

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

n° 247.974 du 30 juin 2020

A. 230.743/VI-21.754

En cause : **la société anonyme AGC GLASS EUROPE,**
ayant élu domicile chez
M^e Gauthier Eryyn, avocat,
avenue de la Toison d'or, 77
1060 Bruxelles,

contre :

**la Société Nationale des Chemins de fer
Belges**, en abrégé la S.N.C.B.,
ayant élu domicile chez
M^{es} Robin Meylemans, Barteld Schutyser et
Gauthier Vlassenbroeck, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 20 mai 2020, la société anonyme AGC GLASS EUROPE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse de rejeter, pour tardiveté, l'offre déposée par la requérante dans le cadre du marché public de fournitures "Châssis de baie complets pour matériel roulant M6 – révision 3" passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable suivant le "CAHIER DES CHARGES N° CS2/000145019 du 29.01.2020" ».

Par une requête introduite le 25 juin 2020, la partie requérante demande l'annulation de la décision précitée.

II. Procédure

Il est fait application de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite et des arrêtés royaux des 4 et 18 mai 2020 prorogeant certaines

mesures prises par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite.

Une ordonnance du 29 mai 2020 a fixé les règles procédurales applicables à l'examen du présent recours.

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

La contribution 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.

Les parties ont déposé des notes complémentaires.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, premier auditeur au Conseil d'État, a informé les parties qu'elle entendait soulever un moyen d'office pour proposer la suspension de l'acte attaqué et les a invitées à communiquer leurs observations sur ce point, ce qu'a fait la partie requérante. La partie adverse a déclaré qu'elle n'avait pas d'observations à formuler.

Les parties ont confirmé qu'elles n'avaient plus d'observations à formuler.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, premier auditeur, a émis un avis écrit, conforme au présent arrêt.

À la suite de la communication de cet avis aux parties, les débats ont été clos et l'affaire a été prise en délibéré.

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

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

- « 1. Le 13 et le 15 mars 2019, la SNCB publie un avis de système de qualification au Bulletin des Adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne. Cet avis est intitulé : "Locomotives et matériel roulant de chemin de

fer et de tramway et pièces détachées 2019/S 053-123249 Système de qualification – secteurs spéciaux Fournitures" [...].

2. Dans le cadre de ce système, afin d'informer tous les soumissionnaires potentiellement intéressés, la SNCB a précisé, en sus d'un code CPV principal (article II.2.1), les codes CPV additionnels applicables (article II.2, 2). Par ailleurs, la SNCB a repris une liste exhaustive des livraisons visées par le système de qualification (article II.2.4). Parmi cette liste, qui comprend l'ensemble des fournitures afférentes aux locomotives et au matériel roulant, figurent les : "32 - Châssis de baie complets pour matériel roulant".

3. La société AGC Glass Europe s'est qualifiée dans le cadre du système de qualification.

4. Invitation à faire offre du 18 février 2020. Le 18 février 2020, la SNCB invite une série d'opérateurs économiques, dont la partie requérante, à faire offre dans le cadre du système de qualification, pour le marché "Châssis de baie complets pour matériel roulant M6 – révision 3" [...]. Le cahier spécial des charges est transmis avec l'invitation à faire offre [...].

5. Le cahier des charges administratif stipule entre-autres ce qui suit [...] :

" Nous vous prions de bien vouloir introduire votre meilleure offre pour 'Châssis de baie complets pour matériel roulant M6 – révision 3' en 1 lot.

[...]

La proposition d'options est requise. (voir plus loin)

4. REMISE DES OFFRES

DATE EXTRÊME POUR LA REMISE DES OFFRES : 31/03/2020 à 15h00

Vous soumettez votre offre par voie électronique via le site web e-tendering (<https://eten.publicprocurement.be/>), une plateforme électronique au sens de l'article 14, §7 de la Loi sur les marchés publics.

[...]

5. CONDITIONS TECHNIQUES

Le cahier de charges technique, joint au présent cahier spécial de charges, est d'application.

[...]

13. CRITÈRES D'ATTRIBUTION

L'attribution se fera sur la base du critère d'attribution 'offre économiquement la plus avantageuse'.

Les sous-critères d'attribution ci-dessous sont appliqués par ordre arbitraire.

Sous-critères d'attribution	Pondération
Valeur technique	40
Prix	50
Délai de livraison	10

[...]

14. DÉLAI DE LIVRAISON

Le soumissionnaire doit obligatoirement mentionner le délai de livraison dans son offre (en jours de calendrier); ce délai prend cours le premier jour suivant la date d'expédition de la commande partielle.

[...]

23. RÉVISION DE PRIX

Les prix soumissionnés sont fixes pendant la première année de la validité de l'accord-cadre; ils seront ensuite revus annuellement à la date de l'anniversaire de l'accord-cadre sur base d'une formule de révision de prix proposée par le soumissionnaire dans son offre et approuvée par la SNCB.

Cette formule reprendra des paramètres officiels tels que salaires, charges sociales et prix des matières et comportera une partie fixe de 20% minimum.

Les paramètres qui seront utilisés pour la révision de prix annuelle sont ceux valables 2 (deux) mois avant la date d'entrée en vigueur du nouveau prix.

[...]".

6. L'annexe 2 au cahier des charges (clauses techniques) stipule ce qui suit (pièce 5):

" 5. Vitrage permissif aux ondes de télétransmission

5.1. Généralités

53. En dehors du marché de base de cadres de fenêtre et vitrages selon les exigences techniques décrites ci-dessus, le candidat soumettra également 2 offres pour la livraison de vitrages spécifiques pour l'optimisation de la permissivité des signaux de télétransmission (*'decoated windows'*).

54. Par rapport à l'offre de base, deux offres supplémentaires doivent être soumises comme options et comme précisé sous les points 5.3 et 5.4 de ce paragraphe de cette spécification technique (resp. option 1 et option 2)".

7. Invitation à faire offre du 26 mars 2020. À la suite des difficultés des différents opérateurs économiques participant à la procédure de réunir les informations nécessaires en raison de la crise liée au Covid-19, la SNCB a pris la décision de reporter la date et l'heure ultime de dépôt des offres.

La SNCB a communiqué, par un mail du 26 mars 2020, une invitation à faire offre qui précisait la date et l'heure de dépôt des offres [...].

3.1. Paramètres du dossier

Numéro BDA	2020-505436
Date de début des dépôts	26/03/2020 15:35:40
Date limite des dépôts	28/04/2020 11:00:00
Date d'ouverture	28/04/2020 14:00:00

8. Dépôt des offres. Le 28 avril 2020, à 11h00, la SNCB a reçu les offres de plusieurs soumissionnaires. À 13h46, la SNCB reçoit un mail d'AGC indiquant ce qui suit [...] :

" Madame [V. E.],

Suite au message que je vous ai laissé sur la boîte vocale de votre mobile, je vous confirme avoir rencontré un souci avec la plate-forme officiel pour le dépôt de l'offre d'AGC en ce qui concerne le marché de la rénovation des voitures M6.

