

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

A R R Ê T

n^o 245.204 du 18 juillet 2019

A. 228.343/VI-21.499

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 SCHEEMAER et
Mehdy ABBAS KHAYLI, avocats,
Beneluxpark 27B
8500 Kortrijk.

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 de date inconnue d'attribuer le marché public «Accord-cadre pour la fourniture d'abris» à un soumissionnaire inconnu de la partie requérante".

Par une requête introduite le 16 juillet 2019, la société anonyme JCDECAUX STREET FOURNITURE BELGIUM demande l'annulation de la même décision.

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.

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

M^{es} Benoît CAMBIER, Alexandre PATERNOSTRE, Thomas CAMBIER, avocats, et M. Jérôme BLANCHEVOYE, directeur général, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Sofie LOGIE, Michel DE SCHEEMAER et Mehdy ABBAS KHAYLI, avocats, comparaissant pour la partie adverse, 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 requérante expose comme suit les faits utiles à l'examen du recours:

- " 1. Le présent recours concerne l'attribution d'un marché public intitulé «accord – cadre de fournitures d'abris (inclus un système d'informations des passages dynamiques)».
- Ce marché est lancé et attribué par la société des transports intercommunaux de Bruxelles (STIB).
- Il fait l'objet d'un avis de marché publié au bulletin des adjudications et au J.O.U.E le 26 novembre 2018.
- Cet avis décrit les prestations de la manière suivante :
- «Au sein des 19 communes de la Région de Bruxelles-Capitale, les abris étaient traditionnellement placés, gérés, entretenus et publicitairement exploités par chaque commune séparément. La STIB souhaite s'occuper elle-même de cela en tant que pouvoir adjudicateur. Chaque commune décide de manière autonome. Un certain nombre de communes sont toujours liées par leur contrat actuel, et ce pour plusieurs années et d'autres communes, actrices de la transition, ont déjà confié à la STIB la gestion des abris actuels.
- Le marché consiste en un accord-cadre. Les commandes des abris ne pourront avoir lieu que lorsque la zone sera confiée à la STIB. C'est déjà le cas sur une dizaine de communes.
- L'accord-cadre est conclu avec un adjudicataire. Il s'agit d'environ 2.000 nouveaux abris dont environ 800 devront être placés au plus vite après le lancement du marché, et ce selon un modèle prescrit par la STIB.

L'adjudicataire doit partir du principe que le système dynamique d'information des voyageurs en temps réel doit être intégré dans la plupart des abris. La STIB souhaite également conserver la possibilité de confier la gestion des abris à l'adjudicataire dans le cadre de ce marché. Un autre marché, séparé, est rédigé pour ce qui concerne l'exploitation de la publicité dans les abris (comprenant la livraison des caissons publicitaires). Ce marché concerne également la gestion et l'entretien des abris. La STIB décidera lors de la procédure de passation dans lequel de ces marchés seront attribués la gestion et l'entretien des abris et pour combien de temps. Le contrat concernant la gestion et l'entretien des abris peut le cas échéant être de moindre durée».

2. Le marché est attribué selon la procédure négociée avec appel à la concurrence préalable.

L'avis mentionne que les variantes ne seront pas prises en considération et que les options éventuelles figurent dans le cahier spécial des charges. Il ne mentionne pas si les offres seront sollicitées en vue d'un achat, de la prise d'un crédit-bail, d'une location ou d'une location-vente ou d'une combinaison de ceux-ci.

Il est conclu pour une durée de 216 mois sans possibilité de reconduction.

Parallèlement, un autre marché est lancé et attribué par la STIB, concernant l'exploitation des abris.

3. Faisant suite à la publication de cet avis, la partie requérante a introduit son dossier de candidature et a été sélectionné par la partie adverse.

4. Dans le cadre de la deuxième phase, un cahier spécial des charges a été établi, prévoyant que les offres doivent être remises pour le 8 mars 2019.

Il fournit la description «détaillée des prestations à assurer» :

«L'adjudicataire est responsable de la livraison et du placement des abris. La STIB conserve aussi la possibilité de confier en tant qu'option la gestion et l'entretien des abris à l'adjudicataire, sans y être obligé. La coordination de la livraison et de l'installation (et, en cas d'extension éventuelle, la gestion et l'entretien) des abris incombent également à l'adjudicataire.

