

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 248.196 du 2 septembre 2020

A. 231.535/VI-21.833

En cause : **1. la société anonyme DÉPANNAGE R. LA France,**
 2. la société anonyme DA-CAR,
 3. la société privée à responsabilité limitée A6,
 4. la société anonyme DÉPANNAGE JOS DE COOMAN,
 formant ensemble la société DETAMIDI,
 ayant toutes élu domicile chez
 M^e David Renders, avocat,
 rue du Concours 1
 1170 Bruxelles,

contre :

la zone de police 5341 Midi,
représentée par son collègue de police,
ayant élu domicile chez
M^e Alexandre Paternostre, avocat,
avenue Winston Churchill 253/40
1180 Bruxelles.

Partie requérante en intervention :

la société anonyme YES 2020,
ayant élu domicile chez
M^{es} Marc Uyttendaele, Patricia Minsier
et Lucile Cartiaux, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 août 2020, la société anonyme DÉPANNAGE R. LA France, la société anonyme DA-CAR, la société privée à responsabilité limitée A6 et la société anonyme DÉPANNAGE JOS DE COOMAN demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de

« la décision prise, le 10 juin 2020, par le Collège de police de la Zone de police Midi, d'attribuer à la s.a. Yes 2020 le contrat ayant pour objet "l'enlèvement et [l']entreposage de véhicules à la requête de la zone Midi (dépannages administratifs)" ».

II. Procédure

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 ordonnance du 17 août 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 26 août 2020.

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

Par une requête introduite le 25 août 2020, la s.a. Yes 2020 demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a fait rapport.

M^{es} David Renders, Emmanuelle Gonthier et Caroline Delforge, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, M^e Alexandre Paternostre, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Lucile Cartiaux, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits

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

« 1. Depuis 2014, la société DETAMIDI est titulaire du marché public de services portant sur l'enlèvement et l'entreposage de véhicules à la requête de la Zone Midi.

2. Dans le courant de l'année 2019, le service Marché public de la Zone établit un projet de cahier spécial des charges en vue d'attribuer le marché d'enlèvement et d'entreposage de véhicules à la requête de la Zone Midi.

Parallèlement à l'établissement de ce cahier spécial des charges, il procède à une estimation du marché dont il ressort que :

“ Pour le marché, il est difficile de déterminer le nombre de dépannages annuels vu que ça varie fort d'année en année et par type de dépannage.

Nous avons considéré une moyenne de 7.000 dépannages par an tous types confondus.

Vu que le marché devra comporter des lots, nous pouvons considérer que les 7.000 dépannages se composent comme ceci :

- Lot 1 : 6.990 dépannages de véhicules de max 3,5 tonnes;
- Lot 2 : 10 dépannages de véhicules de plus de 3,5 tonnes.

Les frais sont calculés comme suit :

- Lot 1 : dépannages : 180,00 euros x 6.990 = 1.258.200,00 euros;
déplacements : 100,00 euros x 20 = 2.000,00 euros;
entreposages : 15,00 euros x 6.990 = 104.850,00 euros.

- ☐ Lot 2 : dépannages : 800,00 euros x 10 = 8.000,00 euros;
déplacements : 100,00 euros x 12 = 1.200,00 euros;
entreposages : 50,00 euros x 10 = 500,00 euros.

(Prix unitaire estimé sur base du marché précédent).

Nous arrondissons le marché estimé annuel à :

- Lot 1 : véhicules de max 3,5 tonnes : 1.370.000,00 euros;
- Lot 2 : véhicules de plus de 3,5 tonnes : 9.800,00 euros.

Donc pour une durée de 48 mois, nous arrivons à :

- Lot 1 : véhicules de max 3,5 tonnes : 5.480.000,00 euros;
- Lot 2 : véhicules de plus de 3,5 tonnes : 39.200,00 euros”.

3. Le 23 septembre 2019, le Conseil de police adopte le Cahier spécial des charges n° 2019-030 au terme d'une délibération dont il ressort que :

“ Considérant que le service Marché public a établi un cahier des charges N° 2019-030 pour le marché ayant pour objet ‘enlèvement et entreposage de véhicules à la requête de la Zone Midi’;

Considérant que, pour le marché ayant pour objet ‘enlèvement et entreposage de véhicules à la requête de la Zone Midi’, le montant estimé s'élève à 4.561.322,31 euros hors TVA ou 5.519.200,00 euros, 21% de TVA comprise pour 48 mois;

(...);

DÉCIDE :

1° D'approuver le cahier des charges N° 2019-030, l'avis de marché et le montant estimé du marché ayant pour objet 'enlèvement et entreposage de véhicules à la requête de la Zone Midi' établi par le service Marché public. Les conditions sont fixées comme prévu au cahier spécial des charges et par des règles générales d'exécution des marchés publics. Le montant est estimé à 4.561.322,31 euros hors TVA ou 5.519.200,00 euros, 21% de TVA comprise pour 48 mois.

(...).

2° Le marché précité est attribué par procédure ouverte. Le marché sera soumis à la publicité belge et européenne suivant les formulaires standards appropriés.

3° Soumettre la présente délibération et les documents du marché à l'approbation de la tutelle régionale.

Le Conseil approuve les projets de délibération : 26 votants : 26 votes positifs".

4. Le 25 novembre 2019, l'autorité de tutelle fait parvenir un courrier à la Zone de police précisant que la délibération arrêtant les documents de marché est devenue exécutoire par expiration du délai et formulant certaines observations.

5. Le 9 décembre 2020, l'avis de marché est publié.

6. Le 8 janvier 2020, la Zone de police procède à l'ouverture des offres.

Il ressort du PV d'ouverture des offres que deux candidats ont remis une offre :

1.1. Aperçu

Offres/Demandes de participation

Résumé de la signature	
Nom de l'entreprise	Information sur le lot
1. soc mom DETAMIDI	lot 1(1.959.842,69 €€), lot 2(22.430,07 €€)
2. YES 2020	lot 1(1.198.741,00€), lot 2(12.215,00€)

7. Le 16 mars 2020, la Zone de police établit un rapport d'examen des offres.

a. Les offres de la société YES 2020 et de la société DETAMIDI sont considérées comme régulières tant pour le lot 1 que pour le lot 2.

b. Les deux offres sont dès lors comparées au regard des critères d'attribution.

1° Pour le lot 1 (véhicule de max 3,5 tonnes), à l'issue de l'addition de chacun des sous-critères :

- La société YES 2020 se voit attribuer 63,16 points et la société DETAMIDI 47,24 points pour le critère d'attribution n° 1 (prix - appréciation sur 65 points);
- À l'issue de l'addition de chacun des sous-critères prévus pour ce critère, la société DETAMIDI se voit attribuer 31 points sur 35 et la société YES 2020 20,48 points pour le critère d'attribution n° 2 (qualité de l'infrastructure - appréciation sur 35 points).

2° Pour le lot 2, (véhicule de max 3,5 tonnes), à l'issue de l'addition de chacun des sous-critères :

- La société YES 2020 se voit attribuer 62,41 points contre 44,01 pour DETAMIDI pour le critère d'attribution n° 1 (prix - appréciation sur 65 points);

- DETAMIDI obtient 35 points contre 32 pour YES 2020 pour le critère d'attribution n° 2 (qualité de l'infrastructure - appréciation sur 35 points).

c. Il ressort du classement final des offres régulières (classées d'après le score total) que :

“ Classement final des offres régulières (classées d'après le score total)

N°	Nom	Score	Prix TVAC*
Lot 1 (VEHICULE MMA DE MAX 3,5 TONNES)			
1	YES 2020	83,64 %	1.198.741,00 €
2	DETAMIDI	78,24 %	1.619.704,70 €
Lot 2 (VEHICULE MMA DE PLUS DE 3,5 TONNES)			
1	YES 2020	94,41 %	12.215,00 €
2	DETAMIDI	79,01 %	18.537,25 €

* Montants contrôlés

PROPOSITION D'ATTRIBUTION DU MARCHÉ

Sur base de la sélection qualitative des soumissionnaires, de l'analyse de la régularité des offres et de la comparaison de celles-ci, il est suggéré :

- * D'attribuer le Lot 1 (VEHICULE MMA DE MAX 3,5 TONNES) à l'entreprise ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du meilleur rapport qualité-prix), soit YES 2020, Brusselsesteenweg 603 à 1731 Zellik, pour le montant d'offre contrôlé de 990.695,04 € hors TVA ou 1.198.741,00 €, 21% TVA comprise.;
- * D'attribuer le Lot 2 (VEHICULE MMA DE PLUS DE 3,5 TONNES) à l'entreprise ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du meilleur rapport qualité-prix), soit YES 2020, Brusselsesteenweg 603 à 1731 Zellik, pour le montant d'offre contrôlé de 10.095,04 € hors TVA ou 12.215,00 €, 21% TVA comprise.

Le montant d'attribution total s'élève à 1.000.790,08 € hors TVA ou 1.210.956,00 €, 21% TVA comprise”.

8. Le 17 mars 2020, la Zone de police invite les candidats à lui fournir des attestations liées à leur capacité financière.

9. Le 31 mai 2020, la Zone de police écrit aux candidats afin de leur demander s'ils sont d'accord de prolonger la durée de validité de leurs offres, ce qu'ils confirment par des courriels du 2 juin 2020.

10. Le 3 juin 2020, la Zone de police demande à la société YES 2020 de lui fournir des attestations de mise à disposition de la société YES. Ce document lui est transmis par un courriel du même jour.

11. En sa séance du 10 juin 2020, au terme d'un examen des marchés et du rapport d'attribution établi par l'administration, le Collège de la Zone de police décide :

“ DÉCIDE :

- 1) De sélectionner les soumissionnaires DETAMIDI et YES 2020 qui répondent aux critères de sélection qualitative;
- 2) De considérer les offres suivantes comme complètes et régulières :

- ☐ Lot 1 (VEHICULES MMA de max 3,5 tonnes) : YES 2020 et DETAMIDI;
 - ☐ Lot 2 (VEHICULES MMA de plus 3,5 tonnes) : YES 2020 et DETAMIDI.
- 3) D'approuver le rapport d'examen des offres du 26 mai 2000 pour le lot 1 (VEHICULES MMA de max 3,5 tonnes), le lot 2 (VEHICULES MMA de plus 3,5 tonnes) rédigé par le service marchés publics.
- 4) De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération;
- 5) D'attribuer ce marché aux soumissionnaires ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du meilleur rapport qualité/prix), soit :
- 1°.(...)
 - 2°.
- 6) Transmettre cette délibération en double exemplaire à l'autorité de tutelle en vue de l'exercice de la tutelle générale”.

