un point essentiel, justifiant que sa méconnaissance par un soumissionnaire puisse entacher d'irrégularité substantielle l'offre déposée par ce dernier. Or, une telle décision modificative n'existe pas, selon la requérante.

La partie adverse relève que, sous le titre "Objet de la concession", chaque extrait du procès-verbal du 15 octobre 2018 mentionne, d'une part, que la concession actuellement en cours arrive à échéance le 6 mai 2019 et, d'autre part, que la STIB doit en conséquence organiser une nouvelle procédure de concession de service public.

Elle considère que ces indications sont suffisamment révélatrices de sa volonté de faire démarrer la concession le 7 mai 2019, dans le respect du principe de continuité du service public. À son estime, une décision fixant la prise de cours de la nouvelle concession a donc bien été prise par son organe compétent, de sorte que l'agent traitant qui a procédé à la rectification des documents du marché n'a rien fait d'autre que procéder à la mise en œuvre matérielle de cette décision. Elle considère qu'il n'était donc pas nécessaire que le conseil d'administration se réunisse et délibère une nouvelle fois pour statuer sur cette date, alors que cette décision avait déjà été prise. Elle en conclut que le moyen doit être rejeté, dès lors que la rectification des documents du marché ne constituait pas autre chose que l'exécution matérielle des décisions d'approbation régulièrement prises le 15 octobre 2018.

L'intervenante soutient qu'en tant qu'elles se réfèrent à la date du 6 mai 2019, les décisions d'approbation confirment l'échéance annoncée dans la notification de la précédente concession, qui lui avait été adressée. La date de prise de cours de la nouvelle concession est donc implicitement contenue dans ces décisions. À son estime, le caractère contraignant de cette date se déduit tant de la mention figurant dans le procès-verbal précité selon laquelle la STIB "doit" organiser une nouvelle procédure de concession que de la référence, résultant de l'avis rectificatif, au fait que la nouvelle concession "doit" débiter le 7 mai 2019.

V.2. Appréciation du Conseil d'Etat

À l'audience du 30 avril 2019, la requérante a soulevé un moyen nouveau dont l'exposé, ainsi que les observations des parties adverse et intervenante auxquelles il a donné lieu, impose – particulièrement en ce qui concerne la nécessité de déterminer si la proposition de faire débiter la concession à une date postérieure au 7 mai 2019 constitue, ou non, une irrégularité – de considérer qu'il doit être examiné simultanément à la première branche de l'unique moyen de la requête. Tels que rappelés en substance, les principaux arguments auxquels il doit être répondu dans le cadre de cet examen conjoint s'articulent de la manière suivante :

- Au titre de sa première branche, le moyen unique de la requête soutient que la date de début de la concession litigieuse ne constituerait pas une des impositions du cahier des charges puisque celui-ci ne la précise pas et que si elle devait – au contraire – passer pour être une telle imposition, celle-ci serait en contradiction avec le critère d'attribution relatif au délai de mise en service après octroi de la concession.
- Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir que – par son intégration, à la faveur d'un avis rectificatif publié dans le respect des formalités imposées à

cette fin, dans les documents de concession – la date de début de la concession a acquis valeur de document de concession, de sorte que sa méconnaissance est bien de nature à rendre irrégulière l'offre de la requérante. L'intervenante développe une argumentation similaire, à tout le moins pour ce qui a trait à l'existence même d'une irrégularité.

- Au titre de son moyen nouveau, la requérante met en cause la régularité, quant à la compétence de son auteur, de la rectification des documents de concession relative à la date de début de celle-ci, cette rectification n'ayant pas fait l'objet d'une décision prise par l'organe compétent de la partie adverse.
- La partie adverse, suivie en substance par l'intervenante, soutient que la fixation de la date de début de concession avait déjà été décidée par son conseil d'administration en date du 15 octobre 2018, de sorte que la publication d'un avis rectificatif, qui ne constitue que l'exécution matérielle de cette décision préalable, n'appelait plus une nouvelle délibération du conseil d'administration.

Quant à la recevabilité du moyen nouveau

Il n'apparaît pas que le moyen nouveau soulevé à l'audience aurait pu être formulé dans la requête.

La procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions ne paraît pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens.

Toutefois, un moyen nouveau, fût-il d'ordre public, ne peut être soulevé utilement qu'à la condition qu'il puisse être débattu de tous ses aspects à l'audience.