Le marché sera exécuté en étroite collaboration avec le pouvoir adjudicateur, sans préjudice de la responsabilité de l'adjudicataire concernant la bonne exécution du marché.

L'adjudicataire assume l'intégrité du risque d'exécution» (p. 11).

Le marché comprend deux options obligatoires, à savoir :

- ☐ Information en temps réel (ITR) ;
- ☐ Gestion et entretien des abris.

5. Le cahier spécial des charges comprend également un point intitulé «sous-traitance et partenariat» (p. 17) prévoyant que :

a. Partenariat :

«Le soumissionnaire peut présenter son offre sous la forme d'un partenariat, c'est-à-dire une combinaison d'entrepreneurs au sens de l'article 8 de la loi du 17 juin 2016 sur les marchés publics.

Le partenariat prend la forme d'une association commerciale temporaire au sens de l'article 47 du code des sociétés. Par le partenariat, les associés sont conjointement et solidairement liés vis-à-vis du pouvoir adjudicateur (...).

b. Sous-traitance:

« Le soumissionnaire n'est pas autorisé à sous-traiter l'intégralité du marché (...).

6. Le cahier spécial des charges énonce ensuite les critères d'attribution et leur pondération suivants (p.18):

Prix des fournitures d'achat	
Achat	20 %
Leasing	20 %
Information en temps réel (ITR)	5 % (option)
Gestion et entretien	15 % (option)
Commandes supplémentaires	5 % (sur la base du décompte du calcul du coût réel)
Prix des fournitures de location	
Plan de projet	10 %
Exécution des abris	10 %
Information en temps réel (ITR)	5 %
Durabilité	5 %
Transport durable	5 %

L'annexe 2 du cahier spécial des charges contient des commentaires sur l'inventaire. Concernant le point a, fournitures et installations d'abris, il y est mentionné que :

- «- Les prix seront basés sur le nombre total prévu. La STIB souligne qu'au début de ce projet, les nombres devraient être inférieurs.
- Les frais de leasing doivent être basés sur une période de quinze ans (tarif mensuel demandé).
- L'exécution standard ne comprend pas l'ITR, ni les installations électriques, ni les équipements externes (poubelles, clôtures, etc.)».

Bien qu'il prévoit la formule d'achat et la formule de leasing, soit deux formules alternatives, le cahier spécial des charges ne contient aucune précision au sujet des variantes, ni aucune information au sujet de leur articulation.

Dans le métré, ces deux formules se voient appliquer la quantité présumée totale du marché, sans ventilation.

7. En réponse aux questions posées par les soumissionnaires, la STIB a établi plusieurs notes d'informations (3 mars 2019, 15 mars 2019 et 29 mars 2019).

Dans sa note du 29 mars 2019, la STIB indique que :

«Nous souhaitons clarifier un certain nombre d'éléments par le biais de cette note d'information.

La date limite pour soumettre l'inscription reste inchangée, le 5 avril.

Le marché public de fournitures comprend à la fois l'achat et le leasing, location. Donc, le cahier des charges est conforme à l'avis de marché.

La STIB décidera pour chaque commande si elle aura recours à un achat ou à un leasing, ou une combinaison des deux, en fonction du coût, des budgets et des ressources financières disponibles, de la volonté politique et d'autres facteurs pouvant influencer sur cette décision.

Le leasing n'est pas une option ni une variante, mais fait partie intégrante de la liste de prix (inventaire) de l'accord-cadre, sur la base de laquelle la STIB passera ses commandes.

Les nombres estimés sont spécifiés dans l'inventaire (voir le critère d'attribution %).

La durée du bail sera toujours de 12 ans, quel que soit le moment de son début. "Achat" et "leasing" ont la même pondération, vu qu'ils ont la même importance et que les chiffres estimés sont identiques.

En ce qui concerne le leasing, le soumissionnaire est autorisé à conclure un partenariat avec un prestataire de services financiers. La STIB n'a des relations contractuelles qu'avec le contractant. Pas avec ses partenaires ou sous-traitants. Le prix peut être lié au taux d'intérêt de base. Après l'inscription, tous les inscrits seront évalués de la même manière. Le formulaire d'inscription ne sera pas ajusté.