12. Le 27 juillet 2020, l'autorité de tutelle informe la Zone de police que la délibération du Collège attribuant le marché en cause à la société YES 2020 est devenue exécutoire par expiration du délai, tout en formulant certaines observations.

13. Par un courrier du 5 août 2020, la Zone de police informe DETAMIDI que le marché précité a été attribué par le Collège de Police le 10 juin 2020 à un autre soumissionnaire.

14. Par un courriel du 7 août 2020, la Zone de police communique à DETAMIDI une copie de la notification de non-attribution, ainsi que le rapport d'examen des offres et ses annexes.

15. Le 10 août 2020, la Zone de police communique par courriel une copie de la délibération du Collège de police du 10 juin 2020 à DETAMIDI.

16. Le 14 août 2020, la société DETAMIDI introduit un recours en suspension d'extrême urgence auprès du Conseil d'État ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 25 août 2020, la société anonyme Yes 2020 demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de l'acte attaqué, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu, en conséquence, d'accueillir cette requête.

V. Qualification de l'opération litigieuse

V.1. Thèses des parties

L'examen de la cause révèle que fait débat la qualification de l'opération dans le courant de laquelle a été adopté l'acte attaqué.

Les conséquences que peut avoir cette qualification sur le sort de la présente demande de suspension (tant pour l'identification du régime applicable à cette demande que pour l'examen des moyens qu'y soulèvent les requérantes) imposent de statuer préalablement sur cette question.

Au vu de l'enjeu, ainsi précisé, de cette qualification en l'espèce, il n'y a pas lieu – à ce stade de l'examen de la demande et contrairement à ce qui a été suggéré dans le cadre des débats – de vérifier un intérêt des requérantes à la requalification de l'opération litigieuse, cette question n'ayant, le cas échéant, à être tranchée que dans le cadre de l'examen des moyens.

A. Requête

Les requérantes contestent la qualification de « marché public de services » retenue par la partie adverse à propos de l'opération litigieuse, estimant que celle-ci est une « concession de services » dont la valeur estimée excède le seuil d'applicabilité de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', de sorte que cette opération relève bien du champ d'application de cette loi, ainsi que de celui 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'. Au soutien de cette thèse, elle développe l'argumentation suivante :

- « 8. À titre d'observation liminaire, il y a lieu de souligner que dans le cadre du présent recours, les parties requérantes contestent, à titre principal, la qualification du contrat attribué par l'acte attaqué.

La partie adverse a, en effet, pour l'attribution de ce contrat, entendu appliquer - à tout le moins principalement - la loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics" et ses arrêtés d'exécution.

Comme cela sera démontré ci-après, le contrat est, toutefois, une concession de services et non un marché public.

Or, les règles applicables en matière de marchés publics et en matière de concessions de services ne sont pas identiques, tant en ce qui concerne l'attribution du contrat qu'en ce qui concerne le contentieux.

Pour une même catégorie (marché public ou concession de services), les règles applicables sont, par ailleurs, susceptibles de varier en fonction du montant estimé du contrat et du dépassement - ou non - de certains seuils financiers.

Dans ce contexte, il est essentiel de trancher, avant l'examen de la recevabilité et du bien-fondé du recours, les questions de la qualification et de l'estimation du contrat.

9. En ce qui concerne la qualification du contrat, il y a lieu de relever que conformément à l'article 2, 17°, de la loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics", le "marché public" est

“ le contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services [...]”.

Le "marché public de services" est, quant à lui, conformément à l'article 2, 21°, de la loi du 17 juin 2016 "relative aux marchés publics",

“ le marché public ayant pour objet la prestation de services autres que ceux visés [par les marchés publics de travaux]”.

Il en résulte que le marché public de services est un contrat dans le cadre duquel un adjudicataire preste des services pour le compte d'un pouvoir adjudicateur, moyennant une contrepartie.

La concession de services est, quant à elle, définie à l'article 2, 7°, b), alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 "relative aux contrats de concession", comme

“ le contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs adjudicateurs confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux [...] à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix”.

L'article 2, 7°, b), alinéa 2, précise, quant à lui, que :

“ L'attribution [...] d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable”.

Comme le marché public, la concession de services est un contrat dans le cadre duquel un concessionnaire preste des services pour le compte d'un pouvoir adjudicateur, moyennant une contrepartie.

La concession de services est, toutefois, caractérisée par le fait que la contrepartie consiste soit dans le droit d'exploiter les services, soit dans ce droit accompagné d'un prix. Contrairement au marché public, elle implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation.

Ceci est clairement résumé par la doctrine :

“ les deux types de contrats ont en commun de prévoir des obligations mutuelles, l’acquisition de travaux ou de services et un caractère onéreux. Pourtant la distinction n’est pas exclusivement théorique : elle déterminera quelle réglementation s’applique et, dès lors la validité de la procédure et du contrat.

Le seul et unique critère distinctif est celui du ‘transfert significatif du risque d’exploitation’” (V. VANDEN ACKER, J. PERNIAUX, “La passation des concessions” in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018-2019 / Chronique des Marchés Publics 2018-2019*, Bruxelles, EBP Consulting, 2019, pp. 933-974, spéc. p. 938).

Au fil de sa jurisprudence, Votre Conseil a, ainsi, établi que :

“ le critère déterminant pour qualifier une concession réside dans le transfert du risque d’exploitation” (C.E., arrêt s.c.rl. *Intermediance*, n° 237.379 du 14 février 2017).

Les travaux préparatoires de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’ vont dans le même sens puisqu’ils indiquent que :

“ Les concessions sont des contrats, à titre onéreux, par lesquels un adjudicateur confie l’exécution de travaux ou la prestation et la gestion d’un service, la contrepartie consistant dans le droit d’exploiter l’ouvrage ou les services ou dans ce droit accompagné d’un prix. La caractéristique essentielle de la concession consiste dans le transfert du risque d’exploitation” (projet de loi ‘relatif aux contrats de concession’, Exposé des motifs, Doc., Ch. Repr., 2015-2016, n° 54-1708/001, p. 12).

Le considérant 18 de la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 ‘sur l’attribution des contrats de concession’, que la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’ transpose, le confirme également :

“ Les difficultés liées à l’interprétation des concepts de concession et de marché public ont entraîné une insécurité juridique constante pour les parties prenantes et ont donné lieu à de nombreux arrêts de la Cour de justice de l’Union européenne. Il convient par conséquent de clarifier la définition de la concession, notamment par référence au concept de risque d’exploitation. La principale caractéristique d’une concession, le droit d’exploitation de travaux ou de services, implique toujours le transfert au concessionnaire d’un risque d’exploitation de nature économique, avec la possibilité qu’il ne permette pas d’amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l’exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d’exploitation normales, même si une partie du risque continue d’être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l’entité adjudicatrice”.

Le fait que le cocontractant du pouvoir adjudicateur soit rémunéré, totalement ou partiellement, par les destinataires du service, constitue un indice de l’existence d’un transfert de risque dans son chef (V. VANDEN ACKER, J. PERNIAUX, “La passation des concessions” in *Jaarboek Overheidsopdrachten 2018-2019 / Chronique des Marchés Publics 2018-2019*, Bruxelles, EBP Consulting, 2019, pp. 933-974, spéc. p. 939).

Il ressort, en outre, de la jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne que le fait que le cocontractant du pouvoir adjudicateur supporte le “risque d’insolvabilité” des débiteurs du prix des services est de nature à démontrer que le risque d’exploitation lui a été transféré (C.J.U.E., 10 novembre 2011, aff. C-348/10, *Norma-A et Dekom*, point 48; C.J.U.E.,

10 mars 2011, aff. C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, point 37).

10. Dans le cas d'espèce, le contrat porte sur l'«enlèvement et [l']entreposage de véhicules à la requête de la zone Midi».

Le cahier spécial des charges distingue, pour chaque lot, cinq catégories de prestations, à savoir :

- la catégorie 1, qui vise le dépannage de «véhicules gênants et en stationnement irrégulier», «de véhicules [...] accidentés en l'absence du propriétaire» et de «véhicules volés retrouvés ne faisant pas l'objet d'un dépannage judiciaire»;
- la catégorie 2, qui vise le dépannage de «véhicules appartenant ou utilisés par la zone de police Midi»;
- la catégorie 3, qui vise le dépannage «des épaves et des véhicules hors d'usage abandonnés sur la voie publique»;
- la catégorie 4, qui vise le dépannage de «véhicules gênants et en stationnement régulier dont le maintien de la présence sur la voie publique pourrait engager la responsabilité de la zone de police»;
- la catégorie 5, qui vise «l'entreposage» des véhicules.

Pour les catégories 2, 3 et 4, le cahier spécial des charges prévoit que le dépannage a lieu «sans frais», c'est-à-dire «qu'il n'y aura pas de frais pour la zone de police» ou pour «le propriétaire du véhicule» et que «les frais pour ce type de dépannage seront par conséquence inclus dans les dépannages des autres catégories».

Pour les catégories 1 et 5, il est, par contre, prévu que «Les frais résultant du dépannage et de l'entreposage des véhicules sont à charge du propriétaire».

Il est, par ailleurs, prévu par le cahier spécial des charges que :

- «La société de dépannage fait elle-même toutes les démarches nécessaires au recouvrement des frais de dépannage et d'entreposage. Il lui appartient d'intenter toute action judiciaire à ce sujet. La zone de police Midi 5341 et les communes ne sont, en aucun cas, tenues au paiement des frais à la place des débiteurs (récalcitrants, insolvable, introuvables, domiciliés à l'étranger, contestataires, etc ...). Les communes faisant partie de la zone sont les communes d'Anderlecht, Forest et Saint-Gilles»;
- «La société de dépannage n'a aucun droit de rétention sur les véhicules enlevés de la voie publique lorsque la police a autorisé leurs propriétaires ou leurs conducteurs à les récupérer.