J'avais bien pu déposer la veille notre certificat de cotisation ONSS mais il m'a été impossible de pouvoir télécharger toutes nouvelles pièces ce jour.

A toute fin utile, je me permets alors de vous joindre les pièces constitutive de notre offre qui étaient pourtant donc prêtes mais qui n'ont pas pu être ajoutées ce jour sur le portal (attestation ONSS avait pourtant bien pu être téléchargée la veille; copie jointe à nouveau au présent mail).

En espérant l'indulgence de la SNCB étant donné l'heure d'ouverture annoncée.

Bien cordialement,
[A. B.]
Key Account Manager".

9. Joint à ce mail se trouvait l'offre d'AGC, ainsi que ses annexes et une attestation ONSS.

10. Le 5 mai 2020, la SNCB indique à AGC ce qui suit :

" Bonjour Madame [B.],

Nous nous sommes renseignés auprès de notre service juridique et comme je le craignais, nous ne pouvons pas accepter votre offre parce que ça n'a pas été envoyé à temps sur le plateforme. Nous devons respecter la principe de base de l'égalité, ce sera inacceptable d'accepter encore votre offre après la date de clôture vis-à-vis des firmes qui ont envoyés leur offre en respectant le délai.

Je comprends votre inquiétude, mais je dois respecter la loi.

Cordialement,

[L. V. E.]
Category Buyer"

Il s'agit de l'acte attaqué [...].

11. Le 18 mai 2020, AGC adresse un courrier recommandé à la SNCB, qui reprend en substance un résumé de l'argumentation qu'elle développe dans le cadre de cette requête, et qui indique également ce qui suit [...] :

" Nous pensons donc que ces motifs confortent la nécessité de relancer une nouvelle procédure de marché, laquelle ne préjudiciera aucun des soumissionnaires actuels puisque les offres déposées n'ont pas été divulguées. Tout au plus, ces offres devront être redéposées sur base de documents de marché corrigés.

Ceci permettra également à notre société et à toute autre tiers intéressé qui souhaiterait introduire une offre de le faire, au bénéfice de la concurrence et donc de la SNCB.

Afin de préserver nos droits et dans la mesure où les délais légaux sont très courts, nous souhaitons vous prévenir que nous introduirons dans les heures à

venir un recours en suspension d'extrême urgence au Conseil d'état contre la décision du 5 mai qui exclut notre offre pour tardiveté.

Ce recours sera introduit à titre strictement conservatoire afin que vous puissiez prendre le temps nécessaire de ré-analyser ce dossier au regard de ces nouveaux éléments et de prendre une décision de relance du marché, qui sera profitable à chacun".

12. Le 20 mai 2020, la SNCB est informée de l'introduction d'un recours en suspension en extrême-urgence par AGC de la prétendue décision de la SNCB de rejeter, pour tardiveté, l'offre déposée par d'AGC dans le cadre du marché public de fournitures "Châssis de baie complets pour matériel roulant M6 – révision 3".

13. Au moment de l'introduction du recours, aucune décision d'attribution n'a été prise ».

IV. Recevabilité de la demande quant à l'objet

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante justifie la recevabilité *ratione materiae* de sa demande dans les termes suivants :

« 13. La partie adverse a communiqué par email du 5 mai 2020 à la requérante une décision par laquelle elle confirme rejeter, pour tardiveté, l'offre déposée par la requérante dans le cadre du marché public de fournitures "Châssis de baie complets pour matériel roulant M6 – révision 3" passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable suivant le "CAHIER DES CHARGES N° CS2/000145019 du 29.01.2020".

La partie adverse a expressément confirmé avoir pris cette décision, après renseignement auprès de son service juridique.

Si la communication de cette décision n'a eu lieu que par courrier électronique, il s'agit bien d'une décision administrative écrite, susceptible de recours et qui fait grief à la requérante.

14. 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, autorise toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par une violation alléguée, à saisir le Conseil d'état pour obtenir la suspension de décisions qui 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;
(...)".

La présente demande de suspension d'extrême urgence est dirigée contre la décision de la partie adverse de rejeter son offre, ce qui lèse ou risque de léser la requérante.

La présente demande est donc recevable *rationae materiae*. »

B. Note d'observations

La partie adverse conteste la recevabilité *ratione materiae* de la demande, au motif que l'acte attaqué ne constituerait pas une décision administrative susceptible de recours. Elle développe l'argumentation suivante :

« 1. RAPPEL DES PRINCIPES APPLICABLES : LES DÉCISIONS SUSCEPTIBLES DE RECOURS

35. Sur pied de l'article 15 de la loi Recours, toute personne intéressée peut demander la suspension d'une décision prise par une autorité adjudicatrice dans le cadre d'une procédure de passation de marché public.

Sont donc susceptibles de recours "les décisions prises par les autorités adjudicatrices", parmi lesquelles les décisions d'attribution. C'est dans ces décisions d'attribution motivées que les motifs de l'éviction d'une offre irrégulière doivent être repris. L'article 8, § 1^{er}, de la loi Recours prévoit en effet à cet égard ce qui suit :

" Dès qu'elle a pris la décision d'attribution motivée, l'autorité adjudicatrice communique : [...] 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière ou non conforme, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée [...] " [...].

36. Seule une décision formelle du pouvoir adjudicateur peut régler les relations entre les parties dans le cadre d'une procédure d'attribution.

Par opposition aux décisions administratives, les décisions purement préparatoires ne peuvent faire l'objet d'un recours, puisqu'elles ne modifient ou n'affectent pas elles-mêmes l'ordonnancement juridique, autrement dit, elles n'ajoutent pas quelque chose de manière certaine à celui-ci.

Un recours dirigé contre un rapport d'examen des offres et une proposition d'attribution notifiée à la requérante est donc irrecevable, faute d'objet.

37. De manière exceptionnelle, Votre Conseil déclare recevable un recours introduit contre une décision n'ayant pas encore été matérialisée par un instrumentum. Dans l'arrêt *Securitas Transport Aviation Security Wallonia* du 14 août 2018, Votre Conseil a ainsi considéré qu'en l'absence de contestation de la partie adverse, un recours pouvait être intenté contre une lettre de non-attribution à laquelle était attaché un rapport d'évaluation des offres en dépit du fait que la décision du Conseil d'administration n'avait pas encore été formalisée dans un procès-verbal. Dans cette lettre de non-attribution, l'adjudicateur avait par ailleurs explicitement fait référence à l'article 8 de la loi Recours.

Une lecture *a contrario* de cette jurisprudence impose de considérer que lorsqu'un recours est introduit contre un document dont la qualification en tant qu'acte administratif est contesté par la partie adverse et que ce document n'a manifestement ni l'aspect ni le contenu d'un acte administratif, ce document ne constitue pas une décision pouvant faire l'objet d'un recours.

