

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 245.203 du 18 juillet 2019

A. 228.344/VI-21.500

En cause : **la société anonyme JCDECAUX STREET
FOURNITURE BELGIUM,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Benoît CAMBIER, Alexandre PATERNOSTRE et
Thomas CAMBIER, avocats,
avenue Winston Churchill 253/40
1180 Bruxelles,

contre :

la Société des Transports Intercommunaux de Bruxelles,
en abrégé STIB,
ayant élu domicile chez
M^{es} Sofie LOGIE, Michel DE SCHEEMAEKER et
Mehdy ABBAS KHAYLI, avocats,
Beneluxpark 27B
8500 Kortrijk.

Partie intervenante :

CLEAR CHANNEL BELGIUM,
ayant élu domicile chez
M^{es} Raluca GHERGHINARU et
Ludovic PANEPINTO, avocats,
avenue de l'Yser 19
1040 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 juin 2019, la société anonyme JCDECAUX STREET FOURNITURE BELGIUM demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la STIB du 24 mai 2019 d'attribuer le marché public de services «accord-cadre pour l'exploitation des vitrines publicitaires dans des abris» dans son ensemble et, à tout le moins, en ce qu'elle :

- attribue à un autre soumissionnaire (Clear Channel Belgium) les lots 2, 3, 4 et 5 de ce marché;
- implicitement, ne lui attribue pas ces lots".

Par une requête introduite le 16 juillet 2019, la société anonyme JCDECAUX STREET FURNITURE BELGIUM demande l'annulation des mêmes décisions.

II. Procédure

Par une ordonnance du 13 juin 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 juin 2019 à 14 heures 30.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et à l'article 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.

Par une requête introduite le 21 juin 2019, CLEAR CHANNEL BELGIUM demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^{es} Benoît CAMBIER, Alexandre PATERNOSTRE et Thomas CAMBIER, avocats, et M. Jérôme BLANCHEVOYE, directeur général, comparaisant pour la partie requérante, M^{es} Sofie LOGIE, Michel DE SCHEEMAER et Mehdy ABBAS KHAYLI, avocats, comparaisant pour la partie adverse, et M^{es} Raluca GHERGHINARU et Ludovic PANEPINTO, avocats, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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

La partie adverse expose comme suit les faits utiles à l'examen de la requête:

"1.1. La STIB a lancé un marché public de services ayant pour objet un «accord-cadre pour l'exploitation des vitrines publicitaires dans des abris» (le Marché).

Ce Marché a fait l'objet d'un avis de marché publié le 22 novembre 2018 au Bulletin des adjudications (pièce 1) et le 27 novembre 2018 au Journal officiel de l'Union européenne (pièce 2).

Ce Marché a été passé selon la procédure négociée avec mise en concurrence préalable.

1.2. Le cahier spécial des charges relatif au Marché (Réf. AL_3490B/MS-PG/FK) (le CSDC) détermine l'objet du marché comme suit:

« Les abris dans les 19 communes de la Région de Bruxelles-Capitale ont été placés, gérés, entretenus et exploités à des fins publicitaires de manière traditionnelle par chacune des communes en question. La STIB souhaite désormais assumer ce rôle elle-même. Chaque commune prend une décision autonome à ce propos.

Une dizaine de communes ont déjà confié la gestion des abris actuels à la STIB. Les autres communes sont encore liées par leur contrat actuel pour plusieurs années, mais le but est qu'au terme de ces contrats, elles aussi confient la gestion des abris à la STIB.

Le STIB a lancé un marché public séparé pour la conclusion d'un accord-cadre avec un adjudicataire pour la fourniture d'environ 2.000 nouveaux abris (système dynamique d'information des voyageurs inclus). Ces abris seront donc installés en étapes, dont environ 800 sont à placer assez rapidement après le début du marché. Dès le début, les abris sont munis de vitrines publicitaires par la STIB. Ce marché est connu sous le numéro de dossier AL-3490A/MS-PG/FK.

Le présent avis concerne l'exploitation de ces vitrines publicitaires, y compris leur gestion et l'entretien. La STIB se réserve la possibilité de reprendre aussi la gestion et l'entretien des abris mêmes comme une option obligatoire dans le présent marché.

Plus tard dans la procédure, la STIB décidera dans quel(s) marché(s) seront effectuée la gestion et l'entretien des abris.