En l'espèce, l'illégalité alléguée au titre du moyen nouveau a pu être débattue en tous ses aspects à l'audience, les parties adverse et intervenante n'ayant d'ailleurs élevé aucune contestation à cet égard et ayant formulé les observations que leur inspirait ce moyen.

Le moyen nouveau est recevable.

Quant au caractère sérieux de la première branche du moyen unique de la requête et du moyen nouveau, examinés conjointement

Il convient, avant tout, de mettre en évidence les éléments de fait suivants, qui ne sont pas (ou plus) contestés au terme des débats tenus en extrême urgence :

- Aucune date de prise de cours de la concession litigieuse n'a été fixée par le cahier des charges et l'avis de concession, tels qu'approuvés par le conseil d'administration de la partie adverse, en sa séance du 15 octobre 2018.
- Ce même conseil d'administration n'a plus été amené à statuer sur la fixation et/ou la modification des conditions de la concession litigieuse après cette séance du 15 octobre 2018.
- Au vu des formalités accomplies par les services de la partie adverse pour la rectification des documents de la concession par ajout de la réponse à la question portant sur la date de prise de cours de l'exécution de la concession, la requérante reconnaît que cette date de prise de cours fait, depuis cette rectification, partie intégrante des documents de la concession, ce qui – a-t-elle précisé en exposant le moyen nouveau – ne l'empêche pas de contester la compétence de l'auteur de cette rectification.

Il s'impose, par ailleurs, d'observer qu'à l'égard de décisions prises par l'organe compétent d'un pouvoir adjudicateur, et ayant notamment pour objet d'approuver le cahier des charges d'une concession et l'avis de concession destiné à être publié, la publication des documents de la concession procède de l'exécution matérielle de ces décisions. Elle requiert donc l'adoption préalable de telles décisions et – lorsque s'impose la rectification ultérieure d'informations antérieurement publiées à propos d'une concession, par l'ajout de conditions que l'organe compétent n'avait pas préalablement fixées – cette rectification doit elle-même prendre appui sur une décision régulièrement prise à cette fin par cet organe compétent.

En outre, pour qu'une information intégrée dans les documents de concession, telle la date de début d'exécution de celle-ci fixée par le pouvoir adjudicateur, soit reconnue comme étant une exigence dont la méconnaissance par une offre entache celle-ci d'irrégularité, il faut que le pouvoir adjudicateur ait effectivement décidé de conférer à cette information ce caractère d'exigence.

Au regard des thèses soutenues par les parties et des premiers éléments qui viennent ainsi d'être relevés, c'est donc bien l'existence d'une décision prise par

l'organe compétent de la partie adverse et ayant pour objet de fixer, parmi les conditions de la concession, la date de début d'exécution de celle-ci au 7 mai 2019, qui pose question en l'espèce.

La partie adverse admet (au moins implicitement) que la date de début de la concession n'était pas mentionnée dans le cahier des charges et l'avis de concession, mais soutient que les décisions d'approbation de l'avis de concession et du cahier des charges prises régulièrement par son conseil d'administration le 15 octobre 2018 contiennent nécessairement, par ailleurs, la décision de fixer la date de prise de cours de la concession litigieuse au 7 mai 2019. Cela se déduit – à son estime – de deux mentions contenues dans les documents produits, aux termes desquelles, d'une part, "la concession accordée [...] en 2012 arrive à échéance le 6 mai 2019" et, d'autre part, "la STIB doit en conséquence organiser une nouvelle procédure de concession de service public", mentions figurant toutes deux sous le titre "A. Objet de la concession" de chacun de ces documents.

Ces deux pièces respectivement référencées CA-141/2018 – 15.10.2018 et réf. CA-146/2018 – 15.10.2018 se présentent comme deux documents dont les contenus respectifs sont structurés en plusieurs titres, dont l'un – le dernier – indique l'objet précis de la décision prise (ou à prendre) par le conseil d'administration, tandis que les autres doivent, à leur lecture, être compris comme se rapportant aux contextes et motifs de cette décision. Sous leurs titres "Décision", ces documents contiennent les mentions suivantes :

- " Sur la base des éléments repris ci-dessus, le Conseil d'Administration marque son accord sur l'avis de marché AL_4000/DD/CG ci-annexé" (réf. CA-141/2018 – 15.10.2018);
- " Cela étant, le Conseil d'administration marque son accord sur le cahier spécial des charges AL 4000/DD/CG précité" (réf. CA-146/2018 – 15.10.2018).