2. LE MAIL DU 5 MAI 2020 NE PEUT FAIRE L'OBJET D'UN RECOURS

38. AGC vise, par son recours, la prétendue décision de la SNCB de rejeter son offre pour tardiveté, décision qui lui aurait été notifiée par email du 5 mai 2020. Cet email ne constitue pas une décision administrative.

39. Absence de ratification par l'organe compétent de la SNCB. L'email du 5 mai 2020 n'a pas été pris par les organes compétents de la SNCB, ce dont AGC est forcément consciente. Or, comme nous l'avons vu, une proposition de décision qui doit encore être ratifiée par l'organe légalement compétent ne constitue qu'un acte préparatoire qui n'est pas susceptible de recours.

40. Motivation formelle incomplète. Ensuite, alors que l'article 8 de la loi Recours prévoit que ce n'est que dans la décision d'attribution que l'adjudicateur doit motiver les raisons pour lesquelles il a déclaré une offre irrégulière, AGC n'a pas souhaité attendre de recevoir l'extrait pertinent de la décision d'attribution motivée mais a introduit de manière précipitée un recours contre l'email du 5 mai 2020.

Cet email ne contient forcément pas une motivation formelle complète quant à la régularité de l'offre d'AGC et n'invoque qu'un seul motif d'irrégularité. Ce n'est en effet qu'à l'issue de l'examen des offres que la SNCB pourra motiver de manière exhaustive l'irrégularité de l'offre d'AGC en invoquant les autres irrégularités qui affectent l'offre d'AGC (voir supra, pt. 20 et s.).

41. Pour ces deux raisons, le recours d'AGC est irrecevable en raison de l'absence d'objet. Il n'existe aucune décision faisant grief à AGC, et le recours est prématuré ».

C. Note complémentaire de la requérante

La requérante réplique comme suit :

« 1. La partie adverse conteste dans sa note d'observations (NO, p.12, point B) la recevabilité de la demande de suspension introduite par la requérante, au motif que la décision attaquée ne serait pas une décision administrative, susceptible de recours auprès de Votre Conseil.

2. La requérante ne partage pas cette analyse.

Selon une jurisprudence constante de Votre Conseil, "Sont seuls susceptibles d'être annulés par le Conseil d'État, sur la base de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, les actes juridiques unilatéraux accomplis par les autorités administratives qui sont de nature à faire grief par eux-mêmes. L'acte dont le Conseil d'État peut connaître est celui qui modifie l'ordonnancement juridique".

Pour être un acte administratif attaquant, il convient que l'acte adopté par la partie adverse "modifie l'ordonnancement juridique » et « soit de nature à faire grief par lui-même".

Tel est le cas de la décision qui a été communiquée par la partie adverse le 5 mai 2020 à la requérante.

3. En effet, d'une part, par la décision attaquée, la partie adverse a communiqué à la requérante le refus définitif de prendre en considération son offre :

- "nous ne pouvons pas accepter votre offre parce que ça n'a pas été envoyé à temps sur le plateforme" ;
- "Nous devons respecter la principe de base de l'égalité, ce sera inacceptable d'accepter encore votre offre après la date de cloture vis-à-vis des firmes qui ont envoyés leur offre en respectant le délai".

Cette décision présente par ailleurs toutes les apparences d'une décision officielle et irrévocable de la partie adverse puisqu'elle est :

- expressément prise en mentionnant qu'elle est transmise sur base des renseignements du "service juridique" de la partie adverse ;
- elle est envoyée par email officiel de la SCNB, avec logo et signature de l'agent de la Direction financière de la SNCB, habilitée par le CSC (pièce 3, page 9, point 26) à transmettre aux soumissionnaires tous renseignements sur la procédure de marché. Il s'agit par ailleurs de l'agent signataire des invitations à faire offre (pièces 3 et 7) ;

Qui plus est, cette décision ne contient aucune réserve suivant laquelle elle ne serait pas définitive et devrait encore, comme le soutient la partie adverse dans la note d'observations, être soumise à l'approbation ultérieure du Conseil d'administration de la SNCB.

Votre Conseil a déjà jugé, dans le cadre d'un recours introduit contre une décision communiquée par courrier électronique, comme en l'espèce, ce qui suit :

" Le courrier électronique du 15 janvier 2019 énonce une décision dont il exprime le contenu et le motif, lesquels corroborent le fait même que la licence sollicitée n'est pas délivrée. Ce courrier annonce une notification formelle ultérieure de la décision, mais il ne comporte aucune réserve qui mentionnerait que le dossier reste en cours d'examen ou qu'il doit encore être soumis à une autre autorité. Prima facie, l'acte attaqué est un acte administratif susceptible de recours."

La partie adverse reconnaît d'ailleurs expressément dans sa note d'observations que l'exclusion de la requérante de la procédure de marché est définitive puisqu'elle confirme dans sa réplique au 2^e moyen (i) "l'impossibilité de prendre en compte une offre tardive" (NO, p. 16, 3^e §) ; (ii) le caractère absolu de l'interdiction d'accepter des offres tardives (NO, p. 16, 5^e §) et (iii) que l'offre de la requérante "a été déposée tardivement et ne peut être acceptée". (NO, p.17, point 56)

Enfin, contrairement ce que soutient la partie adverse (NO, p. 13, point 40), le fait que la décision attaquée présenterait une motivation formelle incomplète, "n'a pas pour effet d'emporter sa disqualification en tant qu'acte administratif".

L'acte attaqué est donc bien une décision administrative qui modifie l'ordonnancement juridique : il exclut AGC de la participation à la suite de la procédure de marché.

Votre Conseil a d'ailleurs rendu un arrêt en ce sens dans un cas très similaire à la présente où un courrier avait été adressé par un agent du pouvoir adjudicateur notifiant l'écartement d'une offre en raison de sa tardiveté : "Ce courrier se prononce expressément sur la recevabilité *ratione temporis* de la candidature des requérantes et en tire comme conséquence qu'elle ne peut pas être 'acceptée'. Ce courrier constitue donc bien une décision unilatérale, prise par une autorité, qui cause grief aux requérantes puisqu'elle écarte leur candidature. La circonstance que cette autorité n'aurait éventuellement pas été compétente pour prendre une telle décision pourrait, le cas échéant, entraîner sa suspension ou son annulation mais n'en modifie pas la nature."

4. D'autre part, quoiqu'en dise la partie adverse, il est incontestable que la décision de la partie adverse fait grief à la requérante.

La requérante est qualifiée pour livrer les fournitures faisant l'objet du marché à la SNCB. Elle a été invitée à faire offre et a transmis sa demande par courriel, faute d'avoir pu la déposer sur la plateforme électronique.

Le refus de la partie adverse de prendre en considération l'offre de la requérante lui fait donc grief, puisqu'elle ne peut pas participer aux négociations avec les soumissionnaires et avoir la chance d'obtenir le marché.

La décision de la partie adverse est donc une décision administrative attaquable qui fait grief ».