Elle ne peut en aucun cas subordonner cette restitution au paiement de ses frais de dépannage et d'entreposage. Elle peut toutefois intenter une action civile sans que la zone de police ou les communes soient parties à la cause. La zone de police et les communes déclinent toute responsabilité à ce sujet »;

- «Durant toute la durée pendant laquelle le véhicule est entreposé, la société de dépannage est responsable de celui-ci ainsi que de ce qui se trouve à l'intérieur, conformément aux articles 1927 et 1928 du Code civil (obligations du dépositaire). La société de dépannage doit donc prendre des mesures de sorte que les véhicules et leur contenu ne puissent pas être endommagés, perdus ou volés.

Le pouvoir adjudicateur décline toute responsabilité au cas où les véhicules ou leur contenu se voyaient endommagés, perdus ou volés.

De plus, pendant toute la durée de l'entreposage, la société de dépannage est responsable du dommage causé par le fait des véhicules qu'elle a sous sa garde, et ce conformément à l'article 1384, alinéa 1 du Code civil”;

- “La société de dépannage est responsable des dommages qui sont occasionnés lors de l'ouverture de porte du dépannage, du transport et de l'entreposage du véhicule et s'assurera contre ces risques”.

Il en résulte que, dans le cadre de ce contrat, le risque d'exploitation est totalement supporté par le co-contractant du pouvoir adjudicateur, qui doit, d'une part, directement se faire payer auprès des propriétaires des véhicules dépannés et, d'autre part, supporter seul les risques liés à l'absence de paiement et à l'insolvabilité de ses débiteurs. Le co-contractant du pouvoir adjudicateur supporte également seul l'ensemble des risques liés aux dommages causés aux véhicules dépannés ou causés par ces véhicules.

En d'autres termes, le co-contractant du pouvoir adjudicateur ne dispose, dans le cadre de ce contrat, d'aucune certitude quant à l'amortissement des coûts qu'il supporte pour prester les services. La rentabilité du contrat ne lui est pas assurée.

Dans ces circonstances, le risque d'exploitation étant supporté par le co-contractant du pouvoir adjudicateur, il ne peut être contesté que le contrat est une concession de services et non un marché public.

Il faut, au demeurant, souligner que la partie adverse a elle-même reconnu que le contrat constitue une concession de services puisqu'elle a publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne un “avis de concession”, mentionnant, en tant que base juridique, la “Directive 2014/23/UE” du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 “sur l'attribution de contrats de concession”. Curieusement, il n'est fait aucune mention de cette publication dans l'acte attaqué.

11. En ce qui concerne l'estimation du montant du contrat et les seuils financiers applicables, il y a lieu d'opérer une distinction en fonction de la qualification du contrat.

- (a) En ce qui concerne les concessions de services, toutes les concessions de services n'entrent pas dans le champ d'application de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’.

Ceci résulte de l'article 3, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’, qui dispose que :

“ [...] en ce qui concerne les concessions de services, la présente loi s'applique uniquement aux concessions d'une valeur égale ou supérieure au seuil fixé par le Roi”.

L'article 4, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juin 2017 ‘relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession’ prévoit, quant à lui, que :

- “ Le seuil visé à l'article 3, § 1^{er}, alinéas 2 et 3 de la loi est de 5.350.000 euros”.

Il en résulte que seules les concessions de services dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil de 5.350.000,00 € sont soumises à l'application de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'. Les concessions de services dont le montant estimé est inférieur à 5.350.000,00 € n'entrent, quant à elles, pas dans le champ d'application de cette loi.

Par ailleurs, les concessions de services dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil de 5.350.000,00 € entrent dans le champ d'application de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...] et de concessions'. Pour ces concessions, le régime contentieux applicable est celui des "marchés et concessions atteignant les seuils européens", conformément à l'article 3, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...] et de concessions'. Par contre, cette loi n'est pas applicable aux concessions dont le montant estimé est inférieur au seuil de 5.350.000,00 € HTVA.

Dans le cas d'espèce, la partie adverse a elle-même reconnu que le montant estimé de la concession de services est égal ou supérieur au seuil de 5.350.000,00 € HTVA puisqu'elle a publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, un "avis de concession", mentionnant, en tant que base juridique, la "Directive 2014/23/UE" du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 "sur l'attribution de contrats de concession". Comme déjà mentionné, curieusement, cette publication n'est pas mentionnée dans l'acte attaqué.

Ceci démontre, à suffisance, que le seuil de 5.350.000,00 € HTVA est, dans le cas d'espèce, dépassé puisque la directive 2014/23/UE "sur l'attribution des contrats de concession", tout comme la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' qui la transpose - et l'obligation de publicité au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne qu'elles prévoient -, ne s'applique que pour les concessions dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil de 5.350.000,00 € HTVA.

Pour le surplus, il y a lieu de relever que ni le montant estimé de chaque lot, ni le montant estimé total du contrat, n'est mentionné dans "l'avis de concession" ou le cahier spécial des charges.

Ce n'est que lors de la communication du rapport d'examen des offres que les parties requérantes ont pu constater que le montant estimé du contrat a été fixé par la partie adverse à 4.528.925,61 € HTVA (5.480.000,00 € TVAC) pour le lot n° 1 et 32.396,69 € HTVA (39.200,00 € TVAC) pour le lot n° 2. Le montant estimé total du contrat est, en conséquence, selon la partie adverse, de 4.561.322,30 € HTVA (5.519.200,00 € TVAC). Ce montant estimé est également celui renseigné dans l'acte attaqué.

Dans la mesure où la procédure d'attribution diligentée par la partie adverse l'a, essentiellement, été en application de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', il y a lieu de considérer que c'est également en application de cette législation que le montant du contrat a été estimé.

Or, les règles applicables à l'estimation du montant des contrats divergent selon que le contrat constitue un marché public ou une concession de services.

L'estimation du montant d'un marché public implique, conformément à l'article 7, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques', de prendre en considération "le montant total payable, hors taxe sur la valeur ajoutée" sur la durée totale du marché et pour tous les lots.

L'estimation du montant d'une concession de services implique, quant à elle, de prendre en considération, conformément à l'article 35 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', le "chiffre d'affaires total du concessionnaire généré pendant la durée du contrat, hors taxe sur la valeur ajoutée".

Selon les travaux préparatoires de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', ceci implique de tenir compte de :

“ toutes les rémunérations perçues par le concessionnaire, qu'elles proviennent, suivant les cas, de l'adjudicateur, des usagers du service ou de l'ouvrage, d'autorités tierces (subsidés) ou encore de la vente d'actifs faisant partie de la concession” (projet de loi 'relatif aux contrats de concession', Exposé des motifs, Doc., Ch. Repr., 2015-2016, n° 54-1708/001, p. 62).

Bref, comme le résume la doctrine,

“ on tient compte de toutes les recettes sur toute la durée du contrat” (M. LAMBERT, "Nouvelle réglementation des concessions de travaux et de services", Mouv. com., 2016, pp. 26-29, spéc. p. 28).

Il en résulte que les éléments à prendre en considération dans le cadre de l'estimation du montant d'une concession de services sont potentiellement plus larges que ceux à prendre en considération dans le cadre d'un marché public.

À titre d'exemple, dans le cadre de la présente concession, l'estimation du montant de la concession implique de prendre en considération, notamment, non seulement le prix payé par les propriétaires des véhicules, mais également le chiffre d'affaires généré par la revente des véhicules abandonnés qui sont cédés à la société dépannage par les administrations communales en application de l'article XIV du cahier spécial des charges.

Or, cet élément n'a, selon toutes vraisemblances, pas été pris en considération par la partie adverse lors de la détermination du montant estimé du contrat.

Par ailleurs, le fait que le montant estimé du contrat est égal ou supérieur au seuil de 5.350.000,00 € HTVA est également confirmé par les documents déposés à l'appui de l'offre de la société simple Detamidi qui laissent apparaître que, pour la période comprise entre le 1^{er} janvier 2016 au 31 décembre 2019, - c'est-à-dire une durée de quatre ans, identique à la durée du contrat litigieux -, ce contrat a dégagé un chiffre d'affaires de 5.552.802 € HTVA, soit un montant de près d'1 million d'euros supérieur à l'estimation mentionnée par la partie adverse. On précisera, par ailleurs, que ces attestations n'incluent pas le chiffre d'affaires réalisé par les parties requérantes suite à la revente des véhicules abandonnés, soit un montant d'environ 125.000,00 € HTVA qui s'additionne au montant précité de 5.552.802, € HTVA.

Dans de telles circonstances, il n'est pas sérieusement discutable que le seuil de 5.350.000,00 € HTVA est, dans le cas d'espèce, atteint, voire dépassé.

Dès lors que le contrat est une concession de services dont le montant estimé est supérieur ou égal au seuil de 5.350.000,00 € HTVA, il y a lieu de lui

appliquer les dispositions de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’ et de ses arrêtés d’exécution ainsi que les dispositions de la loi du 17 juin 2013 ‘relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...] et de concessions’ relatives aux concessions de services dont le montant est égal ou supérieur au seuil de 5.350.000,00 € HTVA.

- (b) En ce qui concerne les marchés publics, tous les marchés publics entrent, sauf exclusion expresse, dans le champ d’application de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’ et de ses arrêtés d’exécution, quel que soit leur montant.

Tous les marchés publics entrent également, sauf exclusion expresse, dans le champ d’application de la loi du 17 juin 2013 ‘relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...] et de concessions’, quel que soit leur montant.

Par contre, tant la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés public’ et ses arrêtés d’exécution que la loi du 17 juin 2013 ‘relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...] et de concessions’ établissent des règles différentes en fonction du montant estimé des marchés.

Les règles applicables varient ainsi selon que le montant estimé du marché public envisagé dépasse ou non certains seuils financiers. Ces seuils financiers sont différents en fonction de l’objet du marché. Pour les marchés publics de services, le seuil est de 214.000,00 € HTVA, conformément à l’article 11, alinéa 1^{er}, de l’arrêté royal du 18 avril 2017 ‘relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques’.

Dans le cas d’espèce, si le contrat devait être qualifié de marché public, il ne saurait être question, dans le chef de la partie adverse, de contester que son montant estimé est supérieur au seuil de 214.000,00 € HTVA.

La partie adverse mentionne, en effet, expressément, dans le rapport d’examen des offres et dans l’acte attaqué, que le montant estimé total du contrat est de 4.561.322,30 € HTVA (5.519.200,00 € TVAC).