Ce marché comprend 6 lots

Lot 1: Etterbeek, Koekelberg, Sint Jans-Molenbeek, Uccle, Auderghem

Lot 2: Schaerbeek, Sint-Agathe-Berchem, Forêt

Lot 3: Andedecht, Saint-Gilles, Sint-Josse-ten-Node, Woluwe-Saint-Pierre, Watermael-Boitsfort

Lot 4: Ixelles, Evere, Ganshoren, Jette, Woluwe-Saint-Lambert

Lot 5: Ville de Bruxelles

L'adjudicataire est mis en mesure - à certaines conditions et à des localisations sélectionnées - d'utiliser des vitrines publicitaires rotatives, ou numériques au lieu des vitrines analogiques. Au lancement du marché, tous les contrats ne sont pas encore terminés, ce qui fait que toutes les communes ne peuvent pas encore participer directement. Certaines communes sont même susceptibles de ne pas participer du tout dans le présent marché».

1.3. Le cahier spécial des charges définit les critères d'attribution comme suit:

Critères d'attribution financiers	75%
Prélèvement	55 %
Frais de gestion et d'entretien	20% (option)
Critères d'attribution qualitatifs	25 %
Espace média pour la STIB	10 %
Taux et réduction de prix	5 %
Transport durable	10 % (option incluse)

1.4. Le CSDC prévoit également ce qui suit :

« Si des contradictions, des imprécisions, etc. devaient être constatées dans le présent cahier des charges, les soumissionnaires sont invités à en informer le pouvoir adjudicateur par écrit au plus tard le 13 mars 2019, vers 18h00 et ce, selon les mêmes modalités que pour l'envoi des questions et remarques (voir 7.2 Questions et remarques). Un soumissionnaire qui introduit une offre ne peut plus invoquer d'imprécisions ou d'imperfections qu'il n'a pas préalablement signalées au pouvoir adjudicateur. En soumettant une offre, le soumissionnaire accepte sans réserve le contenu du présent cahier des charges».

1.5. La date de remise des offres a été fixée au 5 avril 2019.

1.6. La Partie requérante et CLEAR CHANNEL BELGIUM (CCB) ont déposé une offre à cette date.

1.7. La STIB a décidé d'attribuer le lot 1 à la Partie requérante et les lots 2, 3, 4 et 5 à CLEAR CHANNEL BELGIUM par une décision notifiée à la Partie requérante le 27 mai 2019 [...].

Il s'agit de l'Acte attaqué".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 21 juin 2019, CLEAR CHANNEL BELGIUM, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V.1. Thèse de la partie adverse

S'agissant de la recevabilité *ratione temporis*, la partie adverse expose qu'elle "comprend que l'acte attaqué a été notifié à JCDcaux le 28 mai 2019", que la requête est datée du 11 juin, ce qui est le dernier utile, et qu'il convient de vérifier si celle-ci a été introduite dans le délai.

Elle conteste ensuite la recevabilité de la requête en ces termes:

- " 2.5. De façon générale, il convient de constater que JCDcaux ne dispose pas d'un intérêt au recours.
- 2.6. En effet, les moyens invoqués par JCDcaux, s'ils étaient admis par Votre Conseil, n'impliqueraient pas la suspension de l'Acte Attaqué uniquement en tant qu'il n'attribue pas les lots 2 à 5 du Marché à JCDcaux, de telle manière que cette dernière retrouve une chance de figurer en ordre utile dans les classements relatifs à ces lots et donc d'obtenir le Marché.
- 2.7. L'admission des moyens soulevés par JCDcaux mènerait à l'annulation et l'anéantissement de l'ensemble de la procédure de passation du Marché, ce qui obligerait la STIB à tout reprendre du début.
- 2.8. Cette situation impliquerait que JCDcaux ne bénéficie même plus du lot 1 du Marché ni de la décision de sélection de la STIB qui lui est favorable. Il ne peut être raisonnablement admis qu'un soumissionnaire ait intérêt à son moyen lorsque ce dernier, s'il était admis, placerait ledit soumissionnaire dans une situation plus désavantageuse que la situation actuelle".

Elle poursuit en contestant la recevabilité du recours en ce qu'il tend à la suspension de la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante.

Enfin, dans ce qu'elle dénomme des "observations additionnelles relatives à l'irrecevabilité du recours et des moyens", elle fait valoir ce qui suit:

- " 2.13. Il convient, à titre général et préliminaire, de souligner que, dans le cadre du contentieux de l'attribution des marchés publics, particulièrement dans le cadre de demandes de suspension, le juge ne peut opérer qu'un contrôle marginal limité au constat d'éventuelles erreurs manifestes d'appréciation, soit d'erreurs qu'aucune autre autorité placée dans les mêmes circonstances n'aurait commises. Ce principe est constant et a notamment été confirmé à plusieurs reprises par Votre Conseil.
- 2.14. Il s'agit donc pour Votre Conseil de limiter son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation, soit l'erreur qu'aucune autre autorité placée dans les mêmes circonstances n'aurait commise. Il n'appartient donc pas à Votre Conseil de substituer son appréciation à celle de la STIB.
- 2.15. Dans le cadre du contentieux en extrême urgence tel qu'en l'espèce, la tâche de Votre Conseil est ainsi de sanctionner les irrégularités manifestes, à ce point évidentes qu'il est admissible, à la première lecture du moyen, de considérer que ce moyen pourrait entraîner la suspension de l'acte attaqué.
- 2.16. En l'espèce, JCDcaux formule toutefois une argumentation peu convaincante (surtout en première lecture) et pour le moins difficile à digérer eu égard à sa longueur. Or, Votre Conseil considère dans sa jurisprudence qu'une requête longue et composée de nombreux moyens, comme c'est le cas en l'espèce, ne se prête pas à un examen rapide, d'autant plus lorsque l'argumentation comprend