D. Note complémentaire de la partie adverse

La partie adverse fait valoir ce qui suit :

« 9. Il n'existe pas de décision pouvant faire l'objet d'une suspension. Contrairement à ce qu'AGC soutient dans la note complémentaire, la requête d'AGC est bel et bien irrecevable, puisqu'elle ne porte pas sur une décision pouvant faire l'objet d'un recours. La SNCB se réfère à cet effet aux points 18 à 27 de sa note d'observations.

10. Le recours est prématuré en ce que l'autorité compétente n'a pas encore pris de décision. Comme l'indique AGC dans sa note, Votre Conseil a, dans l'arrêt n° 237.775, posé comme principe que les actes dont le Conseil d'État peut connaître, sont ceux qui modifient l'ordonnancement juridique. Dans cet arrêt, Votre Conseil a toutefois considéré que les actes qui faisaient l'objet du recours étaient dépourvus de toute force juridique, car il s'agissait d'accords de principe et non d'actes administratifs susceptibles de recours.

De manière similaire à ce qui a été jugé dans cet arrêt n° 237.775, force est de constater que le mail du 5 mai 2020 ne modifie en rien l'ordonnancement juridique et n'est pas de nature à faire grief par lui-même, puisque, comme indiqué dans la note d'observations, ledit mail n'a pas été ratifié par l'organe légalement compétent de la SNCB.

Or, la jurisprudence de Votre Conseil considère qu'un recours introduit avant que l'autorité compétente ne se soit prononcée, est prématuré. Il est à cet égard fait référence à la note d'observations et aux arrêts y cités, et à l'arrêt n° 237.513, dans lequel Votre Conseil a considéré que "le recours est prématuré puisque l'autorité compétente ne s'est pas encore prononcée".

En l'espèce, les règles de délégation, pourtant communiquées à AGC à la suite de sa demande de compléter le dossier administratif, démontrent à suffisance que Madame [L. V. E.] n'est pas compétente pour exclure un soumissionnaire, mais que cette compétence est attribuée, pour le marché concerné, au conseil d'administration de la SNCB [...], le montant estimé du marché excédant 7.500.000 EUR [...] :

" Art.27 Définition

L'attribution du marché est la décision du pouvoir adjudicateur ou de l'entreprise publique de désigner le soumissionnaire choisi mais aussi la décision d'exclure un soumissionnaire ou de ne pas attribuer le marché après la réception des offres.

[...]

Art.40 Le Conseil d'Administration et le Comité de Direction délèguent les compétences relatives aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services selon le tableau suivant :

(M) en milliers EUR	Mode de passation (y compris critères de sélection)	Sélection firmes/cahier des charges	Attribution	Dépense supplémentaire
M > 7.500	CD	N1 *	CA	CA
5.000 < M ≤ 7.500	CD	N1 *	CD	CD

[...]. " [...].

En dépit de ce que soutient AGC, il est clair que Madame [L. V. E.] ne dispose d'aucune compétence pour exclure un soumissionnaire de la procédure, de telle sorte qu'un email provenant de Madame [L. V. E.] ne peut être considéré, à lui seul, comme équivalent à une décision de rejeter l'offre d'AGC. La circonstance que l'email comprenne le logo officiel de la SNCB et ne semble pas indiquer de réserves, n'altère en rien ce constat.

Le recours est donc prématuré, puisque l'autorité compétente n'a pas encore pris la décision d'exclure AGC de la procédure.

11. Le recours est prématuré en ce que la formulation de l'email du 5 mai 2020 démontre qu'il n'existe pas de décision. AGC réfère par ailleurs à deux arrêts de Votre Conseil, qui corroboreraient la thèse selon laquelle le recours n'est pas dépourvu d'objet. Il convient pourtant de relativiser la portée de ces arrêts, dans la mesure où ils ont été rendus selon la procédure d'extrême-urgence et au terme d'un examen *prima facie*, ce qui est d'ailleurs expressément mentionné dans l'arrêt n° 236.072, Votre Conseil faisant à plusieurs références aux "limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence".

Par ailleurs, les deux arrêts cités se distinguent des circonstances de l'espèce :

- Dans l'arrêt n° 243.659, Votre Conseil a considéré qu'il y avait une décision susceptible de recours, ce qui se justifiait parce que le courrier électronique dont il était question indiquait ce qui suit : "Nous vous confirmons cette décision par courrier recommandé et nous vous enverrons une copie de cette décision par envoi électronique". Dès lors que le courrier électronique ne laissait planer aucun doute sur l'existence d'une décision, le terme étant d'ailleurs mentionné explicitement, il est logique que ce courrier électronique, malgré sa forme, ait pu faire l'objet d'un recours.
- Dans l'arrêt n° 236.072, Votre Conseil a considéré qu'il y avait une décision susceptible de recours, ce qui se justifiait parce que le courrier indiquait que la candidature ne pouvait être acceptée et parce que rien n'indiquait qu'une décision future devait encore être prise.

En l'espèce, contrairement aux arrêts n° 243.659 et n° 236.072, l'email du 5 mai 2020 de Madame [L. V. E.] n'indique nullement qu'il doit s'analyser en une décision, et précise d'ailleurs – au futur simple – que "ce sera inacceptable d'accepter encore" l'offre d'AGC après la date de clôture, ce qui indique que la décision n'a pas encore été prise. La motivation formelle incomplète de cet email constitue d'ailleurs un indice du caractère purement préparatoire de l'email du 5 mai 2020. Conformément à la jurisprudence citée dans la note d'observations, dès lors que la SNCB conteste avoir pris une décision et que la formulation de l'email du 5 mai 2020 laisse apparaître des réserves, Votre Conseil ne peut constater que l'absence d'acte susceptible de recours et doit déclarer le recours sans objet.

12. La SNCB n'a jamais confirmé l'existence d'une décision susceptible de recours. Dans sa note complémentaire, AGC indique ce qui suit :

"

La partie adverse reconnaît d'ailleurs expressément dans sa note d'observations que l'exclusion de la requérante de la procédure de marché est définitive puisqu'elle confirme dans sa réplique au 2^e moyen (i) « l'impossibilité de prendre en compte une offre tardive » (NO, p. 16, 3^e §) ; (ii) le caractère absolu de l'interdiction d'accepter des offres tardives (NO, p. 16, 5^e §) et (iii) que l'offre de la requérante « *a été déposée tardivement et ne peut être acceptée* ». (NO, p.17, point 56)

"

Le raisonnement d'AGC interpelle. En l'espèce, il va de soi que la SNCB a rédigé sa note d'observations en répliquant à la requête d'AGC, et qu'afin d'éviter d'alourdir inutilement sa réfutation des moyens avec des réserves systématiques, la SNCB a développé sa réplique aux moyens comme une argumentation à titre subsidiaire, qui ne devrait être examinée que si Votre Conseil venait à constater que le recours est recevable, *quod certes non*. Les développements de la SNCB ne peuvent s'analyser comme une reconnaissance de l'existence d'une décision.