Dans la liste d'inventaire, les coûts pour les autres livraisons sont basés sur 18 ans. Les soumissionnaires sont jugés de la même manière».

8. La partie requérante a décidé de ne pas remettre d'offre pour ce marché, pour les raisons évoquées ci-dessous.

9. La notification de la décision d'attribution pour le marché public «exploitation» fait état de la procédure d'attribution du présent marché de fournitures, sans mentionner s'il a été attribué. Cette décision fait l'objet d'un autre recours en suspension introduit ce jour devant Votre Conseil.

Suite à cette notification, la partie requérante a interrogé la partie adverse au sujet de l'état de la procédure d'attribution du présent marché.

La STIB n'a pas répondu à ce courrier.

Par voie de presse, la partie requérante a appris, le 7 juin 2019 que la marché aurait été attribué pour un montant total d'environ 102 millions d'euros, soit environ 46.000 euros par abris (!).

Il s'agit de l'acte attaqué".

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

A. La requête

La requérante soutient que la circonstance qu'elle n'a pas introduit d'offre pour le marché public en cause ne permet pas de conclure à l'irrecevabilité de la demande de suspension.

Elle souligne à cet égard qu'elle entre bien dans le champ d'application de 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. Elle expose qu'elle "a un intérêt à obtenir ce marché public de référence qui s'inscrit directement dans le cadre de son objet social et de son activité principale" et qu'à tout le moins, elle a eu un intérêt à l'obtenir, ce que confirme le fait qu'elle a introduit une candidature dans le cadre de ce marché et qu'elle a été sélectionnée par la partie adverse.

Elle poursuit en ces termes:

" Si la requérante a finalement été amenée à renoncer à déposer une offre c'est en raison de l'obligation d'inclure dans son offre:

- Une formule d'achat ;
- Et une formule de leasing.

Le marché portait initialement uniquement sur de la fourniture, sans possibilité de variante, de sorte que seul l'achat semblait prévu.

a. En instaurant le leasing, la partie adverse a mis la requérante dans l'obligation de trouver un partenaire lui permettant d'assumer la charge de financement que cela implique.

b. De plus, en cours de procédure, la STIB a indiqué que ce partenaire ne pourrait être qu'un sous-traitant de JCD, sans relation contractuelle avec son partenaire.

Cette double évolution (critiquée par JCD à l'appui du présent recours) a mis JCD dans l'impossibilité de préparer une offre concurrentielle (à ses yeux et selon son expérience du marché, *cfr. infra* troisième moyen) pour la date limite de dépôt des offres.

L'absence d'offre ne permet donc pas de considérer que JCD se serait désintéressé du marché".

B. La note d'observations

La partie adverse fait valoir qu'elle n'a communiqué aucune décision à aucune entité et que, même si "un projet de décision d'attribution avait été préparé en interne et était sur le point d'être communiqué au soumissionnaire, rien n'obligeait la STIB à communiquer effectivement une telle décision audit soumissionnaire (et certainement pas des articles de presse peu rigoureux)". Elle souligne qu'elle "pourrait parfaitement conserver cette décision en interne, et exercer son pouvoir discrétionnaire concernant le futur cours de la procédure (par exemple en décidant de ne pas attribuer le marché)" et que, dans une telle hypothèse, "le projet de décision conservé par la STIB en interne n'est évidemment pas un acte susceptible de recours devant [le Conseil d'État]". Elle en conclut que le recours est sans objet et prématuré.

Par ailleurs, elle souligne que la requérante, qui a été pleinement et régulièrement informée de l'existence de la procédure de passation concernée, et qui a même remis une candidature ayant mené à sa sélection et à l'invitation à remettre une offre sur la base d'un cahier spécial des charges qui lui a été communiqué, a décidé, sur la base de ses propres considérations commerciales, de ne pas remettre offre et donc de ne pas donner suite à l'invitation de la STIB à ce faire. La partie adverse estime que, pour être recevable à contester la décision d'attribution subséquente du marché, la requérante devait avoir soumissionné personnellement en déposant une offre, ce qu'elle n'a pas fait, ce qui la prive, en l'espèce, de l'intérêt à agir.