de nombreuses répétitions inutiles et des énoncés excessivement théoriques et complexes. Telle est pourtant bien la situation en l'espèce.

2.17. Force est, en outre, d'observer que les critiques formulées dans le cadre du recours touchent, pour la plupart, à l'opportunité de la structure de gestion mise en place et des décisions de la STIB, et non à la légalité de ces éléments. Or, il découle de l'article 14 des Lois coordonnées sur le Conseil d'Etat (LCCE) que Votre Conseil est compétent pour examiner la légalité des actes attaqués devant Lui, et non leur opportunité, a fortiori dans une procédure d'extrême urgence, où le contrôle de Votre Conseil doit se limiter aux erreurs les plus grossières.

2.18. Par conséquent, le recours et l'essentiel des moyens initient une discussion échappant à la compétence de Votre Conseil. Il convient donc de constater l'irrecevabilité de ces moyens et du recours.

2.19. Pour la facilité de Votre Conseil, il est précisé ci-dessous les moyens concernés par la cause d'irrecevabilité couverte par la présente section".

V.2. *Appréciation du Conseil d'Etat*

La requête a été introduite le 11 juin 2019. Elle est donc recevable *ratione temporis*.

L'article 14 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, auquel renvoie l'article 15 pour les demandes de suspension, soumet la recevabilité du recours à deux conditions. D'une part, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché. D'autre part, il faut que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, le requérant. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation ayant lésé ou risquant de léser le requérant. Lorsque cette condition est respectée, l'article 14 n'interdit pas, au regard des conditions de recevabilité d'un recours, que soient soulevés d'autres moyens, qui allèguent une violation n'ayant pas lésé ou ne risquant pas de léser le requérant.

En la présente espèce, la requérante a déposé offre pour l'ensemble des lots du marché. La partie adverse ne soutient pas qu'aucune des irrégularités dénoncées par la requérante ne l'aurait lésée, et, en particulier, l'irrégularité dénoncée par le quatrième moyen, en sa première branche, à l'examen duquel il est renvoyé. La seule circonstance, invoquée par la partie adverse, que certains des moyens soulevés par la requérante entraîneraient "l'anéantissement de l'ensemble de la procédure de passation" et "obligerait la STIB à tout reprendre du début" n'est pas de nature à dénier la recevabilité du recours. Ainsi que l'a souligné la requérante au cours des plaidoiries, il ne peut être exclu que, le cas échéant, en cas de réfection de l'acte et quelle que soit l'illégalité sur la base de laquelle se fonde cette réfection, elle se verrait attribuer au moins ce que lui attribue l'acte attaqué voire davantage. L'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse ne peut, au stade actuel de la procédure, être accueillie.

En revanche, il convient, d'office, de constater que, la requérante étant adjudicataire pour le lot 1, elle est sans intérêt à la suspension de l'exécution de la décision attaquée en tant qu'elle lui attribue ce lot.

S'agissant des "observations additionnelles", il s'agit de considérations tendant essentiellement à soutenir soit que les moyens critiquent en réalité l'opportunité de la décision, soit qu'ils sont exagérément longs et nombreux, ne se prêtant pas à l'examen rapide qui doit être effectué dans la procédure de référé d'extrême urgence. Cette argumentation porte plus sur la recevabilité des moyens que sur la recevabilité de la demande de suspension. Il est renvoyé à cet égard à l'examen du quatrième moyen, lequel conclut, *prima facie*, au caractère recevable de la première branche.

Pour le surplus, le recours est irrecevable en ce qu'il tend à la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas attribuer à la requérante les lots 2 à 5. Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué. En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

VI. Quatrième moyen

VI.1. Thèse de requérante

Le quatrième moyen est pris de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10, 11 et 33, du Code civil, notamment de son article 1304 relatif à la clause purement potestative, à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment de ses articles 4, 81, 83 et 84, de la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions, notamment de ses articles 24, 55 et 46, de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, notamment de ses articles 36, 41, 43, 44 et 74, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de ses articles 28, 33, 35, 36 et 76, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession, notamment de son article 30, du règlement régional d'urbanisme adopté par le Gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale

le 21 novembre 2006, notamment de ses articles 5, 25 et 26, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, notamment de ses articles 4, 4/1 et 5, des principes généraux du droit, notamment des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence et les principes de bonne administration, dont les principes *patere legem quam ipse fecisti* ou encore du principe de précaution et de prudence et du devoir de minutie, de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation de la partie adverse, ainsi que l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou les motifs.