13. Le recours est prématuré en ce qu'il n'est pas dirigé contre une décision faisant grief. AGC indique aussi que l'email du 5 mai 2020 lui ferait grief. Au vu des motifs avancés ci-dessus et dans la note d'observations, rien n'est pourtant moins sûr. Bien qu'au vu des circonstances de l'espèce, la SNCB sera obligée de rejeter l'offre d'AGC, puisqu'elle a été déposée tardivement, cette décision n'a pas encore été prise. L'email du 5 mai 2020 se limite à constater que l'offre a été déposée tardivement et que ce sera inacceptable d'accepter cette offre.

L'email du 5 mai 2020 ne constitue pas un acte susceptible de recours faisant grief à AGC.

14. Conclusion. Pour l'ensemble de ces raisons, le recours est irrecevable à défaut d'objet ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

L'acte identifié par la requérante comme constituant l'objet de sa requête se présente sous la forme d'un courrier électronique que lui a adressé, le 5 mai 2020, L.V.E., identifiée comme « *Category Buyer* ».

Ce courrier électronique se présente comme suit :

«

Bonjour Madame Botson,

Nous nous sommes renseignés auprès de notre service juridique et comme je le craignais, nous ne pouvons pas accepter votre offre parce que ça n'a pas été envoyé à temps sur le plateforme. Nous devons respecter la principe de base de l'égalité, ce sera inacceptable d'accepter encore votre offre après la date de cloture vis-à-vis des firmes qui ont envoyés leur offre en respectant le délai.

Je comprends votre inquiétude, mais je dois respecter la loi.

Cordialement,



[L. V. E.]

Category Buyer

.»

La requérante soutient expressément, dès l'introduction de sa requête, que son recours a bien pour objet un acte administratif ayant pour objet de rejeter son offre, lui causant ainsi grief et étant, pour cette raison, susceptible de recours, ce que conteste la partie adverse pour précisément faire valoir l'irrecevabilité *ratione materiae* de la présente demande.

Le courrier électronique précité se présente – au vu des termes en lesquels il est libellé – comme informant la requérante de ce qu'une décision définitive de rejet de son offre a été prise après consultation du service juridique de la partie adverse, décision reposant sur le motif de fait tiré de la tardiveté de l'offre de la requérante et le motif de droit pris de l'application du principe de l'égalité entre les soumissionnaires. Ce courrier ne contient pas la moindre expression d'une réserve tenant, par exemple, à la nécessité de voir cette analyse confirmée dans une décision à adopter par l'autorité compétente. En outre, à la suite du courrier du 18 mai 2020 dans lequel la partie requérante lui demandait de reconsidérer la décision qui lui avait été communiquée par courrier électronique du 5 mai 2020 et en vertu de laquelle son offre était considérée comme tardive par la partie adverse, celle-ci n'a fait valoir ni que ce courriel du 5 mai 2020 ne rendrait compte que d'une analyse provisoire n'ayant pas encore donné lieu à une décision, ni précisément annoncé l'adoption d'une future décision sur ce point. De même, n'a-t-elle pas – au contraire de ce qu'elle soutient désormais avec insistance dans le cadre de la procédure devant le Conseil d'État – fait état du moindre élément l'autorisant à dénier l'existence d'un acte administratif susceptible de recours, alors que la requérante annonçait précisément l'introduction imminente d'un recours contre ce qu'elle estimait être une décision d'éviction.

Au vu de ces éléments de la cause, ce que la requérante désigne comme étant l'objet de sa demande doit bien être considéré comme une décision unilatérale qui lui cause grief, en tant qu'elle écarte son offre, ce qui exclut que celle-ci puisse être prise en considération. Dans ces circonstances, il est sans intérêt, pour les besoins de la qualification d'acte susceptible de recours, de faire valoir que l'acte n'aurait pas été pris par l'autorité compétente ou qu'il ne répondrait pas aux exigences de motivation formelle, de tels vices n'ayant pas, à les supposer vérifiés,

pour effet de modifier la nature de l'acte attaqué, même s'ils peuvent, le cas échéant, entraîner sa suspension ou son annulation.

L'exception d'irrecevabilité *ratione materiae* doit être rejetée.

V. Recevabilité de la demande quant à l'intérêt

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante déclare avoir intérêt à agir et s'exprime comme suit, à ce propos :

- « La requérante a, enfin, intérêt à agir, puisqu'en sa qualité de fabricant de vitrages pour l'industrie ferroviaire, le présent recours pourrait lui permettre, s'il est accueilli :
- soit d'admettre l'offre de la requérante ;
 - soit de contraindre la partie adverse à relancer une nouvelle procédure de marché, ce qui donnerait à la requérante une nouvelle chance de pouvoir soumissionner au marché. ».

B. Note d'observations

La partie adverse conteste également l'intérêt de la requérante. Après avoir rappelé ce qu'elle présente comme étant les principes applicables en la matière, elle développe l'argumentation suivante à propos de la demande examinée en l'espèce:

- « 19. Appliqués au cas d'espèce, ces principes relatifs à l'intérêt au recours et au moyen mènent au constat qu'AGC n'a intérêt à soulever aucun de ses quatre moyens et n'a donc pas intérêt au recours, ce que nous démontrons ci-dessous.

(a) EN CE QUI CONCERNE LE DEUXIÈME MOYEN

20. Dans son deuxième moyen, AGC critique la décision de la SNCB de considérer que son offre a été déposée tardivement.

AGC n'a pas été lésée par la violation alléguée dans ce moyen. En effet, même à supposer que l'offre d'AGC ne peut être déclarée tardive, il reste que cette offre est affectée d'autres irrégularités, de sorte qu'elle devrait en tout état de cause être écartée. En effet, l'offre d'AGC est irrégulière en ce qu'elle fait dépendre son prix d'une formule de révision incompatible avec les exigences du cahier des charges.

21. Conformément à l'article 23 du cahier spécial des charges, les soumissionnaires pouvaient proposer une formule de révision des prix, mais celle-ci devait alors répondre à deux conditions :

- la formule proposée devait reprendre des paramètres officiels tels que salaires, charges sociales ; et
- elle devait comporter une partie fixe de 20% minimum [...].

22. Dans son offre, AGC a proposé la formule de révision suivante :

" Les prix d'AGC sont valables pour toute livraison jusque fin 2021. A partir du 1^{er} janvier 2022, une révision annuelle de 3,5 % sera à prendre en considération. AGC se réserve le droit d'ajuster la révision annuelle en conséquence d'une augmentation importante du coût des matières impossible à pressentir au moment de la présente offre" [...].

23. Cette formule de révision ne répond à aucune des deux conditions imposées dans le cahier des charges :

- elle n'est pas basée sur des paramètres officiels tels qu'un index évoluant en fonction du coût des salaires ;
- elle ne comporte pas une partie fixe de 20% minimum.