Dans l’hypothèse où le contrat serait qualifié de marché public, il y aura, en conséquence, lieu de lui appliquer les dispositions de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’ et de ses arrêtés d’exécution ainsi que les dispositions de la loi du 17 juin 2013 ‘relative à la motivation, à l’information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...] et de concessions’ relatives aux marchés publics dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil de 214.000,00 € HTVA.

Ce sont, du reste, ces législations et réglementations - hormis en ce qui concerne la publication de l’“avis de concession” -, que la partie adverse a, jusqu’à présent, prétendu appliquer.

12. En conclusion, dans ce contexte, les parties requérantes entendent, dans la présente requête, développer la position suivante :

- (a) à titre principal, le contrat est une concession de services dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil de 5.350.000,00 € HTVA.

La loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’ et son arrêté d’exécution lui sont, en conséquence, applicables.

L'acte attaqué viole les dispositions prévues par cette législation et cette réglementation.

Il viole également les règles applicables en matière de compétence de l'auteur de l'acte, les articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que plusieurs autres règles et principes généraux de droit, notamment le principe de concurrence.

Le présent recours est fondé sur l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...] et de concessions' qui est applicable aux concessions de services dont le montant estimé est égal ou supérieur au seuil européen de 5.350.000,00 € HTVA.

(b) à titre subsidiaire, le contrat est une concession de services dont le montant estimé est inférieur au seuil de 5.350.000,00 € HTVA.

La loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' et son arrêté d'exécution ne lui sont, en conséquence, pas applicables.

L'acte attaqué viole, néanmoins, les règles applicables en matière de compétence de l'auteur de l'acte, les articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que plusieurs autres règles et principes généraux de droit, notamment le principe de concurrence.

Le recours est fondé sur l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, puisque l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...] et de concessions' n'est pas applicable.

(c) à titre infiniment subsidiaire, le contrat est un marché public dont le montant estimé est supérieur au seuil européen de 214.000,00 € HTVA.

La loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et ses arrêtés d'exécution lui sont, en conséquence, applicables.

L'acte attaqué viole les dispositions prévues par cette législation et cette réglementation.

Il viole également les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que plusieurs autres règles et principes généraux de droit, notamment le principe de concurrence.

Le recours est fondé sur l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics [...] et de concessions' ».

B. Note d'observations

La partie adverse persiste à considérer, comme elle l'a fait en adoptant l'acte attaqué, que l'opération litigieuse est bien un marché public de services. À ce propos, elle expose ce qui suit :

« Article 1. Considérations relatives à la distinction entre un marché et une concession de services

18. La difficulté de différencier un marché d'une concession de service a déjà fait couler beaucoup d'encre.

Le dernier critère qui s'est dégagé pour distinguer ces deux contrats est le transfert du risque.

a. L'article 2, 7°, a) de la loi du 17 juin 2016 'relative aux concessions' précise à ce sujet que :

“ L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable”.

b. Cette définition est directement issue de la Directive 2014/23 « sur l'attribution des contrats de concession » du 26 février 2014 dont plusieurs considérants apportent des précisions utiles au présent dossier.

Le considérant 20 précise que : “(...) Aux fins de l'évaluation du risque d'exploitation, la valeur actuelle nette de tous les investissements, coûts et recettes du concessionnaire devrait être prise en compte de manière homogène et uniforme”.

c. Un arrêt rendu par le Conseil d'État le 14 février 2017 revient, de manière détaillée, sur la problématique. Il précise notamment que :

“ Il s'ensuit que pour être conforme à la définition donnée par le législateur européen, l'interprétation du concept de concession doit être corrélée à l'existence d'un risque lié à l'exploitation des services fournis et trouvant son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. À première vue, le risque ainsi circonscrit ne tient donc pas à des aléas de gestion inhérents à tout contrat, mais à l'exploitation même du service, en fonction des variations de l'offre et de la demande. Dans les limites d'un examen mené dans le cadre de l'extrême urgence, il apparaît, dès lors, que la ligne de démarcation entre la concession et le marché puisse être située essentiellement au niveau de la distinction entre les notions de prestation et d'exploitation. Ainsi, à la différence d'un prestataire de service dans le cadre d'un marché public, le concessionnaire ne se limite pas à fournir un service, mais il l'exploite, c'est-à-dire qu'après l'avoir mis sur pied, il le 'gère', en assure la délivrance dans le temps et assume le risque lié aux fluctuations de l'offre, de la demande, ou des deux, pour ce service”.

Article 2. Application aux contrats de dépannage

19. En l'espèce, la Zone de police n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en qualifiant le contrat en cause de marché public de services et non de concession.

Certes, elle ne paie pas son cocontractant qui percevra des recettes auprès des propriétaires des véhicules dépannés. Toutefois, le contrat en question présente des particularités qui rendent difficile sa qualification et qui n'excluent pas qu'il soit considéré comme un marché public de services au sens de l'article 2, 17° de

la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’ et non comme une concession de services.

- a. Tout d’abord, la qualification de marché public se justifie parce que les prestations effectuées par l’attributaire du contrat le sont au profit de la Zone de police et non pas au profit des propriétaires des véhicules remorqués.

Votre Conseil a jugé en ce sens que :

“ Ainsi que le relève la partie adverse, les prestations qui font l’objet d’un marché public sont conçues à tout le moins au bénéfice du pouvoir adjudicateur dont elles ont vocation à servir l’intérêt économique. Le fait que le contrat soit à titre onéreux implique, en effet, que ce contrat comporte un intérêt économique direct pour ceux qui le concluent. Cet intérêt économique direct dans le chef du pouvoir adjudicateur n’exclut pas que les bénéficiaires finaux des prestations soient des tiers au contrat pour autant que le pouvoir adjudicateur ait l’obligation - légale ou contractuelle - d’organiser ou de prendre en charge les prestations concernées”.

Les dépannages, qui sont effectués dans le cadre du contrat en cause, le sont exclusivement sur réquisition des services de police (dépannages administratifs).

Par ailleurs, le fait de procéder au déplacement (dépannage) d’un véhicule lorsque celui-ci entrave l’espace public ou la circulation, lorsqu’il est stationné à un endroit qui doit être libre, ..., constitue une mission qui est confiée aux Zones de police par la loi (notamment par l’article 4.4 du code de la route).

L’attributaire d’un contrat de dépannage rend dès lors un service à la Zone de police - et sert son intérêt économique - en lui permettant d’exécuter ses missions légales indépendamment du fait que ses prestations soient payées par les détenteurs de véhicules dépannés.

- b. Ensuite, parce qu’en l’espèce, il n’existe pas un “marché”, en ce sens que le service offert n’est pas le fruit d’une demande ou d’un besoin des destinataires du service en question.

En effet, les personnes dont les véhicules ont été dépannés à la requête d’un agent de la Zone de police ne sont pas des “utilisateurs” classiques d’un service, comme pour les transports en commun, les réseaux de gaz et d’électricité,

Les détenteurs de véhicules dépannés n’ont dès lors pas le choix de recourir aux services du cocontractant de la Zone de police et de le payer pour sa prestation. Or, si l’on se trouvait réellement dans un “marché” classique ils pourraient faire le choix d’un autre prestataire, d’une autre offre de services voire même de renoncer à la prestation.

Qui plus est, le nombre de dépannages effectués annuellement à la demande de la Zone de police était jusqu’en 2019 de +/- 7.000 dépannages par an.

Ce faisant, il n’y a pas d’aléa au sens de l’article 2, 7°, a) de la loi du 17 juin 2016 “relative aux contrats de concession”.

Les revenus de l’attributaire du contrat ne découlent donc pas des aléas du marché mais du comportement d’une des parties au contrat, en l’occurrence la Zone de police et il a la garantie qu’un nombre incompressible de prestations lui seront demandés.

- c. En outre, la Zone de police a également pu raisonnablement estimer que, dans des conditions normales d’exploitation, le concessionnaire est certain d’amortir

les coûts qu'il supportera lors de l'exploitation du service qui fait l'objet de la concession.

1° Investissements et coûts limités

- La mise en œuvre du contrat en cause ne nécessite donc aucun investissement spécifique en termes d'infrastructure.

Afin de pouvoir obtenir le contrat, les candidats doivent déjà disposer d'une capacité d'accueil des véhicules dépannés.

Ainsi, les dépôts présentés par les parties requérantes sont les mêmes que ceux qu'ils ont présentés lors de leurs offres déposées en 2013.

Ce sont également les dépôts qu'elles utilisent pour exécuter leurs contrats au profit des Zones de Police 5339 (Bruxelles-Capitale - Ixelles), 5344 (Schaerbeek - Evere - Saint-Josse Ten Noode), 5340 (Molenbeek-Saint-Jean, Berchem-Sainte-Agathe, Ganshoren et Jette) et 5342 (Uccle), ainsi que pour ses clients privés (qui représente trois-quarts de son chiffre d'affaires).

- De même, les investissements en termes de matériel et notamment de dépanneuses sont également limités.

En effet, les candidats doivent démontrer qu'ils disposent déjà d'une flotte suffisante de dépanneuses, flotte qu'ils utilisent par ailleurs tant dans leurs activités au profit d'autres pouvoirs adjudicateurs que pour les entités privées et les particuliers qui font appel à leurs services.

- Par ailleurs, le titulaire du contrat ne doit s'acquitter d'aucune redevance, ni fixe, ni variable à l'égard de la Zone de police.

2° Importance des recettes

L'ensemble des recettes a été estimé par la partie adverse à 4.561.322,30 € HTVA pour les quatre années du contrat. Les parties requérantes précisent même que les recettes qu'elles ont encaissées au cours des années 2016 à 2019 s'élèveraient à 5.677.802 € HTVA.

Le chiffre d'affaires du contrat oscillerait donc annuellement entre 1.140.330,5 euros (estimation de la Zone de police) et 1.419.450,5 euros (d'après les parties requérantes).

20. En tout état de cause, le fait que, dans l'avis de marché, le contrat est par endroit qualifié de concession ne suffit pas à démontrer qu'il en serait une.

- a. Tout d'abord, le contenu de l'avis de marché ne remet pas en cause la qualification retenue dans le cahier spécial des charges dont les conditions ont été arrêtées par le Conseil de la Zone de police dans sa délibération du 23 septembre 2019.

En effet, l'article 80 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' consacre la primauté du cahier spécial des charges.