La première branche critique le critère d'attribution relatif à la "redevance".

La requérante expose d'abord ce qui suit :

- " Le cahier spécial des charges contient un critère financier sur 55 % composé du montant garanti de redevance sur 40 % et du pourcentage sur les revenus de l'exploitant sur 15 %.
Le cahier spécial des charges ne fournit aucun sous-critère concernant le montant garanti de la redevance bien qu'il distingue :
- Affiche simple, par côté;
 - Par côté rotatif;
 - Par côté numérique ;
 - Spectacular;
- Le métré à compléter par les soumissionnaires et tel que complété ci-dessous à titre purement d'exemple dans le cadre du présent recours prévoit quant à lui la décomposition suivante de ce critère en sous-critères et sous-sous-critère:

LES CHAMPS ORANGES SONT À REMPLIR PAR LE SOUMISSIONNAIRE
LES CHAMPS ROUGES CONTIENNENT DES MONTANTS UTILISÉS LORS DE L'ÉVALUATION

LOT 5				redevance par vitrine publicitaire	pondération	PONDE- RATION	VALEUR FICTIVE
						40%	€ 6.062
DANS LA PAROI LATÉRALE				€ 2.300		60%	€ 1.380
vitrines publ. analogues				€ 1.000	70%		
vitrines publ. rotatives				€ 4.000	20%		
vitrines publ. numériques				€ 8.000	10%		
DANS LA PAROI ARRIÈRE				€ 1.650		28%	€ 462
vitrines publ. analogues				€ 1.000	70%		
vitrines publ. rotatives				€ 2.500	20%		
vitrines publ. numériques				€ 4.500	10%		
VITRINE PUBLICITAIRE ISOLÉE				€ 2.200		10%	€ 220
vitrines publ. analogues				€ 1.000	70%		
vitrines publ. rotatives				€ 4.000	20%		
vitrines publ. numériques				€ 7.000	10%		
SPECTACULAR/ SPECIAL				€ 200.000	100%	2%	€ 4.000
		nombre d'abris	nombre de vitrines publicitaires				
LOT 5		300	345				
Villes de Bruxelles (les abris)		300	345				
Villes de Bruxelles (vitrines indépendantes)			150				

1. Les pourcentages associés pour l'affichage analogues (70 %), rotatifs (20 %) ou numériques (10 %) sont fournis à titre purement indicatif par la STIB.

Les soumissionnaires ne doivent prendre aucun engagement à ce sujet mais, par contre, ce sont eux qui auront le choix de mettre en œuvre tel ou tel type d'affichage.

Il en va de même du Spectacular.

Ce pouvoir laissé au soumissionnaire rend les offres incomparables et ne permet absolument pas de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse au regard de ce critère puisque tout dépendra de ce que l'attributaire décidera de faire.

2. De plus, cette méthode d'analyse accorde au Spectacular une importance déterminante et prépondérante (66% selon le tableau exemplatif ci-dessus) sans aucun rapport avec la réalité du marché dès lors que sa mise en œuvre est purement hypothétique, ce d'autant qu'elle relève également uniquement du choix de l'attributaire.

3. En outre il revenait à la partie adverse de motiver formellement sa décision en application de ce critère, tel qu'il est décomposé dans le métré en sous-critères et

sous-sous-critères.

Il s'imposait également au pouvoir adjudicateur de vérifier la normalité des montants offerts par les soumissionnaires, et ce d'autant plus compte tenu du fait que chaque soumissionnaire ne s'engage qu'à ce qu'il décidera lui-même de faire, ce qui emporte un risque de manipulations ou de prix anormaux.

Or, la décision motivée fournit uniquement les cotations globales pour le critère sans faire état des sous et sous-sous critères, sans même mentionner les montants totaux prix en compte pour ce critère et elle ne fait apparaître aucun examen de la normalité des prix".

Après avoir exposé la portée de différentes dispositions dont elle allègue la violation, en particulier l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et l'article 55 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, la requérante fait valoir notamment ce qui suit:

" Alinéa 1^{er}: Choix laissé à l'attributaire et absence d'engagement

1. Les soumissionnaires sont cotés pour le critère redevance pour le prix qu'ils remettent pour :

- Les vitrines analogues, valant pour 70 % de chaque emplacement ;
- Les vitrines rotatives, valant pour 20 % de chaque emplacement ;
- Les vitrines numériques, valant pour 10 % de chaque emplacement.