Une décision imposant implicitement la date de début de la concession comme exigence dont la méconnaissance constituerait une irrégularité substantielle est d'autant moins évidente – quoi que soutienne la partie adverse – qu'elle ferait apparaître et laisserait inexpliquée une contradiction avec le critère d'attribution relatif au délai de mise en service après octroi de la concession (2 points), tel que la partie adverse l'a elle-même interprété, ainsi que le révèle la manière dont elle en a fait application à propos de l'offre de l'intervenante. Les deux points attribués à celle-ci pour ce critère sont justifiés dans les termes suivants, qui doivent être lus en ayant égard au fait que l'intervenante ne proposait pas une flotte totalement électrique dès le début de l'exploitation du service, mais entendait réaliser cet objectif pour la mi-2023:

- " BRUSSELS SIGHTSEEING est en capacité de mettre en service dès le 7 mai 2019, lendemain de la fin de la concession actuellement en cours, sa nouvelle offre

basée notamment sur une flotte partiellement électrique (les autres bus étant exclusivement Euro 6)".

Ce critère d'attribution doit donc être ainsi interprété en ce sens qu'une offre exprimant l'engagement de son auteur à faire débiter l'exécution de la concession à la date du 7 mai 2019 bénéficierait – à l'instar de celle de l'intervenante – d'une note de 2 points, et ce même si la réalisation de l'objectif d'une flotte totalement électrique n'était annoncée que pour plus tard, tandis qu'une autre offre qui annoncerait un démarrage différé bénéficierait d'une note inférieure, voire nulle, sans toutefois être écartée pour cause d'irrégularité. Raisonner autrement priverait d'ailleurs de sens et d'utilité ce critère d'attribution ainsi fixé et interprété.

Il suit de ces considérations que la partie adverse échoue, *prima facie*, à établir que la décision de fixer la date de prise de cours de la concession litigieuse à la date du 7 mai 2019 et d'ériger cette date en exigence s'imposant aux soumissionnaires dans l'élaboration de leurs offres, aurait été prise par son conseil d'administration lors de sa séance du 15 octobre 2018.

De ce qu'il doit ainsi être décidé en extrême urgence – et au vu notamment des éléments de fait précédemment rappelés – que le conseil d'administration de la partie adverse n'a fixé la date de début de la concession litigieuse au 7 mai 2019 et fait de cet élément une condition de cette concession, ni lors de sa séance du 15 octobre 2018 ni à un autre moment, il résulte, d'une part, que cette date de démarrage ne peut être considérée comme une condition fixée par l'organe compétent du pouvoir adjudicateur et, d'autre part, que la rectification ultérieure des documents de concession aux fins d'y intégrer cette date ne peut passer pour être l'exécution matérielle d'une décision régulièrement prise le 15 octobre 2018, mais résulte plutôt d'une initiative prise en ce sens par une personne autre que cet organe, personne dont la compétence à cet égard n'est pas établie en l'espèce.

Les développements qui précèdent imposent de déclarer sérieux le moyen unique de la requête, en sa première branche, et le moyen nouveau.

VI. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

VII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue confidentielle la pièce 12 de son dossier, qui consiste en extraits de son offre.

La partie adverse demande, quant à elle, le maintien de la confidentialité des pièces 7, 8, 9, 20, 21, 22, 23 et 32 à 65 du dossier administratif.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme BRUSSELS SIGHTSEEING est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision prise par la Société des Transports intercommunaux de Bruxelles le 18 mars 2019 d'écarter l'offre de la société de droit français RATP DEVELOPPEMENT pour irrégularité substantielle et de désigner la société BRUSSELS SIGHTSEEING comme concessionnaire du service de transport desservant les lieux d'intérêt dans la Région de Bruxelles-Capitale (hop on – hop off) est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La pièce 12 du dossier de la requérante et les pièces 7, 8, 9, 20, 21, 22, 23 et 32 à 65 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le trois mai deux mille dix-neuf par :

David DE ROY,
Vincent DURIEUX

conseiller d'Etat, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.