De même, comme le relève Votre Conseil :

“ Le contenu d'un avis de marché résulte de décisions prises par l'organe compétent du pouvoir adjudicateur, et ayant notamment pour objet l'adoption du cahier spécial des charges du marché concerné. Il ne peut donc être soutenu, à la suite de la requérante, que le contenu de l'avis de

marché a été modifié par le biais du cahier spécial des charges, l'adoption du second ayant nécessairement précédé l'élaboration du premier.

Apparaissant comme une mesure d'exécution de ces décisions préalables, l'élaboration de l'avis de marché consiste en l'encodage, par l'agent désigné à cette fin et dans le formulaire imposé réglementairement, des informations relatives aux modalités d'organisation de la procédure d'attribution du marché, telles que les a préalablement arrêtées l'organe compétent du pouvoir adjudicateur. Cette opération ne peut conduire à modifier les règles ainsi définies par cet organe dans le cadre du cahier spécial des charges, ni, a fortiori, à déroger aux dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

La circonstance qu'une mention erronée de l'avis de marché diffère des décisions desquelles résulte l'élaboration de cet avis ne suffit pas à tenir pour établie la contradiction dénoncée par la requérante. Une telle contradiction supposerait, en effet, que la divergence constatée résulte de deux décisions prises par l'organe compétent du pouvoir adjudicateur. Or, tel ne semble, *prima facie*, pas être le cas en l'espèce.

Dès lors que la contradiction dénoncée fait défaut, les références à la prétendue primauté de l'avis de marché sur le cahier spécial des charges, censée résoudre cette contradiction, sont vaines”.

b. En outre, il est à relever que l'avis de marché est incohérent à plus d'un titre.

Ainsi, il qualifie tour à tour le contrat de marché public puis de concession. De même, il mentionne en tant que base juridique, la Directive 2014/23 “sur l'attribution des contrats de concession”, alors que cette directive n'a pas d'effet direct en droit belge puisqu'elle a été transposée par la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’.

L'argument que les parties requérantes tentent de tirer d'une de ces contradictions ne peut donc pas être suivi.

L'éventuelle inconnue qui aurait pu en résulter a été levée par le Cahier spécial des charges n° 2019-030 qui qualifie exclusivement le contrat de marché public de services. Or, en cas de doute, le cahier des charges prime sur l'avis de marché.

Article 3. Conclusion

21. Au vu du caractère limité des investissements et des coûts supportés par le titulaire du contrat à attribuer, de l'assurance des recettes qui seront engrangées par le titulaire du contrat en cause, de l'absence d'aléas de marché au sens de l'article 2, 7°, a) de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’ ou encore de la particularité du service attribué, la Zone de police n'a pas commis d'erreur d'appréciation et, encore moins manifeste, en qualifiant ce contrat de marché de services.

Une telle erreur pourrait d'autant moins lui être reproché qu'en attribuant ce contrat en application de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux marchés publics’, la Zone de police a fait le choix de la procédure qui assure aux candidats soumissionnaires le plus haut degré de garantie en termes de respect des principes d'égalité, de transparence et de concurrence ».

S'agissant de la valeur estimée de l'opération, la partie adverse l'estime inférieure au seuil d'applicabilité de la loi du 17 juin 2016 ‘relative aux contrats de concession’ et fait valoir, à ce propos, ce qui suit :

« 24. La Zone de police réfute le caractère inexact de l'évaluation de la valeur du marché qu'elle a retenue.

En effet, comme exposé dans le document préparatoire qu'elle a établi pour déterminer la valeur du contrat (pièce A. 2), elle s'est fondée sur les chiffres de dépannages qui ont été effectués au cours des dernières années par le titulaire du précédent marché, la société DETAMIDI.

La Zone de police s'étonne dès lors de lire que, en réalité les chiffres seraient supérieurs à ceux qui lui ont été transmis, *in tempore non suspecto*, par les parties requérantes.

En tout état de cause, l'estimation en question procédant d'un calcul mathématique entre le nombre de dépannages déclarés par le titulaire actuel du marché et les prix proposés dans son offre, il ne peut lui être reproché d'avoir estimé, de manière incorrecte, la valeur du marché à attribuer.

Au demeurant, quel intérêt la Zone de police aurait-elle eu à sous-évaluer le contrat dans la mesure où, l'ayant qualifié de marché de services, ce contrat était soumis à la publicité européenne et à une procédure ouverte dès lors que son montant était égal ou supérieur à 214.000 euros!

L'estimation du contrat doit dès lors être tenue pour exacte ».

C. Requête en intervention

L'intervenante conteste également la thèse des requérantes et formule, à ce propos, les observations suivantes:

« 4. Contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, il n'est pas évident que le contrat litigieux doit être requalifié en concession de services.

La loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession définit la concession de services comme :

“ un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs adjudicateurs confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix”.

Les travaux préparatoires de la loi précisent :

“ les concessions sont des contrats, à titre onéreux, par lesquels un adjudicateur confie l'exécution de travaux ou la prestation et la gestion d'un service, la contrepartie consistant dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou les services ou dans ce droit accompagné d'une prix. La caractéristique essentielle de la concession consiste dans le transfert du risque d'exploitation”.

Votre Conseil a déjà jugé que :

“ Il s'ensuit que pour être conforme à la définition donnée par le législateur européen, l'interprétation du concept de concession doit être corrélée à l'existence d'un risque lié à l'exploitation des services fournis et trouvant son origine dans des facteurs sur lesquels les parties n'ont aucun contrôle. À

première vue, le risque ainsi circonscrit ne tient donc pas à des aléas de gestion inhérents à tout contrat, mais à l'exploitation même du service, en fonction des variations de l'offre et de la demande. Dans les limites d'un examen mené dans le cadre de l'extrême urgence, il apparaît, dès lors, que la ligne de démarcation entre la concession et le marché puisse être située essentiellement au niveau de la distinction entre les notions de prestation et d'exploitation. Ainsi, à la différence d'un prestataire de service dans le cadre d'un marché public, le concessionnaire ne se limite pas à fournir un service, mais il l'exploite, c'est-à-dire, qu'après l'avoir mis sur pied, il le 'gère', en assure la délivrance dans le temps et assume le risque lié aux fluctuations de l'offre, de la demande, ou des deux, pour ce service.

(...)

Il découle de ce qui précède que dans le cadre d'un examen en extrême urgence, il ne peut être affirmé que la partie adverse aurait agi de manière manifestement déraisonnable en qualifiant la procédure litigieuse de concession de services" (C.E., n° 237.379, du 14 février 2017, SCRL Intermédiance; c'est la partie intervenante qui souligne).

Le contrat litigieux porte bien sur un marché public, et non sur une concession. En effet, il ressort du cahier spécial des charges que :

- L'un des critères d'attribution se rapporte aux prix offerts pour le dépannage et l'enlèvement de véhicules. Les coûts de dépannage appliqués se rapportent aux prix sur lesquels le soumissionnaire s'est engagé (pp. 7-8, 16 et p. 20 et svts).
- "la présente mission est exécutée sur ordre de la police de la zone midi 5341" (p.14);
- "À son arrivée sur place, la société de dépannage suit les instructions de la police quant à l'ordre des véhicules à dépanner" (p. 15).
- "l'enlèvement de tout véhicule se trouvant à n'importe quel endroit public sur le territoire de la zone se fera à la requête exclusive des services de police" (p.15);
- "la société de dépannage doit répondre endéans les 20 minutes, de jour comme de nuit, à toute réquisition des services de police et se conformer aux directives de ceux-ci" (p. 15).

Il résulte de ce qui précède que, premièrement, l'attributaire du contrat doit se conformer aux directives du pouvoir adjudicateur, qu'il ne peut fixer une contrepartie lui-même en fonction de frais d'investissement, mais qu'il doit appliquer les prix fixés dans le cadre de l'appel d'offres.

Deuxièmement, l'attributaire ne dispose d'aucune liberté dans l'exploitation du service puisqu'il agit de la manière prévue dans le contrat de marché public conclu. Il ne dispose donc pas du droit d'exploiter le service, mais fournit des services au pouvoir adjudicateur en procédant à sa requête, à l'enlèvement et à l'entreposage de véhicules.

La partie adverse n'a donc pas transféré le risque d'exploitation à l'attributaire du marché litigieux.

Partant, le contrat conclu n'est pas un contrat de concession de services, et sa qualification en marché public de services est adéquate.

Cette position est confirmée par la Cour de justice européenne qui a déjà jugé que :

“ En tout état de cause, il découle de la définition susvisée de la concession de services que celle-ci est caractérisée par une situation dans laquelle un droit d'exploitation d'un service déterminé est transféré par un adjudicateur à un concessionnaire, ce dernier disposant, dans le cadre d'un contrat conclu, d'une certaine liberté économique pour déterminer les conditions d'exploitation de ce droit et étant ainsi, parallèlement, largement exposé aux risques liés à cette exploitation. En revanche, un accord-cadre est caractérisé par une situation dans laquelle l'activité de l'opérateur économique partie à l'accord est encadrée dans la mesure où tous les marchés à passer par ledit opérateur au cours d'une période donnée doivent respecter les conditions prévues à cet accord

Cet élément de distinction est confirmé par la jurisprudence de la Cour, conformément à laquelle on est présence d'une concession de services lorsque le mode de rémunération convenu tient dans le droit du prestataire d'exploiter sa propre prestation et implique que celui-ci prenne en charge le risque lié à l'exploitation des services en question (arrêt du 18 juillet 2007, Commission/Italie, C-382/05, Rec., p.I-6657, point 34 et jurisprudence citée).

(...) Il apparaît donc que les conditions d'exercice de l'activité de l'opérateur économique sont définies dans le contrat en cause au principal, de sorte que ledit opérateur ne dispose pas du degré de liberté économique qui caractérise une situation de concession de services ni n'est exposé à un risque considérable lié à l'exploitation de ses prestations” (C.J.C.E., C-300/07, 11 juin 2009, Hans & Christophorus Oymanns; c'est la partie adverse qui souligne).

En outre, Votre Conseil a déjà été saisi d'une affaire relative à un marché public de services d'enlèvement de voitures et n'a pas requalifié le marché en concession (C.E., n° 51.107, du 11 janvier 1995, S.A. Hainaut).

5. Ensuite, il est permis de s'interroger sur l'intérêt qu'ont les parties requérantes de contester la qualification du contrat litigieux. En effet, elles prétendent qu'il “ne peut être contesté que le contrat est une concession de services et non un marché public”.