24. Une telle irrégularité donne un avantage discriminatoire à AGC par rapport aux autres soumissionnaires. Sur la base de cette formule de révision, AGC obtient en effet la certitude de pouvoir exiger une augmentation de son prix indépendamment de l'évolution du coût des salaires, des matériaux, etc. La SNCB ne peut par ailleurs pas être certaine qu'AGC accepterait de maintenir son prix si on lui demandait d'abandonner sa formule de révision irrégulière. En raison de l'avantage discriminatoire qui accompagne cette irrégularité et l'incertitude quant à l'engagement d'AGC, cette irrégularité doit être qualifiée de substantielle au sens de l'article 76, § 1^{er}, al. 3, de l'arrêté royal Secteurs Spéciaux.

25. Il ressort de ce qui précède que l'offre d'AGC est en réalité irrégulière à plusieurs titres. Contester la tardivité de son offre est dès lors insuffisant et ne lui permettrait dès lors pas à AGC de retrouver une nouvelle chance d'obtenir le marché. AGC n'a pas intérêt à soulever son deuxième moyen.

26. À noter que la jurisprudence de votre Conseil selon laquelle un adjudicateur ne peut invoquer l'irrégularité de l'offre de la partie requérante lorsqu'il ne l'a pas relevé dans la décision d'attribution n'est pas applicable en l'espèce, puisqu'il n'existe pas encore de décision d'attribution. Cette jurisprudence n'est d'ailleurs pas absolue : quand une irrégularité est manifeste, Votre Conseil accepte d'examiner l'irrégularité de l'offre de la requérante en cours de procédure.

(b)EN CE QUI CONCERNE LES PREMIER, TROISIÈME ET QUATRIÈME MOYENS

27. Bien que la teneur de ces moyens soit décrite plus avant dans le titre IV (Sur les moyens), un bref exposé de ceux-ci est nécessaire pour démontrer l'absence d'intérêt d'AGC à les soulever :

- Dans son premier moyen, AGC soutient que la décision attaquée serait fondée sur une procédure de marché public qui n'aurait pas fait l'objet d'un appel à la concurrence.
- Dans le troisième moyen, AGC soutient que les documents du marché seraient illégaux en ce qu'ils dérogeraient illégalement à l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (ci-après, "arrêté royal Exécution") en permettant aux soumissionnaires de proposer dans leur offre une formule de révision (première branche) et en excluant du délai d'exécution les congés annuels de l'adjudicataire (deuxième branche). Cela induirait une inégalité entre soumissionnaires.

- Dans son quatrième moyen, AGC soutient que les documents du marché seraient illégaux en ce qu'ils ne fixeraient pas les modalités de comparaison des offres et des options.

28. En participant au marché critiqué, AGC a renoncé à soulever les arguments relatifs aux premier, troisième et quatrième moyens. En 2019, AGC a demandé à entrer dans le système de qualification de la SNCB sans émettre de remarque quant à la prétendue irrégularité de l'avis établissant le système de qualification. Elle a envoyé (tardivement) son offre le 28 avril 2020, toujours sans émettre de remarques quant à la prétendue absence de mise en concurrence (premier moyen) ou les illégalités alléguées des documents du marché (troisième et quatrième moyens)

Ce n'est qu'au moment où elle a appris que la SNCB ne pourrait pas légalement tenir compte de son offre qu'AGC s'est résolue à critiquer la légalité de la procédure. Cette stratégie, qui consiste pour un soumissionnaire à se réserver la possibilité de soulever un moyen de suspension si l'issue d'une procédure de passation ne tourne pas à son avantage, est incompatible avec l'obligation de diligence et de bonne foi qui est attendue de tout opérateur économique traitant avec l'administration. Si ce principe n'est pas admis en toute circonstance, il doit l'être dans le cas d'espèce. Les faits du cas d'espèce étant identiques à ceux ayant mené à l'arrêt du 30 janvier 2020 n° 246.926 précité (voir supra, pt. 18), ils appellent la même conclusion.

29. Les prétendues violations contenues dans les premier, troisième et quatrième moyen n'ont pas influencé le sens de la décision attaquée et n'ont pas préjudicié AGC. En ce qui concerne le premier moyen, même à supposer que la mention "sans mise en concurrence" dans l'avis du 15 mars 2019 ait dissuadé des opérateurs économiques à demander de participer au système de qualification (*quod non*), il reste qu'AGC a quant à elle bien demandé de rejoindre ce système. Elle n'a donc pas été désavantagée par la violation alléguée dans le premier moyen. Cette prétendue violation n'a pas davantage influencé la "décision" de déclarer l'offre de AGC irrégulière. AGC ne démontre pas que ses intérêts ont été lésés par la violation invoquée dans le premier moyen.

30. Le même constat s'impose en ce qui concerne les violations invoquées dans les troisième et quatrième moyens qui n'ont pas davantage influencé le sens de la "décision" attaquée ou préjudicié AGC. AGC ne démontre pas que son offre n'aurait pas été déclarée irrégulière si les prétendues violations dénoncées dans les troisième et quatrième moyens avaient été absentes.

31. Par ailleurs, en raison de la tardivité de son offre, laquelle doit s'assimiler à l'absence d'offre, il doit être considéré qu'AGC n'a formellement pas participé au marché critiqué. Or, selon la jurisprudence de Votre Conseil (voir supra, pt. 17), un opérateur économique qui ne participe pas à une procédure de passation n'a pas intérêt à critiquer la décision d'attribution, sauf à démontrer que cette absence de participation est due à une illégalité commise par l'adjudicateur – ce qu'AGC ne fait pas en l'espèce. Sur la base de cette jurisprudence également, il ne pourrait être reconnu à AGC un intérêt à soulever les premier, troisième et quatrième moyens.

32. Le premier moyen n'est pas d'ordre public. AGC prétend ne pas devoir justifier d'intérêt au premier moyen en ce que celui-ci soulèverait la violation d'une règle d'ordre public, à savoir le principe de concurrence.

Comme nous l'exposons dans le cadre de la réfutation du premier moyen, ce premier moyen ne concerne pas la violation du principe de concurrence. En effet, si l'absence d'une publication au Journal Officiel de l'Union européenne porte atteinte au principe de concurrence, le même raisonnement ne peut être appliquée à une erreur contenue dans ces publications. Une simple erreur matérielle – à la

supposer établie – n’anéantit pas la consultation du marché effectuée par la publication d’un avis.

Or, en l’espèce, ce qu’AGC reproche à la SNCB, ce n’est pas d’avoir manqué à son obligation de consulter le marché en publiant un avis annonçant la mise en place d’un système de qualification. Ce qu’AGC reproche à la SNCB, c’est d’avoir indiqué que cet avis n’entraînait pas de mise en concurrence. Même à supposer que cette critique soit fondée (*quod non*), une telle erreur ne pourrait être assimilée à la violation d’une norme d’ordre public.