C'est la STIB qui a fixé ces pourcentages dans le formulaire d'offres, de manière purement indicative. Il n'y a donc aucune obligation de s'y tenir.

Les soumissionnaires ne sont pas invités à fournir leur proposition de répartition des différents types d'affichage. Ils ne formulent donc aucun engagement, même sur des valeurs approximatives.

Au contraire, c'est l'attributaire qui choisira, pour chaque abri, le type d'affichage qu'il mettra en œuvre et dans quelle proportion.

En effet, le cahier spécial des charges souligne que :

« Il est permis de fournir des vitrines publicitaires dans les abris avec un système rotatif. Les coûts de cette opération sont à la charge du soumissionnaire. Lors de l'application de vitrines publicitaires rotatives, le soumissionnaire doit assurer l'approvisionnement en énergie à cette fin. Le soumissionnaire est responsable des coûts de raccordement et d'électricité».

« En consultation avec le fournisseur, des écrans numériques peuvent être fournis dans les abris, si le soumissionnaire le souhaite, afin de remplacer les vitrines publicitaires analogiques.

Les éventuelles limitations techniques et les dimensions de la construction doivent être prises en compte. Le soumissionnaire doit coordonner cette tâche avec le fournisseur.

Si des vitrines publicitaires isolées peuvent être placées par le soumissionnaire, il est autorisé de les équiper avec des écrans numériques».

Il est également mentionné que «Le soumissionnaire a la responsabilité de stocker les vitrines publicitaires fixes (telles que placées dans les abris), s'il fait le choix de les remplacer par des vitrines publicitaires rotatives ou des écrans numériques».

Concernant le SPECTACULAR / SPECIAL, il est mentionné que :

« Il est permis de réaliser un habillage spectaculaire d'un abri ou d'une vitrine publicitaire indépendante. Les revenus pour l'adjudicateur doivent être signalés sur la note d'enregistrement.

Une présentation de la campagne doit être soumise à l'approbation de la ou des personnes de contact désignées par la STIB à cette fin».

L'attributaire dispose donc d'une liberté totale dans le choix des vitrines, quel que soit le prix qu'il a remis pour ces différents types de vitrines. Pour chaque abri, il choisit le type d'affichage et, le cas échéant, le moment auquel il le mettra en œuvre.

En d'autres termes, il s'agit de formes d'options ou de variantes, mais c'est au

soumissionnaire que revient le pouvoir de décider ce qu'il mettra en œuvre, selon ses propres intérêts, compte tenu de ses contraintes économiques et de l'impact sur la redevance.

2. Il en résulte que le prix remis par le soumissionnaire pour chaque type de support n'est engageant que dans la mesure où le soumissionnaire lui-même le décidera en cours d'exécution du marché.

La comparaison des offres ne permet donc pas de dégager l'offre économiquement la plus avantageuse puisque tout dépendra des affichages effectivement mis en œuvre, ce qui relève exclusivement du choix de l'attributaire.

Par exemple, il pourrait décider de ne pas mettre en œuvre de vitrines numériques bien qu'il ait remis un montant élevé de redevance pour ce support, apprécié lors de la comparaison des offres.

En aucun cas, il ne pourra être contraint de les mettre en œuvre, en exécution du cahier spécial des charges.

3. La STIB s'est manifestement elle-même aperçue de l'inadéquation de son propre cahier spécial des charges à ce sujet.

En effet, le compte rendu de la réunion du 6 mai 2019 mentionne que la STIB a posé les questions suivantes :

« Quel est, par lot, le % d'analogique fixe, déroulant, numérique et spectacular projeté par JCDECAUX ? ».

Et : « Quel engagement JCDecaux prend-il vis-à-vis de ces ratios/pourcentages ? » JCD y a répondu que ces informations ne sont pas demandées par le cahier spécial des charges.

La STIB indique qu'elle ne peut et ne modifiera pas le contrat-cadre sur des points aussi essentiels.

À travers ces questions, la STIB démontre qu'il lui était nécessaire, pour pouvoir déterminer quelle est l'offre réellement la plus avantageuse, de connaître la répartition des types d'affichages qui sera effectivement mise en œuvre par le soumissionnaire, même sur base d'une information approximative.

Il en résulte que le pouvoir laissé à l'attributaire en cours d'exécution est irrégulier et rend irrégulier le critère d'attribution financier.

Il s'appuie sur des éléments totalement aléatoires sur lesquels le pouvoir adjudicateur n'a aucun contrôle, ce qui rend ce critère irrégulier et inopérant au regard de l'article 81 susmentionné de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et 55 de la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions et des principes d'égalité et de transparence.