Si cela lui semble incontestable, pourquoi ne pas avoir l'avoir signalé avant?

Elles soutiennent que le contrat ne serait pas correctement qualifié et que cela aurait une incidence sur la procédure qui se trouverait viciée ab initio (2^e moyen, p. 28 de la requête).

Il faut pourtant constater que les parties requérantes ont pu remettre une offre et qu'elles ne semblent pas avoir éprouvé de difficulté à le faire.

À cet égard, il importe de rappeler que le cahier spécial des charges prévoit :

“ Par l'introduction d'une offre, les soumissionnaires acceptent sans condition le contenu du cahier des charges et des autres documents relatifs au marché, ainsi que le respect de la procédure de passation telle que décrite dans le cahier spécial des charges et acceptent d'être liés par ces dispositions” (p. 6).

Ainsi, le grief relatif à la qualification du contrat semble être un prétexte pour attaquer l'attribution du marché. Si l'offre des parties requérantes avait été retenue et qu'elles s'étaient vues attribuer le marché litigieux, elles n'auraient eu aucune difficulté à accepter de conclure le contrat sous la forme d'un marché public et à exécuter celui-ci...

À cela s'ajoute que les parties requérantes n'ont pas intérêt à leur critique parce que, même dans l'hypothèse d'une requalification du marché en concession l'offre de la partie intervenante resterait la moins-disante.

En toute hypothèse, dès lors que chacun des soumissionnaires a été en mesure de remettre offre, et n'a formulé aucune remarque en cours de procédure, c'est que la partie adverse n'a pas commis d'erreur en qualifiant le contrat litigieux de marché public.

Le but des parties requérantes semble être de retarder le plus possible de conclusion définitive du contrat litigieux. En effet, elles exécutent depuis 2013 les prestations d'enlèvement et d'entreposage de véhicules pour la Zone de police Midi. En attendant la conclusion du présent contrat, c'est elles qui continuent de prêter les services pour lesquels elles étaient désignées jusqu'à présent. Elles ne manquent d'ailleurs pas de le confirmer dans leur requête en suspension (p. 3).

Leur critique formulée aujourd'hui semble donc l'être pour les seuls besoins de la cause.

6. Pour le surplus, la requalification du contrat n'a aucune incidence sur la procédure d'attribution du contrat. En tout état de cause, la procédure est régulière, telle que le démontre à suffisance la partie adverse dans sa note d'observations.

7. À titre subsidiaire, s'il devait être considéré que le contrat litigieux est une concession de services, la valeur de cette concession est nécessairement inférieure à 5.350.000 euros HTVA, de sorte que la loi du 17 juin 2016 relative aux concessions et la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de concessions ne s'appliqueraient pas.

Le pouvoir adjudicateur a estimé le montant du contrat à 4.561.322, 30 euros HTVA sur la base de données objectives à propos desquelles elle s'explique dans sa note d'observations. Contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, rien ne permet d'affirmer que le montant estimé du marché serait égal ou supérieur au seuil de 5.350.000 euros HTVA.

Étant donné que le montant du contrat est inférieur à 5.350.000 euros, la loi du 17 juin 2016 sur les contrats de concession n'est pas applicable tel que le prévoit son article 3, § 1^{er} ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La partie adverse considère que l'opération litigieuse est un « marché public de services ». Le marché public est défini par l'article 2, 17°, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' comme étant le « contrat à titre onéreux conclu entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services » et il ressort, par ailleurs, de l'article 2, 21°, de cette même loi que le marché public de services est celui qui a pour objet la prestation de services autres que ceux dont l'objet les fait relever de la catégorie des marchés de travaux, au sens de l'article 2, 18°, de cette loi.

Les requérantes soutiennent, quant à elles, que cette opération doit s'analyser en une « concession de services », laquelle est définie par l'article 2, 7°, b), alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' comme étant

« un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs adjudicateurs confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix ». Cette définition est assortie, à l'article 2, 7°, b), alinéa 2, de la précision suivante, particulièrement mise en évidence dans le cadre de la présente procédure en référé :

« L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ».

Cette notion de « concession de services » est directement inspirée de celle que retient la directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession, à la transposition de laquelle pourvoit précisément la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession'.

En son article 5, 1), la directive 2014/23/UE définit comme suit la concession de services :

« 1) 'concessions', des concessions de travaux ou de services au sens des points a) et b):
a) 'concession de travaux', [...];
b) 'concession de services', un contrat conclu par écrit et à titre onéreux par lequel un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices confient la prestation et la gestion de services autres que l'exécution de travaux visée au point a) à un ou à plusieurs opérateurs économiques, la contrepartie consistant soit uniquement dans le droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat, soit dans ce droit accompagné d'un prix;
L'attribution d'une concession de travaux ou d'une concession de services implique le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation lié à l'exploitation de ces travaux ou services, comprenant le risque lié à la demande, le risque lié à l'offre ou les deux. Le concessionnaire est réputé assumer le risque d'exploitation lorsque, dans des conditions d'exploitation normales, il n'est pas certain d'amortir les investissements qu'il a effectués ou les coûts qu'il a supportés lors de l'exploitation des ouvrages ou services qui font l'objet de la concession. La part de risque transférée au concessionnaire implique une réelle exposition aux aléas du marché, telle que toute perte potentielle estimée qui serait supportée par le concessionnaire ne doit pas être purement nominale ou négligeable ».

Cette définition doit être lue en combinaison avec l'article 2 de la directive, ainsi qu'avec certaines des considérations figurant au préambule de celle-ci.

L'article 2 de cette directive, qui consacre le « Principe de libre administration par les pouvoirs publics », est libellé dans les termes suivants :

- « 1. La présente directive reconnaît le principe de libre administration par les autorités nationales, régionales et locales, conformément au droit national et de l'Union. Ces autorités sont libres de décider du mode de gestion qu'elles jugent le plus approprié pour l'exécution de travaux ou la prestation de services, pour assurer notamment un niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité, l'égalité de traitement et la promotion de l'accès universel et des droits des usagers en matière de services publics. Les autorités peuvent choisir d'exécuter leurs missions d'intérêt public en utilisant leurs propres ressources ou en coopération avec d'autres autorités, ou de déléguer ces missions à des opérateurs économiques.
- 2. La présente directive n'affecte pas les régimes de la propriété des États membres. En particulier, elle n'impose pas la privatisation d'entreprises publiques qui fournissent des services au public ».

Les considérants 1, 5 et 18 de la directive 2014/23/UE se présentent comme suit :

- « (1) L'absence, au niveau de l'Union, de règles claires régissant l'attribution de contrats de concession crée une insécurité juridique et des entraves à la libre prestation des services et provoque des distorsions dans le fonctionnement du marché intérieur. De ce fait, des opérateurs économiques, et notamment de petites et moyennes entreprises (PME), sont privés de leurs droits au sein du marché intérieur et voient leur échapper d'importantes opportunités commerciales, tandis que les pouvoirs publics ne peuvent déterminer les solutions optimales pour utiliser les deniers publics de manière à offrir aux citoyens de l'Union des services de qualité aux meilleurs prix. L'existence d'un cadre juridique approprié, équilibré et flexible pour l'attribution de concessions assurerait un accès effectif et non discriminatoire au marché pour tous les opérateurs économiques de l'Union, ainsi qu'une sécurité juridique, favorisant ainsi les investissements publics dans les infrastructures et les services stratégiques pour le citoyen. Un tel cadre juridique permettrait aussi d'offrir une plus grande sécurité juridique aux opérateurs économiques et pourrait servir de base et d'instrument pour ouvrir davantage les marchés internationaux en matière de commande publique et pour renforcer les échanges commerciaux internationaux. Il convient d'accorder une importance particulière à l'amélioration des possibilités d'accès des PME aux marchés des concessions de l'Union » ;
- « (5) La présente directive reconnaît et réaffirme le droit des États membres et des pouvoirs publics de décider du mode de gestion qu'ils jugent le plus approprié pour exécuter des travaux et fournir des services. En particulier, la présente directive ne devrait en aucune manière nuire à la liberté des États membres et des pouvoirs publics de réaliser directement des travaux ou de fournir directement des services au public ou d'externaliser ces prestations en les déléguant à des tiers. Les États membres ou les pouvoirs publics devraient garder la liberté de définir et de préciser les caractéristiques des services à fournir, et notamment les conditions relatives à leur qualité ou à leur prix, conformément au droit de l'Union, afin de pouvoir poursuivre leurs objectifs de politique publique » ;
- « (18) Les difficultés liées à l'interprétation des concepts de concession et de marché public ont entraîné une insécurité juridique constante pour les parties prenantes et ont donné lieu à de nombreux arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Il convient par conséquent de clarifier la définition de la concession, notamment par référence au concept de risque d'exploitation. La principale caractéristique d'une concession, le droit d'exploitation de travaux ou de services,

implique toujours le transfert au concessionnaire d'un risque d'exploitation de nature économique, avec la possibilité qu'il ne permette pas d'amortir les investissements effectués et les coûts supportés lors de l'exploitation des travaux ou services attribués dans des conditions d'exploitation normales, même si une partie du risque continue d'être supportée par le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice. L'application de règles spécifiques régissant l'attribution de concessions ne serait pas justifiée si le pouvoir adjudicateur ou l'entité adjudicatrice évitait à l'opérateur économique tout risque de pertes, en lui garantissant un revenu minimal supérieur ou égal aux investissements effectués et aux coûts qu'il doit supporter dans le cadre de l'exécution du contrat. Parallèlement, il convient de préciser que certains dispositifs exclusivement rémunérés par un pouvoir adjudicateur ou une entité adjudicatrice devraient avoir le statut de concessions, lorsque le recouvrement des investissements et des coûts supportés par l'opérateur pour l'exécution des travaux ou la fourniture des services dépend de la demande réelle ou de la fourniture du service ou de l'actif ».

Au vu de la définition de la « concession de services » donnée par l'article 5, 1), a), de la directive 2014/23/UE et soumise à l'éclairage qu'en donne le considérant 18 de cette directive, l'importance qu'accordent les requérantes à l'existence d'un transfert de risque, comme critère de distinction entre le marché public de services et la concession de services, ne peut faire perdre de vue ce qui suit : le transfert de risque susceptible d'être pris en considération pour distinguer le marché public de services de la concession de services est celui qu'« implique » le droit d'exploitation du service concédé, droit que le considérant 18 précité identifie précisément comme la principale caractéristique de la concession, le transfert de risque n'étant présenté que comme une conséquence de cette caractéristique. Il s'ensuit que la qualification de concession de services, au sens des dispositions précitées, suppose, avant tout, de vérifier que l'opération susceptible d'être qualifiée comme telle a bien l'objet que ces dispositions assignent à la concession de services (à savoir, outre la prestation de services, leur gestion) et qu'elle donne lieu à une contrepartie s'identifiant au moins, et toujours selon ces dispositions, dans le droit d'exploitation du service.

Par ailleurs, et selon les conceptions sur lesquelles repose la définition donnée par la directive 2014/23/UE (conceptions dont rendent notamment compte l'article 2 de cette directive et le préambule de celle-ci, en ses points 1 et 5), la concession de services apparaît être un mode de gestion de services que l'autorité a vocation à offrir à un public d'utilisateurs pour répondre aux besoins de ceux-ci, mais qu'elle choisit d'« externaliser » en attribuant à un opérateur économique sa gestion, moyennant l'octroi d'un droit d'exploitation qui expose son bénéficiaire à des risques liés notamment à la demande des utilisateurs des services concernés.

À la suite des définitions des notions qui font débat en l'espèce et du rappel de certaines des considérations qui les ont inspirées et en commandent l'interprétation, deux observations doivent être formulées en l'espèce :

- d'une part, et selon ce que permettent de constater les pièces de la procédure (et, en particulier, le cahier des charges), l'objet du contrat litigieux consiste en prestations de services à effectuer au bénéfice et pour les besoins de la seule partie adverse, exclusivement à la requête et sur les ordres de ses services. Aucune prestation ne paraît, en revanche, être destinée à un public d'utilisateurs dont la demande serait susceptible d'exposer l'opérateur économique désigné à un risque d'exploitation. La circonstance que les propriétaires des véhicules soient tenus au paiement des frais de dépannage, n'autorise pas à les identifier comme les bénéficiaires d'un service presté à leur demande et en réponse à leurs besoins ;
- d'autre part, et plus généralement, les requérantes n'indiquent pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas en procédure d'extrême urgence – ce qui attesterait que sont en jeu, dans l'opération litigieuse, une « gestion de services » qui – du point de vue de leurs objets respectifs – permet de distinguer la concession de services du marché public de services, d'une part, et un « droit d'exploiter les services qui font l'objet du contrat » accordé en contrepartie à l'opérateur, d'autre part.

Il suit de ces deux observations que ne peut être identifié le risque d'exploitation transféré à l'opérateur économique, qui, conformément à la directive 2004/23/UE et à la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession', découle du droit d'exploitation dont doit nécessairement bénéficier cet opérateur pour que l'opération puisse être qualifiée de concession de services : un tel droit d'exploitation n'apparaît pas être en jeu et son octroi à l'opérateur choisi semble même contredit par l'absence de toute liberté dans l'organisation des services qu'il est chargé de prêter.

Dans ces circonstances, c'est vainement que les requérantes invoquent certains aléas (liés notamment au mode de rémunération des prestations ou à la responsabilité que la partie adverse fait supporter par l'opérateur choisi), puisque – même à supposer que de tels aléas puissent, dans le cadre d'autres opérations, participer du risque d'exploitation – l'opération litigieuse n'apparaît pas présenter les caractéristiques d'objet et de contrepartie desquelles, conformément à la notion légale de « concession de services », doit nécessairement découler le risque d'exploitation.

Au vu des développements qui précèdent, la qualification de « marché public de services » retenue par la partie adverse à propos du contrat dont la décision d'attribution constitue l'acte attaqué par le présent recours n'apparaît pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, devoir être remise en cause.

Il s'ensuit notamment que la présente demande de suspension est bien soumise à l'application 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'.

VI. Sixième moyen - Première branche

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un sixième moyen, « pris de la violation de l'article 66, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics', de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à l'attribution des marchés publics dans les secteurs classiques', des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe général de concurrence, du principe général de droit *Patere legem quam ipse fecisti*, les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs', des principes de bonne administration, tout particulièrement du principe de minutie ». Elles le formulent comme suit, pour ce qui concerne la première branche :

« Première branche : Les critères de sélection prévus par l'avis de concession et le cahier spécial des charges ne sont pas identiques et comportent des imprécisions

51. Les parties requérantes s'en réfèrent, à cet égard, à l'argumentation développée dans la première branche du troisième moyen.

Elles précisent, toutefois, que s'agissant des marchés publics, la disposition de référence est l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 "relatif à l'attribution des marchés publics dans les secteurs classiques" qui prévoit, en son alinéa 1^{er}, que "les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché" et en son alinéa 4, "Chaque critère doit être formulé de manière suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires".

Elles précisent également que leur argumentation serait identique si les critères de sélection devaient être qualifiés d'exigences minimales.

52. En conséquence, le sixième moyen, en sa première branche, est sérieux ».

La première branche du troisième moyen, à laquelle les requérantes déclarent se référer, est exposée dans les termes suivants :

« 29. En ce qui concerne la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire, les critères de sélection édictés par la partie adverse dans l'"avis de concession" et le cahier spécial des charges sont les suivants.

D'une part, le cahier spécial des charges exige sous le titre "droit d'accès et sélection qualitative" :

“ Le DUME, par lequel l'opérateur économique déclare qu'il satisfait aux critères de sélection suivants :

Une liste des principaux services prestés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé.

Pour pouvoir être sélectionné, le candidat devra fournir au minimum 3 attestations pour une valeur de services de minimum

Lot 1 : 1.000.000,00 € HTVA par an

Lot 2 : 8.000,00 € HTVA par an”.

Il y a lieu de relever que l'“avis de concession” exige, quant à lui, pour le lot n° 1, trois attestations pour un montant de “1.300.000,00 € HTVA” et non “1.000.000,00 € HTVA” comme dans le cahier spécial des charges. Pour le lot n° 2, le montant exigé est de “10.000,00 € HTVA” et non de “8.000,00 € HTVA”.

D'autre part, le cahier spécial des charges exige au sein de la “description des exigences techniques”, que chaque soumissionnaire démontre qu'il satisfait aux critères de sélection suivants :

“ Article II : Capacité du soumissionnaire

- Personnel :

La société de dépannage doit disposer d'un personnel composé de gens de métier liés par un contrat d'emploi à l'entreprise de dépannage et capables de procéder à l'enlèvement d'un véhicule sans y causer dégâts.

Elle doit disposer d'un personnel pouvant répondre aux particuliers dans leur langue pour autant que ce soit le français ou le néerlandais. Elle doit également pouvoir rédiger la facture dans la langue du client, soit le français, soit le néerlandais.

S'il est fait appel à des sous-traitants en concordance avec l'article I.7, ceux-ci répondront aux mêmes conditions.

- Équipement et outillage :

La société de dépannage doit disposer de l'équipement et de l'outillage permettant d'enlever ou de déplacer, suivant les règles de l'art, n'importe quel véhicule, à n'importe quel endroit de la zone et ce, 24h/24h.

- Dépanneuses :

La société de dépannage doit disposer d'un nombre suffisant de dépanneuses permettant d'effectuer minimum 10 dépannages simultanément.

- Nombre de dépannages :

La société de dépannage doit être capable de dépanner environ 7000 véhicules par an.

- Terrains(s) :

La société de dépannage doit disposer d'un (ou de) terrain(s) ayant une capacité suffisante pour stocker les véhicules dépannés.

Ce (ou ces) terrain(s) doit (doivent) être clos et situé(s) à proximité d'un moyen de transport en commun quelconque en agglomération Bruxelloise.

Pour ce (ou ces) terrain(s), la société de dépannage devra avoir obtenu toutes les autorisations prescrites par le règlement sur l'urbanisme ou par toute autre réglementation.

Le(s) terrain(s) d'entreposage devra(devront) se situer à moins de 20 km du commissariat central, rue Démosthène 36 à 1070 Bruxelles.

- Gestion informatique :

La société de dépannage doit disposer d'une bonne gestion informatique des véhicules dépannés et entreposés".

Ces critères de sélection ne sont pas repris dans l'"avis de concession".

Il en résulte que les critères de sélection ne sont pas définis de manière identiques dans l'"avis de concession" et le cahier spécial des charges.

Les critères de sélection s'avèrent, par ailleurs, imprécis.

Tel est, notamment, le cas du critère relatif aux terrains de stockage "ayant une capacité suffisante pour stocker les véhicules dépannés" ou de celle d'une "bonne gestion informatique des véhicules dépannés et entreposés".

Pourtant, conformément à l'article 46, § 2, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' et à l'article 37, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 'relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession', le pouvoir adjudicateur est tenu d'indiquer, "dans l'avis de concession", "les conditions de sélection et les documents justificatifs" que les soumissionnaires doivent fournir pour établir qu'ils répondent aux conditions de sélection. Les critères de sélection doivent, par ailleurs, être formulés de manière "suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires", conformément à l'article 37, § 2, de l'arrêté royal du 25 juin 2017 'relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession'.

De telles exigences d'indication et de précision des critères de sélection résultent également des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe général de concurrence et des principes de bonne administration, particulièrement le principe de minutie.

L'acte attaqué viole l'ensemble de ces règles et principes.

Il en irait de même si certains de ces critères de sélection devaient, par impossible, être qualifiés d'exigences minimales.

30. À l'exception de la violation des dispositions de l'arrêté royal du 25 juin 2017 "relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession", l'ensemble des violations alléguées concernent également l'hypothèse dans laquelle le montant estimé du contrat serait jugé par Votre Conseil comme étant inférieur au seuil européen de 5.350.000,00 € HTVA.
31. En conséquence, quel que soit le montant estimé du contrat, le troisième moyen, en sa première branche, est sérieux ».

B. Note d'observations

En réponse à la première branche du sixième moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

“ Article 1. Thèse des parties requérantes

[...].

Article 2. Intérêt au moyen

84. La Zone de police se permet de renvoyer à ses développements sur l'absence d'intérêt des parties requérantes au troisième moyen (cf. supra, pts. 58 à 59).

En effet, la publication d'un avis de marché contenant des inexactitudes ne les a en rien lésées puisqu'elles ont pu déposer une offre qui a été sélectionnée.

Ils n'ont, dès lors, pas intérêt au moyen.

Article 3. Réfutation

3. Le moyen n'est, en toute hypothèse, pas sérieux en ses deux branches.

La Zone de police s'en réfère à ce sujet à l'argumentation développée à propos des deux branches du troisième moyen, les constats posés étant transposables mutatis mutandis aux dispositions de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' et à l'arrêté royal du 18 avril 2017 "relatif à l'attribution des marchés publics dans les secteurs classiques" invoqués par les parties requérantes ».

Les développements de sa réponse au troisième moyen, auxquels elle se réfère et qui sont utiles à l'examen de la première branche du sixième moyen, se présentent comme suit :

« Article 1. Thèse des parties requérantes

[...]

Article 2. Absence d'intérêt au moyen

58. En ce qu'elles se prévalent des contradictions entre l'avis de marché et le cahier spécial des charges, les parties requérantes soulèvent une prétendue violation qui ne les a pas lésées.

Ces prétendues incohérences et imprécisions de l'avis de marché sont en effet levées par le cahier des charges qui lui est antérieur et qui constitue le seul document établi par l'autorité compétente, le Conseil de la Zone de police .

Les parties requérantes n'ont d'ailleurs pas été induites en erreur par les mentions de marché puisqu'elles ont remis une offre en répondant à l'ensemble des critères de sélection identifiés par le cahier spécial des charges et que celle-ci a été sélectionnée.

En conséquence, elles n'ont pas intérêt à dénoncer le fait que le cahier spécial des charges contiendrait des critères de sélection non mentionnés par l'avis de marché.

59. De même, la prétendue imprécision des critères de sélection ne leur a pas plus causé préjudice dans la mesure où s'il n'est pas établi que, avec des critères de sélections plus précis, l'offre de la société YES 2020 aurait été sélectionnée,

pareil constat s'impose également en ce qui concerne l'offre des parties requérantes.

En conséquence, les parties requérantes sont sans intérêt à se prévaloir d'une prétendue violation de l'article 46, §§ 1^{er} et 2 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux contrats de concession' et de l'article 37, §§ 1^{er} et 2 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 "relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession", des articles 10 et 11 de la Constitution et aux principes de bonne administration, tout particulièrement du principe de minutie.

Article 3. Irrecevabilité du moyen

60. [...]

Le moyen est également irrecevable en ce qu'il est pris de la violation du "principe de minutie". En effet, selon Votre Conseil "Le 'principe de minutie' n'est pas en soi une règle de droit positif, mais seulement une ligne de conduite à suivre en vue d'éviter de commettre des illégalités, qui, elles, sont la violation de règles de droit".

Article 4. Réfutation du moyen

Alinéa 1. Première branche

61. Il a été démontré que le seul document à prendre en considération n'est pas l'avis de marché mais le cahier spécial des charges.

Un tel constat résulte de l'article 80 de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics'.

Il procède également du fait que l'avis de marché constitue une mesure d'exécution du cahier des charges établi par l'autorité compétente et qu'il ne peut avoir pour effet d'en modifier le contenu ou la portée.

Comme le relève Votre Conseil :

“ Apparaissant comme une mesure d'exécution de ces décisions préalables, l'élaboration de l'avis de marché consiste en l'encodage, par l'agent désigné à cette fin et dans le formulaire imposé réglementairement, des informations relatives aux modalités d'organisation de la procédure d'attribution du marché, telles que les a préalablement arrêtées l'organe compétent du pouvoir adjudicateur. Cette opération ne peut conduire à modifier les règles ainsi définies par cet organe dans le cadre du cahier spécial des charges, ni, a fortiori, à déroger aux dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics.

La circonstance qu'une mention erronée de l'avis de marché diffère des décisions desquelles résulte l'élaboration de cet avis ne suffit pas à tenir pour établie la contradiction dénoncée par la requérante. Une telle contradiction supposerait, en effet, que la divergence constatée résulte de deux décisions prises par l'organe compétent du pouvoir adjudicateur. Or, tel ne semble, *prima facie*, pas être le cas en l'espèce.

Dès lors que la contradiction dénoncée fait défaut, les références à la prétendue primauté de l'avis de marché sur le cahier spécial des charges, censée résoudre cette contradiction, sont vaines”.

Un tel constat s'impose également en l'espèce.

62. En outre, les critères de sélection prévus dans le cahier des charges ne contreviennent pas à l'article 37, § 2 de l'arrêté royal du 25 juin 2017 "relatif à la passation et aux règles générales d'exécution des contrats de concession".

Celui-ci dispose que :

“ Chaque condition ou critère visé au paragraphe 1^{er} doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires”.

En l'espèce, les parties requérantes restent en défaut d'établir en quoi les critères de sélection retenus par la Zone de police dans le cahier des charges, notamment celui relatif aux terrains de stockage ou à la bonne gestion informatique, ne respecteraient pas une telle exigence.

Par ailleurs, ni les articles 10 et 11 de la Constitution, ni le principe général de concurrence, ni les principes de bonne administration, en particulier le principe de minutie, ne fixent le degré de précision que devrait atteindre un critère de sélection pour être tenu pour régulier.

En conséquence, ces dispositions et principes n'ont pas été violés et le moyen, en cette branche, n'est pas sérieux”.

C. Requête en intervention

L'intervenante se réfère à la note d'observations pour ce qui concerne la première branche du troisième moyen, à propos de laquelle les parties requérantes et adverse déclarent leurs thèses respectives transposables à la première branche du sixième moyen.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Les requérantes relèvent, sans être contestées sur ce point, que, telles que les définit le cahier des charges, les conditions de sélection sont mentionnées, d'une part, sous le titre « I.5 Droit d'accès et sélection qualitative » et, d'autre part, à l'« Article II : Capacité du soumissionnaire » du titre « III. Description des exigences techniques ».

Au titre d'un des griefs de la première branche du moyen, elles dénoncent l'imprécision de certaines des conditions ainsi fixées par l'article II précité, qui les conduit à invoquer notamment la méconnaissance de l'article 65, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 'relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques'. L'article 65 de cet arrêté royal est libellé comme suit :

« Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau

d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.

Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.

Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires ».

Les imprécisions plus précisément dénoncées au titre du moyen sont, selon celui-ci, celles qui portent sur la disposition des terrains de stockage et sur la gestion informatique. Elles se lisent comme suit :

« - Terrains(s) :

La société de dépannage doit disposer d'un (ou de) terrain(s) ayant une capacité suffisante pour stocker les véhicules dépannés.

Ce (ou ces) terrain(s) doit (doivent) être clos et situé(s) à proximité d'un moyen de transport en commun quelconque en agglomération Bruxelloise.

Pour ce (ou ces) terrain(s), la société de dépannage devra avoir obtenu toutes les autorisations prescrites par le règlement sur l'urbanisme ou par toute autre réglementation.

Le(s) terrain(s) d'entreposage devra(devront) se situer à moins de 20 km du commissariat central, rue Démosthène 36 à 1070 Bruxelles.

- Gestion informatique :

La société de dépannage doit disposer d'une bonne gestion informatique des véhicules dépannés et entreposés ».

Ainsi libellées, ces conditions de sélection qui visent, sans autre précision, une « capacité suffisante » des terrains de stockage des véhicules dépannés ou une « bonne gestion informatique » ne satisfont manifestement pas aux exigences fixées par l'article 65, alinéa 4, précité, dès lors qu'elles ne contiennent pas la moindre indication sur la manière dont la partie adverse entend évaluer la capacité des opérateurs économiques et, partant sélectionner ceux-ci, au regard des aspects auxquels se rapportent ces conditions.

La partie adverse ne fait valoir aucune objection à propos de ce constat, se bornant à contester l'intérêt des requérantes à ce grief, à dénoncer le caractère trop succinct de l'exposé de celui-ci et à soutenir que le degré de précision requis d'un critère de sélection n'est fixé ni par les articles 10 et 11 de la Constitution, ni par le principe général de concurrence, ni par les principes de bonne administration, dont le principe de minutie, tels que le moyen en invoque la violation.

S'agissant d'un défaut d'intérêt au grief, il ne peut être considéré, à la suite de la partie adverse, que l'imprécision des exigences de sélection n'a pas été préjudiciable aux requérantes. Il ne peut, en effet, être exclu, à ce stade, que

l'intervenante aurait pu ne pas remplir l'ensemble des critères de sélection qualitative, ce qui suffit à justifier l'intérêt des requérantes à leur grief.

Concernant le fait que les requérantes resteraient en défaut d'établir en quoi le cahier spécial des charges ne définirait pas de façon suffisamment précise les conditions de sélection, il s'impose d'admettre, à la lecture des deux conditions expressément visées par le grief, que l'exposé de celui-ci n'appelait pas de plus amples développements.

Enfin, la méconnaissance, constatée *prima facie*, de l'article 65, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité prive d'intérêt l'argument pris, par la partie adverse, de ce que les articles 10 et 11 de la Constitution, le principe général de concurrence et les principes de bonne administration ne fixeraient pas le degré de précision auquel doit satisfaire la définition des conditions de sélection. Cette méconnaissance de l'article 65, alinéa 4, précité rend également vain l'examen de l'exception, formulée au point 60 de la note d'observations, relative au statut du principe de minutie.

Il suit de ces développements que les exceptions et défenses opposées au moyen, en ce grief de la première branche, ne peuvent être accueillies et que celui-ci 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

Les requérantes demandent que soit maintenue la confidentialité de leur offre, identifiée comme étant la pièce 25 de leur dossier.

La partie adverse dépose à titre confidentiel ce que l'inventaire du dossier administratif désigne comme étant les pièces F.1 à F.5 de celui-ci.

L'intervenante sollicite également le maintien de confidentialité de son offre, identifiée comme étant la pièce A de son dossier.

Dès lors que ces demandes n'ont pas été contestées, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la s.a Yes 2020 est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de « la décision prise, le 10 juin 2020, par le Collège de police de la Zone de police Midi, d'attribuer à la s.a . Yes 2020 le contrat ayant pour objet “l'enlèvement et [l']entreposage de véhicules à la requête de la zone Midi (dépannages administratifs)” » est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 25 du dossier des parties requérantes, F.1 à F.5 du dossier administratif et A du dossier de la partie intervenante demeureront, à ce stade de la procédure, 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 des vacations, siégeant en référé, le 2 septembre 2020 par :

David De Roy,
Gregory Delannay,

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

Le Greffier en chef,

Le Président,

Gregory Delannay

David De Roy