(c) CONCLUSION

33. Il ressort de ce qui précède qu’AGC n’a intérêt à soulever aucun de ses moyens. Elle n’a pas intérêt au recours.

34. Si par l’impossible Votre Conseil devait estimer qu’AGC dispose d’un intérêt au recours, il devrait tout de même juger si AGC dispose ou non d’un intérêt à ses moyens sur la base des arguments développés ci-dessus ».

C. Note complémentaire de la requérante

La requérante réplique comme suit :

« 5. La partie adverse soutient que la requérante n’aurait pas intérêt à agir en suspension parce qu’elle ne démontrerait pas avoir "un intérêt à obtenir un marché déterminé" et être ou risquer d’être "lésé par la violation alléguée", au sens de l’article 14 de la loi du 17 juin 2013.

6. La requérante conteste cette exception d’irrecevabilité.

D’une part, la requérante est une société mondialement reconnue dans la production de vitrages et elle fournit notamment l’industrie ferroviaire. La requérante fournit déjà directement et indirectement du vitrage pour les voitures de train M6 et M7 de la partie adverse. La requérante a, par ailleurs, été qualifiée par la SNCB pour lui fournir les vitrages faisant l’objet du marché. Enfin, la requérante a été invitée à déposer offre dans le cadre de la procédure de marché de la partie adverse et elle a manifesté sans doute possible son souhait de faire offre.

La requérante a donc intérêt à "obtenir" le marché litigieux.

D’autre part, comme souligné au point 5 ci-avant, la décision de la partie adverse fait grief à la requérante puisqu’elle l’empêche de participer à la suite de la procédure, à savoir la négociation des offres et l’attribution du marché. La requérante est donc lésée par la décision prise à son encontre.

L’intérêt au recours de la requérante est donc démontré à suffisance de droit.

La partie adverse conteste également l’intérêt de la requérante à l’invocation des divers moyens de suspension. A cet égard, il est renvoyé *infra*».

D. Note complémentaire de la partie adverse

La partie adverse fait valoir ce qui suit :

« 2. AGC ne dispose pas de l'intérêt requis. Dans sa note complémentaire, AGC ne démontre pas qu'elle dispose d'un intérêt à son recours.

3. Absence de préjudice. AGC fonde son intérêt sur la première condition visée les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation ("A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé"), mais passe entièrement sous silence la deuxième condition cumulative nécessaire à l'existence d'un intérêt, à savoir l'existence d'un préjudice, (" [...] et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée"). Conformément au prescrit de la loi Recours, Votre Conseil ne reconnaît d'intérêt pas à un requérant qui n'a pas été lésé par les violations alléguées dans son recours (voir les arrêts cités au pt. 17 de notre note d'observations).

La démonstration d'AGC est partielle et dès lors insuffisante à démontrer l'existence d'un intérêt.

4. L'absence de tout préjudice doit également être constatée en ce qui concerne les violations invoquées dans le cinquième et nouveau moyen. On ne voit en effet pas – et AGC ne l'explique pas non plus – en quoi la prétendue absence de décision de qualification ou la prétendue incompétence de l'auteur de la décision de lancer le marché contesté aurait lésé AGC – laquelle a été qualifiée et invitée à participer au marché. Ce cinquième moyen doit dès lors également être déclaré irrecevable.

5. Violation de l'obligation de citoyenneté, de bonne foi et de loyauté. AGC conteste l'existence d'une obligation pour un soumissionnaire de faire connaître ses griefs à l'adjudicateur en temps utile. Dans sa démonstration, AGC oppose les jurisprudences de Votre Conseil ("[...] la jurisprudence (de la XII^e chambre) qu'elle cite (NO, p.10, point 28), sont contraire à la jurisprudence constante de Votre Conseil" - note complémentaire, p. 5) et fait prévaloir la jurisprudence qui sert ses intérêts dans le cas d'espèce.

Une lecture plus nuancée de Votre jurisprudence révèle toutefois que les arrêts ne sont pas contradictoires ou incompatibles mais leur issue différente s'explique par les circonstances de fait sous-jacentes.

Lorsqu'un soumissionnaire fait connaître un grief de manière tardive, Votre Conseil doit, pour décider si ce grief est recevable ou non, mettre en balance deux principes fondamentaux : d'une part, le droit d'accès au juge, et, d'autre part, l'obligation de bonne foi que doit respecter tout administré. Cette mise en balance doit se faire à la lumière des faits concrets de chaque dossier.

Ainsi, dans les arrêts cités par AGC, c'est l'accès au juge qui a semblé prépondérant à la lumière des faits de l'espèce. En revanche, dans le récent arrêt n° 246.926 du 30 janvier 2020, Votre Conseil a estimé que la partie requérante n'avait pas fait preuve de la diligence et de la rigueur nécessaires ou de la citoyenneté appropriée que l'on peut attendre d'un administré, en participant à une négociation sans émettre de critique quant à l'absence de publication du marché concerné.

En l'espèce, AGC n'a pas réagi lorsqu'elle a été invitée à remettre offre par la SNCB. Elle ne lui a pas fait savoir que cette invitation était, selon elle, insuffisante mais que, selon elle, un avis de marché était nécessaire (premier moyen). Elle n'a pas davantage émis de remarques au sujet des prétendues irrégularités contenues dans le cahier des charges (troisième et quatrième moyens). Ce n'est qu'après avoir manqué le respect de la date et heure limites pour le dépôt des offres qu'AGC a jugé opportun de faire valoir ces griefs. Dans ses écrits, AGC n'explique pas pourquoi elle n'a pas fait connaître ses réserves, alors même qu'à la suivre, les griefs qu'elle invoque faussaient la comparaison objective des offres. Il y a fort à parier qu'AGC n'attachait en réalité aucune

importance à ces prétendues violations et ce n'est que pour les besoins de sa cause qu'elle les invoque aujourd'hui. Cette stratégie n'est manifestement pas compatible avec l'obligation de bonne foi que doit respecter tout opérateur.

On ne perçoit par ailleurs pas le sens de la remarque d'AGC selon laquelle "elle aurait difficilement pu émettre des griefs précédemment au présent recours puisque ce qui lui est reproché par la partie adverse est justement une absence d'offre déposée" (note complémentaire, p. 6). En dépit de l'absence d'offre déposée, il était tout à fait possible pour AGC, après avoir reçu une invitation à remettre offre et le cahier des charges, d'avertir la SNCB des griefs qu'elle invoque dans ses premier, troisième et quatrième moyens.

En postposant l'invocation de ces moyens, AGC a donc fait preuve de déloyauté vis-à-vis de l'administration, en conséquence de laquelle ces moyens doivent être déclarés irrecevables.

6. Caractère prétendument d'ordre public du premier moyen. En ce qui concerne le caractère prétendument d'ordre public du premier moyen, force est de constater qu'AGC n'explique toujours pas (en dépit de notre invitation en ce sens dans la note d'observations, pt. 32) en quoi ce moyen impliquerait une violation du principe de concurrence.