IV.2. Appréciation

A. Quant à l'objet du recours

Il ressort du point 3.97 de la note d'observations de la partie adverse qu'une décision d'attribution a bien été prise mais qu'elle n'a pas encore été communiquée aux soumissionnaires. À la demande de l'auditeur rapporteur, la partie adverse a communiqué, sous le couvert de la confidentialité, la décision motivée du conseil d'administration du 24 mai 2019 désignant l'adjudicataire.

Partant, la décision attaquée existe.

L'article 23 de la loi du 17 juin 2013, précitée, prévoit que les recours sont, à peine d'irrecevabilité, introduits dans les délais visés aux §§ 2 à 4, 5, alinéa 1^{er}, et 6, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas. La partie adverse est en défaut d'invoquer une disposition qui

empêcherait d'introduire un recours, devant la juridiction compétente, sans attendre la communication qui doit en être faite. La partie adverse ne peut donc être suivie en ce qu'elle considère que le recours est prématuré ou qu'il est dépourvu d'objet.

B. Quant à l'intérêt à agir

Aux termes de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013, précitée:

- " À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent:
- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession".

En l'espèce, la requérante, qui avait introduit une candidature au marché concerné et avait été sélectionnée, a toutefois décidé de ne pas présenter d'offre. Elle expose en substance qu'elle estimait ne pas pouvoir répondre adéquatement à un marché de leasing dès lors qu'elle était "dans l'obligation de trouver un partenaire lui permettant d'assumer le charge de financement que cela implique", qu'en cours de procédure, la STIB lui a indiqué que ce partenaire ne pourrait être qu'un sous-traitant et qu'elle a dès lors été mise "dans l'impossibilité de préparer une offre concurrentielle (à ses yeux et selon son expérience du marché) pour la date limite de dépôt des offres". La raison pour laquelle la requérante dit ne pas avoir soumissionné pour le marché en cause ne réside donc pas dans une impossibilité liée à une exigence technique du marché. Sa décision résulte d'une analyse au terme de laquelle elle a estimé que son offre ne serait pas suffisamment concurrentielle pour obtenir le marché, ce qui relève d'un choix stratégique dont il lui incombe d'assumer les conséquences.

Force est à cet égard de relever qu'ainsi que le rapporte la partie adverse dans sa note d'observations, il résulte du procès-verbal de la réunion du 6 mai 2019, que la requérante a déclaré "ne pas avoir souscrit à l'accord-cadre relatif à la fourniture d'abris [...] pour ne pas courir le risque de devoir fournir et entretenir des abris dont l'exploitation serait ensuite confiée à un concurrent", ce qui constitue également un choix relevant de la politique commerciale de la requérante. La circonstance, alléguée par la requérante à l'audience, qu'au moment où elle a reçu ce procès verbal, elle s'occupait prioritairement d'établir son offre pour le marché relatif à l'exploitation des abris ne paraît pas de nature à expliquer raisonnablement l'absence de toute réaction au contenu de ce procès-verbal.

La requérante s'est volontairement abstenue de déposer une offre pour le présent marché, et ce pour des motifs relevant de considérations stratégiques et commerciales. La circonstance qu'en l'espèce, elle avait été préalablement sélectionnée ne semble pas permettre de considérer qu'elle a ou qu'elle a eu intérêt à obtenir le marché, au sens de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013, dès lors qu'elle a ensuite délibérément décidé de ne pas faire offre.

En conséquence, la demande de suspension est irrecevable.

V. Indemnité de procédure.

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Ayant obtenu gain de cause dans la présente affaire, il y a lieu de faire droit à sa demande.

VI. Confidentialité

La décision motivée du conseil d'administration du 24 mai 2019 non référencée dans le dossier administratif mais communiquée au Conseil d'État dans le cadre de l'instruction de monsieur le Premier auditeur est, à ce stade de la procédure, tenue pour confidentielle.

Il en est de même des pièces 1 à 10 de la partie confidentielle du dossier administratif.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension est rejetée.

Article 2.

Les pièces 1 à 10 de la partie confidentielle du dossier administratif, ainsi que la décision motivée du conseil d'administration du 24 mai 2019 non référencée dans le dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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 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 dix-huit juillet deux mille dix-neuf par :

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

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.