En effet, en l'état, ce critère ne permet pas de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse et il fausse la comparaison des offres, puisque tout dépendra de ce que l'attributaire décidera de faire en cours d'exécution, ce sur quoi la STIB n'aura aucun pouvoir en l'absence du moindre engagement des soumissionnaires.

L'irrégularité d'un critère suffit pour entraîner l'irrégularité du cahier spécial des charges et de la décision d'attribution, quelles que soient les cotations spécifiques à ce critère.

En outre, ce pouvoir laissé à l'attributaire fait de cette clause une clause purement potestative contraire à l'article 1304 du Code civil".

VI.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste d'abord la recevabilité du moyen.

Constatant que la requérante critique les documents du marché et, en particulier, le cahier spécial des charges, elle renvoie à un passage de la note d'observations relatif au deuxième moyen, dans lequel elle relève que la requérante n'a formulé aucune réserve ni la moindre remarque relative à ce document, alors qu'en

page 6, le cahier spécial des charges invite les soumissionnaires ayant constaté "des contradictions, des imprécisions, etc." à en informer le pouvoir adjudicateur, ledit cahier des charges précisant qu'"un soumissionnaire ne peut plus invoquer d'imprécisions ou d'imperfections qu'il n'a pas préalablement signalées au pouvoir adjudicateur". Elle en déduit que le moyen dénonçant une telle irrégularité n'est pas recevable.

Elle relève par ailleurs que la requérante critique à de nombreux égards la conception du marché et des critères d'attribution (notamment leur pondération), sans invoquer la moindre irrégularité dans le déroulement de la procédure de passation. Et que, ce faisant, elle critique l'opportunité de la décision, ce dont le Conseil d'État ne peut connaître.

Pour démontrer le caractère non sérieux du moyen, la partie adverse fait valoir notamment ce qui suit:

- " 3.42. JCDecaux confond manifestement deux notions parfaitement distinctes, à savoir la pondération des critères d'attribution et les quantités effectivement commandées dans le cadre de l'exécution du Marché. Chacun sait que les critères d'attribution et leur pondération, sont soumis à certaines règles qu'il ne convient pas de détailler dans la présente note (par exemple, le fait que ces critères doivent être pertinents eu égard à l'objet du marché public concerné). En aucun cas, la pondération de critères d'attribution, par exemple des montants associés aux divers types d'affichage, n'implique un engagement ou une obligation du soumissionnaire de tenir compte de cette pondération afin de déterminer la proportion respective de chaque type d'affichage concerné par l'exécution du Marché. D'où leur caractère indicatif. La pondération d'un critère d'attribution et la quantité effectivement commandée lors de l'exécution du Marché, sont totalement distinctes. Le fait que les soumissionnaires ait une certaine liberté dans la part respective de chaque affichage n'affecte en rien la validité de l'analyse des offres au regard des critères d'attribution. Il n'est pas contesté que ces critères ont été appliqués de la même manière à tous les soumissionnaires, sans la moindre discrimination. Le seul fait que la part respective de chaque affichage ne soit éventuellement pas la même dans le cadre de l'exécution du Marché, selon le soumissionnaire retenu, n'a aucune influence sur la validité des critères d'attribution. Ainsi, cette méthode ne rend pas les offres incomparables et n'affecte en rien la validité des engagements des soumissionnaires. L'on voit d'ailleurs mal comment JCDecaux peut critiquer, dans le cadre d'un recours en suspension d'une décision d'attribution d'un marché public, des choix qui seront faits plus tard lors de l'exécution. JCDecaux ne semble d'ailleurs pas avoir trouvé de doctrine ou de jurisprudence validant clairement son raisonnement.
- 3.43. S'agissant de critères d'attribution financiers et chiffrés, il est difficile de soutenir qu'ils seraient vagues, aléatoires, imprécis ou non contrôlables.
- 3.44. JCDecaux soutient que la pondération des critères d'attribution serait sans rapport avec la réalité de l'exécution. Elle ne démontre toutefois pas que c'est à cause de cette pondération que son offre n'a pas été retenue pour les lots 2 à 5, et que cette pondération viserait en fait à favoriser CCB. Elle ne suggère même pas de pondération plus raisonnable selon elle et plus fidèle à l'exécution du Marché.
- 3.45. Par ailleurs, la STIB n'avait pas à divulguer dans la décision d'attribution le détail des prix des offres et la manière dont les soi-disant sous-critères d'attribution leur ont été appliqués. Ce détail des prix constitue en effet une information confidentielle couverte par le secret d'affaires que la STIB se devait de préserver.

[...]"

VI.3. La requête en intervention

La requérante en intervention ne formule aucune observation à propos du quatrième moyen.

VI.4. Appréciation du Conseil d'État

La prescription 5.6 du cahier spécial des charges détermine comme suit les critères d'attribution:

"

Critères d'attribution financiers	75%
Prélèvement	55%
Frais de gestion et d'entretien	20% (option)
Critères d'attribution qualitatifs	25%
Espace média pour la STIB	10%
Taux et réduction de prix	5%
Transport durable	10% (option incluse)

"

S'agissant du "prélèvement", ladite prescription énonce ce qui suit:

- " 1. Le montant garanti:
-Affiche simple, par côté
-Par côté rotatif
-Par côté numérique
-Spectacular
2. En plus de ce montant garanti, le pourcentage sur les revenus de l'exploitant des publicités, sur 15 points".

Le critère "prélèvement" peut donc être considéré comme étant divisé en deux sous-critères, à savoir, d'une part, un "montant garanti", coté sur 40 points, et un pourcentage sur les revenus de l'exploitant des publicités, coté sur 15 points.

Chaque lot fait l'objet d'une fiche devant être remplie par les soumissionnaires, qui doivent y indiquer la "redevance" offerte par vitrine publicitaire, et cela en distinguant les vitrines situées en paroi latérale, en paroi arrière et les vitrines isolées. Hormis pour les "Spectacular", une distinction est faite, pour chacune des situations susvisées, entre les vitrines "analogues", les vitrines rotatives et les vitrines numériques.

La "redevance" relative aux vitrines "analogues" est pondérée à concurrence de 70 %, celle relative aux vitrines rotatives l'est à concurrence de 20 %, tandis que celle relative aux vitrines numériques reçoit une pondération de 10 %.

S'agissant des vitrines rotatives, le point 1.3 des spécifications techniques

– exploitation de la publicité énonce ce qui suit:

- " Il est permis de fournir des vitrines publicitaires dans les abris avec un système rotatif. Les coûts de cette opération sont à la charge du soumissionnaire. Lors de l'application de vitrines publicitaires rotatives, le soumissionnaire doit assurer l'approvisionnement en énergie à cette fin. Le soumissionnaire est responsable des coûts de raccordement et d'électricité".

S'agissant des écrans numériques, le point 1.4 indique ce qui suit:

- " En consultation avec le fournisseur, des écrans numériques peuvent être fournis dans les abris, si le soumissionnaire le souhaite, afin de remplacer les vitrines publicitaires analogiques.
Les éventuelles limitations techniques et les dimensions de la construction doivent être prises en compte. Le soumissionnaire doit coordonner cette tâche avec le fournisseur.
Si des vitrines publicitaires isolées peuvent être placées par le soumissionnaire, il est autorisé de les équiper avec des écrans numériques.
Lors de l'utilisation d'écrans numériques, le soumissionnaire doit régler l'approvisionnement en énergie à cette fin. Le soumissionnaire est responsable des coûts de raccordement et d'électricité".

Si la partie adverse a souligné, à l'audience, qu'un aléa existe toujours en raison de la nécessité d'obtenir des permis d'urbanisme, il semble que cette contrainte vise surtout les vitrines isolées, ce que confirme la lecture du point 3, portant sur les "exigences relatives à la mise en place de vitrines publicitaires isolées[s]". En tout état de cause, il s'agit d'une contrainte extérieure, qui n'énervé nullement le constat fait par la requérante selon lequel c'est l'attributaire qui détermine lui-même, en cours d'exécution du contrat, le type d'affichage qu'il mettra en œuvre pour chaque abri et dans quelle proportion, et ce, vraisemblablement, en fonction d'impératifs commerciaux liés à la demande des annonceurs. Ainsi, rien ne paraît le contraindre à installer l'un ou l'autre type de vitrines, quel que soit le prix qu'il a remis pour chacune d'entre elles. En particulier, il lui est loisible de se limiter aux affichages pour lesquels son offre prévoyait le "prélèvement" le plus faible. Il s'ensuit que la pondération prévue dans le cahier spécial des charges ne repose nullement sur une estimation, fût-elle approximative, de la répartition des types d'affichage.

La partie adverse paraît avoir perçu la difficulté au cours de la procédure d'attribution du marché. En effet, ainsi que le relate la requérante, lors de la réunion du 6 mai 2019, il a été demandé à cette dernière d'indiquer "quel est, par lot, le % d'analogique fixe, déroulant, numérique et spectacular projeté par JCDecaux", ce à quoi il a été répondu que "ces informations ne sont pas demandées par la STIB et ne constituent pas un élément obligatoire pour l'évaluation du critère d'attribution financière". La STIB a alors précisé "qu'elle ne peut et ne modifiera pas le contrat-cadre sur des points aussi essentiels".

Selon l'article 81, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, lequel s'applique également aux secteurs spéciaux en vertu de son article 153, le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse. L'article 81, § 3, alinéa 2, énonce que les critères d'attribution "garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution". Quant à l'article 55 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, il énonce, en son § 1^{er}, que "les concessions sont attribuées sur la base de critères objectifs qui respectent les principes énoncés aux articles 24, alinéa 1^{er}, 25, § 1^{er}, et 38, et qui garantissent l'appréciation des offres dans des conditions de concurrence effective permettant de constater un avantage économique global pour l'adjudicateur".

Dès lors que l'attributaire choisit librement le mode d'affichage qu'il met en œuvre, quel que soit le montant indiqué dans son offre pour chaque type de vitrine et indépendamment de la pondération prévue dans le cahier spécial des charges, le critère d'attribution relatif au "prélèvement", s'agissant du "montant garanti", ne permet pas au pouvoir adjudicateur de juger du caractère concurrentiel des offres et d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, ce qui constitue l'objectif que les dispositions légales précitées assignent aux critères d'attribution, qu'il s'agisse d'un marché public ou d'un contrat de concession. Le procédé paraît d'ailleurs favoriser des pratiques de spéculation, l'attributaire n'étant pas tenu de mettre en œuvre le ou les modes d'affichage pour lesquels la "redevance" est la plus élevée, alors même que celle-ci est bien prise en compte en vue de la cotation.

Ledit critère d'attribution semble donc, *prima facie*, devoir être considéré comme irrégulier tant au regard de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics qu'au regard de l'article 55 de la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession. Il s'ensuit que l'apparence d'illégalité dénoncée dans le quatrième moyen en sa première branche peut être constatée sans qu'il soit besoin de se prononcer sur le troisième moyen de la requête, qui critique la qualification de marché public retenue par la partie adverse, et tend à soutenir que le contrat serait une concession de services. L'irrégularité en cause entraîne celle du cahier spécial des charges et affecte la procédure dans son ensemble.

Contrairement à ce que soutient la partie adverse, la critique formulée par la requérante ne s'analyse pas comme une critique d'opportunité relative au critère concerné et ne porte pas sur les choix qui seront faits plus tard, lors de l'exécution du marché. En effet, ce ne sont pas les choix futurs qui sont en cause ici, mais la manière dont est conçu le sous-critère relatif au montant garanti de la "redevance". Par ailleurs,

la longueur de l'exposé du moyen – et de la requête en général – ne rend pas celui-ci irrecevable, l'examen de ce moyen devant en tout état de cause se limiter à ce que permet la procédure de référé d'extrême urgence. Enfin, la partie adverse soutient que le moyen est irrecevable dès lors qu'il dénonce des contradictions et des imprécisions du cahier spécial des charges dont la requérante aurait dû informer le pouvoir adjudicateur. Force est, à cet égard, de constater que le moyen ici examiné ne critique nullement des erreurs (contradictions ou imprécisions) qu'il aurait été possible à l'adjudicateur de rectifier, mais qu'il dénonce l'irrégularité d'un critère d'attribution. Par ailleurs, ainsi qu'il a été relevé, la partie adverse a elle-même indiqué qu'il lui serait en tout état de cause impossible de modifier le contrat-cadre sur des points aussi essentiels. Les exceptions d'irrecevabilité soulevées à l'égard de la première branche du moyen ne paraissent pas pouvoir être retenues à ce stade de la procédure.

Le moyen est sérieux en sa première branche.

VII. 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.

VIII. Confidentialité

La partie requérante sollicite la confidentialité d'un extrait de son offre contenant les métrés complétés. Elle demande également que son offre déposée au dossier administratif soit traitée de manière confidentielle.

La partie intervenante demande également que son offre déposée au dossier administratif soit traitée de manière confidentielle.

La partie adverse dépose les différentes offres à titre confidentiel, ainsi que certains échanges de courriers et les procès-verbaux de négociations tenues avec les soumissionnaires (pièces 1 à 11 de la partie confidentielle du dossier administratif).

Ces pièces n'étant pas essentielles à la solution du présent litige, il y a lieu – à ce stade de la procédure – d'en maintenir la confidentialité.

PAR CES MOTIFS,

LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par CLEAR CHANNEL BELGIUM est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du conseil d'administration de la STIB du 24 mai 2019 désignant la SPRL CLEAR CHANNEL BELGIUM comme adjudicataire pour les lots 2, 3, 4 et 5 de l'accord-cadre pour l'exploitation des vitrines publicitaires dans les abris.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'annexe à la requête contenant un extrait de l'offre de la requérante, ainsi que les pièces 1 à 11 de la partie confidentielle du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

Article 6.

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 dix-huit juillet deux mille dix-neuf par :

Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.