Pour rappel, dans ce moyen, AGC ne reproche pas à la SNCB de ne pas avoir consulté le marché en publiant un avis annonçant la mise en place d'un système de qualification (ce qui aurait pu constituer un moyen d'ordre public). Ce qu'AGC reproche à la SNCB, c'est que cet avis contiendrait une mention inexacte (*quod non*).

7. Absence d'intérêt au deuxième moyen. En ce qui concerne le deuxième moyen, AGC tente de démontrer son intérêt à soulever ce moyen en invoquant la jurisprudence de Votre Conseil selon laquelle un pouvoir adjudicateur ne peut – après avoir déclaré une offre régulière – invoquer son irrégularité en cours de procédure. Cette démonstration est incomplète :

- AGC ne répond pas à l'argument soulevé selon lequel cette jurisprudence n'est pas applicable en l'espèce puisqu'il n'existe pas encore de décision d'attribution dans laquelle la SNCB motiverait de manière exhaustive la ou les irrégularités contenues dans l'offre d'AGC. Si Votre Conseil doit aujourd'hui juger d'une décision qui n'existe pas encore, c'est en effet dû au caractère précipité du recours introduit par AGC. Ce n'est pas dû – comme c'est le cas dans la jurisprudence invoquée par AGC – au choix d'un adjudicateur de ne pas relever dans sa décision d'attribution motivée une irrégularité qu'il invoquerait par la suite dans le cadre d'un recours.
- AGC passe entièrement sous silence le fait que cette jurisprudence invoquée ne s'applique pas lorsque l'irrégularité invoquée en cours de procédure est évidente (voir les arrêts cités au § 26) – ce qui est le cas de l'irrégularité relative à sa formule de révision ;
- AGC ne conteste pas que son offre est irrégulière en raison de la formule de révision illégale qu'elle propose.

Pour démontrer son intérêt au deuxième moyen, AGC se limite à invoquer une jurisprudence non applicable au cas d'espèce. Cette démonstration partielle est insuffisante à démontrer un quelconque intérêt.

8. Conclusion. Il ressort de tout ce qui précède qu'AGC n'a intérêt à aucun de ses moyens et que son recours doit être déclaré irrecevable dans son ensemble ».

V.2. *Appréciation du Conseil d'Etat*

La partie adverse dénie l'intérêt de la requérante à son recours au motif qu'elle n'aurait intérêt à soulever aucun des quatre moyens de sa requête, ce qu'elle entreprend de démontrer dans sa note d'observations.

Cette exception doit être examinée sous l'angle de la recevabilité du présent recours, dont les conditions sont fixées par les articles 14 et 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 :

- « Art. 14. 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 »;
- « Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :
- 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
 - 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.
- Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'Etat, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.
- L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.
- La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.
- La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1er ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément ».

En l'espèce, il ne peut être contesté que la requérante a bien intérêt à obtenir le marché litigieux, ainsi que l'atteste le dépôt de son offre, sans que la tardiveté de ce dépôt puisse remettre en cause cet intérêt à obtenir le marché. Par ailleurs, la requérante conteste, dans le deuxième moyen de sa requête, la décision d'écarter son offre pour tardiveté. La violation qu'elle invoque à ce titre doit donc être considérée comme l'ayant lésée.

Dès lors qu'en termes de requête, la requérante soulève au moins un moyen fondé sur une violation qui l'a lésée, il est vain – dans le cadre de l'examen de recevabilité de la demande au regard des conditions fixées par les dispositions précitées – de faire valoir que la requérante n'aurait intérêt à soulever aucun des premier, troisième et quatrième moyen de sa requête. Les arguments développés à ce propos par la partie adverse ne doivent donc pas être examinés à ce stade.

Enfin, l'argument de la partie adverse aux termes duquel la violation alléguée par le deuxième moyen n'aurait pas lésé la requérante, dès lors que l'offre de celle-ci serait entachée d'autres irrégularités justifiant de la rejeter, ne peut être pris en considération dès lors qu'aucune des autres irrégularités ainsi invoquées n'a fait l'objet d'une décision prise en ce sens par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux.

Il suit de ces considérations que l'exception opposée par la partie adverse doit être rejetée et que la recevabilité de la demande doit être admise au vu des dispositions précitées.

VI. Moyen d'office

Comme le souligne elle-même la partie adverse, à la page 6 de sa note complémentaire, Madame L.V.E. « ne dispose d'aucune compétence pour exclure un soumissionnaire de la procédure ». Elle fait par ailleurs valoir – au titre de l'exception d'irrecevabilité *ratione materiae* du recours précédemment examinée par le présent arrêt – que l'autorité compétente (son conseil d'administration, selon ce qu'elle expose en l'occurrence) n'a pris aucune décision écartant l'offre de la requérante, ce qui – comme cela a été précédemment rappelé – n'affecte pas la nature de l'acte attaqué, mais peut entraîner son annulation ou la suspension de son exécution.

Face à ce qui, au cours des débats, paraissait justifier qu'un moyen d'office soit pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte attaqué, les parties ont eu l'occasion d'exprimer leurs points de vue à ce propos, en réaction à l'interpellation de Madame le Premier auditeur qui envisageait précisément de soulever un tel

moyen d'office. La partie adverse a déclaré n'avoir pas d'observations à formuler. La requérante a formulé quelques observations complémentaires à l'appui de sa thèse selon laquelle l'acte attaqué doit être qualifié d'acte administratif susceptible de recours. Les parties ont enfin déclaré ne plus déposer de dernières observations, renonçant ainsi à la possibilité qui leur était offerte conformément à l'article 4 de l'ordonnance n° 1249-F fixant la procédure d'examen de la présente demande.

Il apparaît donc, au vu des circonstances procédurales ainsi précisées, que la question de la compétence de l'auteur de l'acte a pu être débattue en tous ses aspects au cours de la présente procédure en référé d'extrême urgence.

Le moyen soulevé d'office par Madame le Premier auditeur doit être déclaré sérieux.

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.

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

VIII. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel l'offre de la requérante et deux annexes à cette offre, les demandes de qualification des sociétés AGC Glass, Diaz, Flachglass, Meunier (Mecawa), l'offre des sociétés Diaz et Flachglass, la liste des entreprises qualifiées pour la qualification 32, ainsi que l'avis du service financier préalables à la décision de lancer le marché, qu'elle identifie comme étant les pièces 11 à 13, 28 à 34 et 36 du dossier administratif.

Dès lors que cette demande n'a pas été contestée, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité de ces pièces.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision de la partie adverse de rejeter, pour tardiveté, l'offre déposée par la requérante dans le cadre du marché public de fournitures « Châssis de baie complets pour matériel roulant M6 – révision 3 » passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable suivant le « CAHIER DES CHARGES N° CS2/000145019 du 29.01.2020 » est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 11 à 13, 28 à 34 et 36 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 30 juin 2020, par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy