

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

n° 249.324 du 22 décembre 2020

A. 232.289/VI-21.914

En cause : **la société à responsabilité limitée NORDGLASS
SPOLKA Z OGRANICZONA ODPOWIEDZIALNOSCIA**,
ayant élu domicile chez
M^e Gauthier ERVYN, avocat,
avenue Herrmann-Debroux 40
1160 Bruxelles,

contre :

la Société nationale des chemins de fer belges (SNCB),
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER, Robin MEYLEMANS et
Gauthier VLASSEN BROECK, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 23 novembre 2020, la SRL Nordglass Spolka Z Ograniczona Odpowiedzialnoscia demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la “décision d'attribution motivée”, adoptée par la partie adverse à une date inconnue, attribuant le marché public de fournitures “Châssis de baie complets pour matériel roulant M6 - révision 3” passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable suivant le “CAHIER DES CHARGES N° CS2/000145019 du 29.01.2020” à la SA Industrias Diaz ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 24 novembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 8 décembre 2020.

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

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

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Gauthier Eryvn, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Robin Meylemans, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth Willemart, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis contraire.

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

III. Exposé des faits utiles

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

« 6. Depuis de nombreuses années, la SNCB utilise un système de qualification afin d'acquérir des fournitures et pièces détachées pour son matériel roulant. Ce système de qualification existe depuis au moins 2001 [...] et a été renouvelé en 2019 [...].

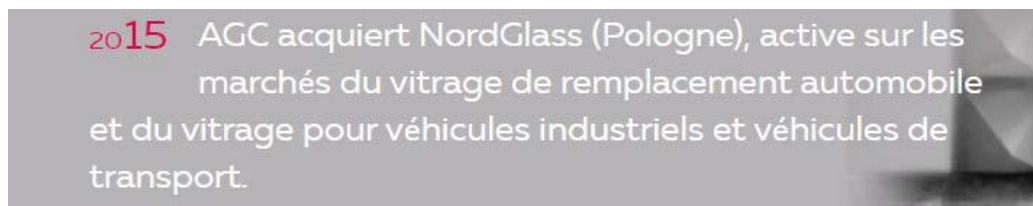
7. La SNCB publie annuellement un nouvel avis invitant tout opérateur à rejoindre ce système de qualification. En 2019, deux avis ont été publiés le 13 et le 15 mars 2019 au Bulletin des Adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne [...].

8. Ces avis renvoient à un code CPV principal (article II.2.1) et aux codes CPV additionnels applicables (article II.2, 2). Par ailleurs, la SNCB y reprend une liste exhaustive des livraisons visées par le système de qualification (article II.2.4). Parmi cette liste, qui comprend l'ensemble des fournitures afférentes aux locomotives et au matériel roulant, figurent les : “32 - Châssis de baie complets pour matériel roulant”.

9. La société AGC Glass Europe participe à ce système depuis 2001 (sous son ancien nom “Glaverbel”) dans la rubrique 34-1 “Vitrages pour matériel roulant” [...]. Cette qualification a été systématiquement renouvelée [...]. Il ressort de la pièce confidentielle 53 du dossier administratif qu'AGC a remporté pas moins de dix accords-cadre dans le cadre du système de qualification depuis 2012 et que la SNCB a passé auprès d'elle des commandes pour un montant de 1.691.249,20 €.

La société AGC Glass Europe (ci-après, “AGC”) et la société Nordglass sont deux sociétés liées. Sur son site web, AGC Glass Europe est présentée comme la

branche verrière européenne d'AGC (<https://www.agc-glass.eu/fr/propos>). La société Nordglass, qui a été reprise en 2015 par AGC, est quant à elle présentée comme une marque du groupe AGC (<https://www.nordglass.pl/en/>) spécialisée dans le vitrage automobile:



10. La société Nordglass n'a jamais introduit de demande de qualification pour rejoindre ce système. À la suite de la reprise par AGC de Nordglass, la SNCB a demandé, par un *email* du 14 décembre 2015, à AGC si Nordglass ne devait pas rejoindre le système de qualification. Par un *email* du 14 décembre 2015, AGC a répondu comme suit :

“Bonjour Jo,

NordGlass est principalement spécialisé dans la fabrication de vitres pour l'industrie automobile (R43).

Les fabrications ferroviaires ne sont que très ponctuelles et dans certains cas spécifique.

Il n'est donc pas à l'ordre du jour de fourniture possible à la SNCB sous production en Pologne.

Il va sans dire que dès lors que des changements auraient lieu, je ne manquerais pas de revenir vers la SNCB.

Bien à toi,
Angélique” [...] [...].

11. L'absence de volonté dans le chef du groupe AGC d'ajouter Nordglass au système de qualification a encore été confirmée en 2018 [...].

12. Les autres sociétés ayant été consultées dans le cadre du marché litigieux ont été qualifiées aux dates suivantes :

- Diaz : 2001 [...]
- Flachglass : 2004 [...]
- Meunier : 2010 [...].

13. Le 18 février 2020, la SNCB invite les opérateurs économiques qualifiés pour le code “32 - Châssis de baie complets pour matériel roulant”, parmi lesquels AGC Glass Europe, à faire offre dans le cadre du système de qualification, pour le marché “Châssis de baie complets pour matériel roulant M6 – révision 3” [...]. Le cahier spécial des charges est transmis avec l'invitation à faire offre [...].

14. À la suite des difficultés des différents opérateurs économiques participant à la procédure de réunir les informations nécessaires en raison de la crise liée au Covid-19, la SNCB a pris la décision de reporter la date et l'heure ultime de dépôt des offres. La SNCB a communiqué, par un *mail* du 26 mars 2020, une invitation à faire offre qui modifiait la date et l'heure de dépôt des offres [...].

15. Le 28 avril 2020, à 11h00, la SNCB a reçu les offres de plusieurs soumissionnaires. La société AGC Glass Europe n'a, en revanche, pas remis son offre avant la date et l'heure de dépôt des offres.

16. Le 20 mai 2020, la SNCB est informée de l'introduction d'un recours en suspension en extrême-urgence par la société AGC Glass Europe, relatif à la décision de la SNCB de rejeter, pour tardiveté, son offre déposée (ci-après "le premier recours"). Au terme de la procédure, Votre Conseil a conclu à la suspension de l'acte attaqué en raison de l'incompétence de l'auteur de l'acte apparue au cours des débats.

AGC Glass Europe a par ailleurs introduit un recours en annulation contre cette prétendue décision, en date du 25 juin 2020. Ce recours est actuellement pendant devant Votre Conseil.

17. Le 5 novembre 2020, la SNCB a communiqué la décision motivée d'attribution à AGC Glass Europe par *mail* [...]. Le 7 novembre 2020, la SNCB a envoyé la décision motivée d'attribution par courrier recommandé à AGC [...]. La décision indique que l'offre d'AGC Glass Europe n'est pas prise en compte, en raison de la tardiveté de celle-ci.

Par ailleurs, la décision indique que la SNCB a évalué les offres régulières et a conclu que l'offre du soumissionnaire Industrias Diaz SA était l'offre économiquement la plus avantageuse. En conséquence, la SNCB a décidé d'attribuer le marché au soumissionnaire Industrias Diaz SA [...].

Il s'agit de l'acte attaqué.

18. Le 22 novembre 2020, la SNCB est informée de l'introduction d'un recours en suspension en extrême-urgence par AGC Glass Europe. Ce recours est enrôlé auprès de Votre Conseil sous le numéro de rôle G/A 232.271/VI-21.913.

Le 24 novembre 2020, la SNCB est informée de l'introduction d'un recours en suspension en extrême-urgence par Nordglass. Ce recours est enrôlé auprès de Votre Conseil sous le numéro de rôle G/A 232.289/VI-21.914.

La présente note d'observations est déposée dans le cadre du recours enrôlé sous le numéro de rôle G/A 232.289/VI-21.914 ».

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande de suspension pour deux raisons relatives, l'une, à l'absence d'intérêt de la requérante à son recours et, l'autre, à la tardiveté de celui-ci.

Elle développe, à ce propos, l'argumentation suivante :

« A. INTÉRÊT AU RECOURS

1. RAPPEL DES PRINCIPES APPLICABLES

20. En vertu des articles 17, § 1^{er}, *juncto* 14, § 1^{er}, al. 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la violation d'une norme ne peut donner lieu à la suspension d'une décision administrative que si cette violation (i) est susceptible d'avoir exercé, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise, (ii) a privé les

intéressés d'une garantie ou (iii) a pour effet d'affecter la compétence de l'auteur de l'acte.

21. Dans le contexte plus particulier du droit des marchés publics, l'article 15 de Loi Recours énonce les conditions de recevabilité des demandes de suspension introduites dans le contentieux du droit des marchés publics :

“Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve d'un risque de préjudice grave difficilement réparable doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 [...]”.

Les conditions visées à l'article 14 de ladite loi auxquelles il est renvoyé sont les suivantes :

“À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, [...]”.

Pour qu'un recours en suspension soit recevable, il faut donc que deux conditions cumulatives soient remplies, à savoir que :

- la partie requérante ait ou ait eu un intérêt à obtenir le marché litigieux ; et que
- la partie requérante ait été (ou risque d'être) lésée par la ou les violations alléguées dans son recours.

22. Votre Conseil écrit au sujet de la première condition que la partie requérante qui n'a pas la qualité de candidat ou de soumissionnaire, ne dispose pas d'un intérêt au recours. Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire potentiel décide délibérément de ne pas introduire de candidature ou d'offre, la demande de suspension doit être déclarée irrecevable. Selon Votre Conseil, les opérateurs économiques doivent assumer les conséquences des choix stratégiques relevant de leur politique commerciale, lorsqu'ils décident de ne pas participer à une procédure donnée.

23. Votre Conseil écrit au sujet de la deuxième condition, relative à la lésion subie par la partie requérante, que : “le requérant doit établir la lésion ou le risque de lésion et établir une forme de causalité entre l'illégalité alléguée et cette lésion. En d'autres termes, il faut que la violation que le requérant allègue ait précisément eu pour effet que le marché ne lui a pas été attribué mais l'a été à un autre soumissionnaire”. En droit des marchés publics, la lésion d'un soumissionnaire non retenu ne peut se trouver que dans le fait que ce soumissionnaire ne se soit pas vu attribuer le marché, soit parce que son offre a été déclarée irrégulière, soit parce qu'il n'a pas été classé en première position.

24. On trouve dans la jurisprudence de Votre Conseil de nombreuses applications de la condition de recevabilité liée à l'existence d'une lésion. Jugé ainsi que :

- Un soumissionnaire n'a pas intérêt à invoquer la violation de la règle selon laquelle les spécifications techniques ne peuvent pas faire mention d'une fabrication ou d'une provenance déterminée, lorsque la violation de cette règle n'est pas en lien avec l'irrégularité de son offre. Ce soumissionnaire n'avait en effet pas été lésé par la violation alléguée dans son recours.

- Un requérant a un intérêt à critiquer le choix par l'adjudicateur de la procédure négociée avec publicité dès lors [que] la procédure ouverte lui aurait donné plus de garanties.
- Est irrecevable une demande visant à obtenir l'annulation d'une décision d'attribution au motif que le pouvoir adjudicateur n'avait pas appliqué un des critères de sélection annoncés dans l'avis de marché, lorsque le requérant a justement été sélectionné grâce à la non-application du critère de sélection concerné.

25. L'intérêt à soulever une violation ne dépend pas uniquement de l'existence d'une lésion, mais également de la diligence du requérant à faire connaître ses griefs en temps utile. Pour avoir un intérêt à soulever un moyen, le requérant ne doit pas avoir renoncé à se prévaloir de la violation alléguée dans ce moyen. Dans le récent arrêt n° 246.926 du 30 janvier 2020, Votre Conseil a déclaré irrecevable un recours par lequel un soumissionnaire critiquait l'absence de mise en concurrence d'un marché pour la location de câbles de fibre. Votre Conseil a en effet constaté que le requérant avait remis une offre pour ce marché sans critiquer le mode de passation choisi :

“En soulevant pour la première fois les critiques susmentionnées concernant l'applicabilité des règles de passation des marchés publics dans une procédure d'extrême urgence devant le Conseil d'État, qui, semble-t-il, vise à emporter le contrat, le requérant ne fait pas preuve de la diligence et de la rigueur nécessaires ou de la citoyenneté appropriée que l'on peut attendre d'une partie lorsqu'elle participe à des négociations qu'elle considère elle-même comme une procédure administrative. De cette manière, elle se prive du droit d'invoquer l'irrégularité de l'ensemble du processus d'attribution, ce qu'elle semble faire par son moyen unique”.

Un raisonnement similaire a été suivi dans l'arrêt n° 247.782 du 10 août 2011, NV Tempo-Team.

2. APPLICATION

26. Appliqués au cas d'espèce, ces principes relatifs à l'intérêt au recours mènent au constat que Nordglass n'a pas intérêt au recours, car elle ne démontre pas qu'elle a ou qu'elle a eu un intérêt à obtenir le marché litigieux, mais aussi car elle n'a pas été lésée par la violation des règles qu'elle soutient au titre de son seul et unique moyen.

27. Nordglass n'a pas été trompée par la mention que l'avis de système de qualification est “sans mise en concurrence”. Dans son moyen unique, Nordglass critique en essence le fait que l'avis publié le 15 mars 2019 au Journal officiel de l'Union européenne était un avis de système de qualification “sans mise en concurrence”. Nordglass pense pouvoir démontrer son intérêt au recours en invoquant l'argument selon lequel “si un appel à concurrence avait été réalisé légalement par la partie adverse, la requérante aurait eu la possibilité de participer au marché et de faire offre” [...].

Nordglass est une société de droit polonais. Elle a donc accès au Journal Officiel de l'Union Européenne, qui assure la publicité des marchés soumis à publicité européenne. Lorsqu'un avis est publié, Nordglass peut donc en prendre connaissance et évaluer les suites qu'elle veut y réserver. Il n'en va pas autrement pour des avis relatifs au système de qualification publiés chaque année par la SNCB depuis au moins 2013 au Journal Officiel de l'Union Européenne.

L'exposé des faits réalisé par Nordglass suppose que, chaque année depuis 2001 (soit depuis 19 ans), Nordglass voit apparaître des avis relatifs à un système de qualification. En dépit du fait que ce système de qualification l'intéresse et

qu'elle voudrait participer aux marchés qui y sont décrits, Nordglass n'estime pas nécessaire d'introduire une demande de qualification. Elle suppose en effet que si la SNCB devait lancer un marché pour un des services ou fournitures visés dans le système de qualification, la SNCB devrait publier un avis de marché et qu'elle aurait alors l'occasion d'y participer. Elle base cette conviction sur le fait que les avis de système de qualification mentionnent qu'ils sont passés "sans mise en concurrence". Le fait que, depuis 2001, Nordglass ne voit apparaître aucun avis de de marché n'éveille pas son attention... Elle en déduit que depuis 2001, la SNCB n'a passé aucun marché pour du matériel roulant.

28. Outre complètement invraisemblable, cet exposé des faits de Nordglass est en totale contradiction avec les échanges de *mail* entre la SNCB et AGC qui démontrent (1) que Nordglass, qui fait partie du groupe AGC, connaît le système de qualification et sait que des marchés sont passés dans le cadre de ce système de qualification sans publication de nouvel avis de marché puisqu'il en remporte régulièrement; (2) et que le groupe AGC a décidé que sa filiale, Nordglass, ne devait pas participer directement au système de qualification car elle est spécialisée dans les vitrages automobiles, mais qu'elle participerait que ponctuellement en tant que sous-traitant d'AGC (ex : la livraison des châssis de baie complets pour matériel roulant M7) [...].

Nordglass sait donc nécessairement que c'était sur la base des avis annuels portant sur l'existence du système de qualification que la publicité du système de qualification est assurée et qu'elle pouvait, si elle le souhaitait, participer audit système en introduisant une demande de qualification. Elle sait également que les marchés spécifiques ne font pas l'objet de nouveaux avis de marché.

La thèse développée par Nordglass au titre de son moyen unique, qui revient en substance à soutenir qu'elle avait connaissance des avis portant sur l'existence du système de qualification et que les marchés décrits dans ce système l'intéressaient, mais qu'elle attendait patiemment la publication d'avis de marché ne résiste pas à un examen concret de l'espèce.

29. Nordglass n'a pas fait preuve de toutes les diligences. Ensuite, même à supposer que l'avis de système de qualification devait, comme le soutient Nordglass, préciser que cet avis est lancé "avec mise en concurrence", il reste que d'autres informations dans cet avis laissaient clairement percevoir que des marchés spécifiques seraient lancés dans le cadre de ce système de qualification.

En effet, les avis publiés par la SNCB indiquent que les demandes de qualification et les offres doivent être envoyées à une personne de contact. Si, comme le prétend Nordglass au titre de son moyen unique, ces avis ne permettraient pas à la SNCB de demander des offres pour des marchés spécifiques, rien ne permet de comprendre pourquoi les avis reprennent une telle indication.

30. Si Nordglass s'était donné la peine de lire cet avis de système de qualification, elle aurait remarqué que l'avis indiquait que des informations complémentaires pouvaient être obtenues auprès de cette même personne de contact. Si Nordglass était intéressée par l'objet du marché et qu'elle ne comprenait pas l'avis, elle devait, en tant qu'opérateur économique prudent et diligent, poser des questions à cette personne de contact.

31. Conclusion. S'assurer que Nordglass dispose véritablement d'un intérêt au recours est particulièrement important eu égard aux faits de l'espèce. L'on ne peut en effet s'empêcher de soupçonner que Nordglass n'a jamais été intéressée par le système de qualification de la SNCB [...] mais qu'elle prétend l'être afin de soulever une critique que sa société sœur, AGC, ne peut valablement faire valoir par défaut d'intérêt.

L'exigence de disposer d'un intérêt au recours n'est pas une simple formalité procédurale que l'on peut contourner à sa guise. L'intérêt au recours forme un rempart à l'instrumentalisation de la justice. L'on ne pourrait présumer *in abstracto* l'existence d'un intérêt quand il est contredit par le comportement de la requérante. Cela est d'autant plus le cas quand un risque de contournement existe.

Or, en l'espèce, à la lumière de ce qui précède, il s'impose de constater que Nordglass a délibérément choisi de ne pas procéder aux démarches nécessaires pour participer au système de qualification et qu'elle a préféré agir de manière ponctuelle en tant que sous-traitant d'AGC, e.g. la livraison des châssis de baie complets pour matériel roulant M7 (marché passé en dehors du système de qualification).

Tout comme un soumissionnaire qui a fait le choix de ne pas remettre une offre n'a pas intérêt à attaquer la décision d'attribution du marché, Nordglass n'a pas intérêt à attaquer une décision prise dans le cadre d'un système de qualification auquel elle a décidé de ne pas participer. Elle savait ou devait savoir qu'un système de qualification est un système fermé et qu'elle n'aurait pas la possibilité de remettre offre pour les marchés lancés dans le cadre de ce système de qualification si elle ne demandait pas, au préalable, à être qualifiée.

Pour les mêmes raisons, Nordglass n'a pas non plus été lésée par la violation alléguée.

32. Il ressort de ce qui précède que Nordglass n'a pas intérêt au recours.

B. TARDIVITÉ DU RECOURS

1. RAPPEL DES PRINCIPES APPLICABLES

33. Conformément à l'article 23, §§ 1 et 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, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions (ci-après "Loi Recours"), une demande de suspension doit être introduite dans un délai de quinze jours, à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

34. Lorsque c'est la prise de connaissance de l'acte qui fait courir le délai de recours, parce que l'acte administratif ne doit être ni publié ni notifié aux tiers, le délai de recours commence à courir à partir du moment où le tiers-requérante peut en acquérir une connaissance suffisante. Toutefois, Votre Conseil considère que les tiers qui peuvent raisonnablement supposer l'existence d'un acte, doivent rechercher activement à s'informer du contenu de cet acte :

“Lorsqu'un acte administratif ne doit être ni publié ni notifié aux tiers, le délai de recours en annulation commence à courir à partir du moment où ceux-ci peuvent, en étant normalement prudents et diligents, acquérir de cet acte une connaissance suffisante. Un requérant ne peut toutefois reporter arbitrairement le point de départ du délai prévu pour l'introduction du recours et différer passivement la prise de connaissance de l'acte quand les circonstances de l'espèce doivent le rendre attentif à ce qu'un acte existe vraisemblablement. Le requérant qui a connaissance d'un acte ou peut raisonnablement en supposer l'existence est donc tenu de rechercher activement, dans un délai raisonnable, à s'informer de son contenu” [...].

La prise de connaissance d'un acte ne peut donc être indéfiniment reportée, l'intéressé devant faire diligence pour recueillir les renseignements relatifs à l'existence et au contenu de la décision. La sécurité juridique requiert des tiers intéressés qu'ils se montrent curieux de la situation des personnes avec lesquelles ils sont en compétition lorsqu'ils sont à même de les identifier.

35. La connaissance suffisante d'un acte faisant courir le délai de recours ne nécessite pas que l'intéressé ait une connaissance du texte intégral de l'acte ou des vices de l'actes. Il suffit que l'intéressé ait connaissance du contenu et de la portée de l'acte.

2. APPLICATION

36. Quant à l'écoulement du délai de recours. Nordglass soutient au point 5 de sa requête que le délai de recours n'aurait pas encore commencé à courir, car elle n'aurait pas connaissance, ou à tout le moins pas une connaissance suffisante, ni de l'existence certaine, ni de la date précise, ni des motifs, ni du dispositif des décisions de lancer la procédure de marché, d'adopter le cahier spécial des charges, et d'attribuer le marché litigieux.

Cette argumentation ne peut être suivie. Conformément aux principes évoqués ci-avant, il n'est pas requis que Nordglass ait acquis une connaissance intégrale du dossier administratif. Il suffit que Nordglass ait une connaissance suffisante de l'acte, ce qui correspond à une connaissance du contenu et de la portée de l'acte.

Or, à la lecture de la pièce 3 du dossier de pièces de Nordglass, il apparaît que Nordglass a connaissance de la décision d'attribution du marché litigieux. Le contenu et la portée de cette décision ne sont pas sujets à interprétation, puisqu'il ressort clairement du texte de la décision que la SNCB, se fondant sur le système de qualification qu'elle a mis en place, a décidé d'attribuer le marché litigieux à la SA Industrias Díaz.

Nordglass a d'ailleurs bien compris le contenu et la portée de la décision d'attribution du marché, puisqu'elle a été en mesure de critiquer le système de qualification dans le cadre duquel le marché a été attribué, tel que le démontre l'examen du moyen unique soulevé dans sa requête.

Enfin, si Nordglass considérait qu'elle ne disposait pas d'une connaissance suffisante de l'acte, il lui appartenait, conformément à la jurisprudence de Votre Conseil, de faire diligence pour recueillir les renseignements relatifs à l'existence et au contenu de la décision. Nordglass n'a effectué aucune démarche pour obtenir de tels renseignements auprès de la SNCB.

Les circonstances de l'espèce sont donc différentes de celles ayant donné lieu à l'arrêt n° 234.014 cité par Nordglass. En effet, si dans cet arrêt, Votre Conseil avait constaté que la partie requérante avait fait preuve de toute la diligence requise pour obtenir une connaissance effective de l'acte, il n'en est rien dans le cas de Nordglass, celle-ci n'ayant jamais cherché à s'informer auprès de la SNCB.

37. Quant au point de départ du délai de recours. La SNCB n'est pas en mesure d'analyser la véracité de l'affirmation de Nordglass selon laquelle elle aurait pris connaissance de l'acte attaqué le 12 novembre 2020. Il est à tout le moins surprenant que Nordglass se limite à poser cette affirmation sans l'étayer, alors que cet élément est d'importance capitale pour déterminer la recevabilité de la requête.

38. À supposer que c'est grâce aux liens existant entre Nordglass et la société AGC Glass Europe que Nordglass a pris connaissance de l'acte attaqué, l'on peut raisonnablement présumer qu'AGC a communiqué la décision attaquée à Nordglass immédiatement après l'avoir reçue (5 novembre 2020). Il est en effet peu probable qu'AGC ait attendu 7 jours pour communiquer l'acte attaqué à sa société-sœur.

Il est également surprenant qu'AGC, qui fait partie du système de qualification depuis 2001, n'ait jamais averti sa société sœur du fait que la SNCB passait des marchés dans le cadre de ce système de qualification sans publier d'avis de marché spécifique. Cela est d'autant plus surprenant que la SNCB a suggéré que Nordglass se qualifie.

Compte tenu de ces éléments qui indiquent que Nordglass avait vraisemblablement connaissance de l'acte attaqué avant le 9 novembre, il appartient à cette dernière d'apporter une preuve étayant le moment de la prise de connaissance, comme par exemple, l'*email* par lequel AGC (toujours en supposant que c'est grâce à AGC qu'elle a pris connaissance de l'acte) a communiqué la décision attaquée, ce qui permettrait à Votre Conseil de vérifier et non simplement de présumer la recevabilité temporelle du recours.

39. En l'absence de preuve relative au moment de connaissance de l'acte attaqué, la requête doit être déclarée irrecevable ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à l'absence d'intérêt de la requérante

La partie adverse dénie l'intérêt de la requérante à son recours, faisant valoir en substance qu'elle n'a pu être lésée par la violation alléguée au titre de son moyen unique, n'ayant pu être trompée par les mentions de l'avis du système de qualification et n'ayant pas fait preuve de toutes les diligences requises.

Cette exception doit être examinée sous l'angle de la recevabilité du présent recours, dont les conditions sont fixées par les articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions :

- « Art. 14. À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
 - 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession »;
- « Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'État, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;

2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'État, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément ».

En l'espèce, et au vu de l'activité de fabrication de vitrages ferroviaires - non contestée en tant que telle, en dépit de l'accent mis par la partie adverse sur l'activité de la requérante dans le domaine du vitrage automobile - qu'exerce la requérante, son intérêt à obtenir le marché litigieux ne peut être dépourvu de toute vraisemblance, sauf à être remis en cause au regard d'un des arguments exposés, à cet égard, par la partie adverse. Ces arguments appellent les observations suivantes :

- La circonstance que la requérante soit la filiale d'une société qui a fait offre dans le cadre du présent marché ne suffit pas, en soi, à exclure son intérêt à obtenir celui-ci.
- S'il a déjà pu être considéré que le choix d'un opérateur économique de ne pas participer à une procédure déterminée contredit son intérêt à obtenir le marché concerné par celle-ci, il ne peut, en l'espèce actuellement examinée, être tiré argument de ce cas de figure pour dénier l'intérêt de la requérante à obtenir le marché litigieux ou, selon les termes de la note d'observations, son intérêt « à attaquer une décision prise dans le cadre d'un système de qualification auquel elle a décidé de ne pas participer ». Il doit, avant tout, être relevé que le présent recours tend à dénoncer une illégalité non dans la publication des avis de système de qualification auxquels la requérante n'a pas donné suite, mais bien dans une procédure subséquente de passation à laquelle elle soutient n'avoir pas eu la possibilité de participer. Ensuite, si la requérante s'est effectivement abstenue - ce qu'elle ne conteste d'ailleurs pas - de participer au système de qualification de la partie adverse, tant à la suite de la publication des avis des 13 et 15 mars 2019 qu'au cours des années précédentes, il ne peut en être inféré qu'elle se désintéressait de marchés à passer ultérieurement, et dont elle ne pouvait pas prévoir - à défaut pour la partie adverse d'avoir

annoncé que l'avis de système de qualification tiendrait lieu d'appel à la concurrence pour les marchés spécifiques couverts par ce système de qualification - qu'ils ne feraient pas l'objet d'appels à la concurrence, pour chacun d'entre eux, ni - partant - qu'en s'abstenant de participer au système de qualification, elle risquait de se priver d'une chance de prendre part aux procédures ultérieures de passation de ces marchés spécifiques. Par ailleurs, l'abstention de participer à la procédure d'attribution du marché litigieux ne peut, en toute hypothèse, être présumée relever d'un choix stratégique, dès lors que la requérante dénonce précisément une absence d'appel à la concurrence qui l'a privée d'y participer.

- Enfin, ne peut davantage être retenu l'argument selon lequel l'intérêt de la requérante à obtenir le marché litigieux serait, en quelque sorte, feint, pour lui permettre de soulever une critique que ne serait pas recevable à formuler un autre opérateur économique dans le cadre du recours introduit par celui-ci. Il n'appartient, en effet, pas au Conseil d'État - à l'occasion de l'examen de la présente demande de suspension, introduite selon la procédure d'extrême urgence - de se prononcer - ce que lui imposerait la prise en considération de l'argument de la partie adverse - sur l'intérêt d'un requérant à soulever une critique similaire dans le cadre d'un autre recours.

Au vu des considérations qui précèdent, la condition d'intérêt à obtenir le marché litigieux doit être considérée comme vérifiée dans le chef de la requérante.

S'agissant de l'exigence de lésion ou risque de lésion résultant de la violation alléguée, elle doit également être tenue pour vérifiée, la requérante dénonçant, au titre de son moyen unique, une méconnaissance des règles relatives à l'appel à la concurrence, qui l'a privée de la possibilité de participer au marché litigieux. Conformément à ce qui a déjà été relevé à propos de la condition d'intérêt à obtenir le marché litigieux, il ne peut être tiré argument ni des possibilités qu'aurait eues la requérante de participer au système de qualification de la partie adverse, ni d'un manque de diligence qui lui serait reproché, dès lors qu'en l'absence de mention que l'avis de système de qualification tiendrait lieu de mode d'appel à la concurrence pour les futurs marchés spécifiques couverts par ce système, la requérante ne pouvait raisonnablement prévoir qu'elle risquait de se priver de la possibilité de participer aux procédures d'attribution de ces marchés.

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

B. Quant à la tardiveté du recours

La requérante, qui a introduit sa requête le 23 novembre 2020, soutient avoir eu connaissance de la procédure de passation litigieuse le 12 novembre 2020.

Si, selon ce que soutient la partie adverse elle-même, un autre opérateur économique, qui a participé à cette procédure de passation, a reçu la décision attaquée le 5 novembre 2020, la date de prise de connaissance dont se prévaut la requérante ne peut être tenue pour dépourvue de toute vraisemblance. Sans doute, la requérante ne prouve-t-elle pas qu'elle n'avait pas eu connaissance, à une date antérieure, de l'existence de cette procédure de passation (ce qui constituerait la preuve d'un fait négatif). Force est toutefois de constater que la partie adverse fonde elle-même le postulat d'une telle connaissance antérieure sur une simple supputation, à savoir que la requérante aurait eu connaissance de l'acte attaqué grâce aux liens qui l'unissent au soumissionnaire précédemment évoqué et qu'il peut être présumé que celui-ci le lui a communiqué sans attendre sept jours.

Au vu de ces éléments, la demande introduite le 23 novembre 2020, soit dans le délai de quinze jours ayant pris cours à la date de prise de connaissance invoquée par la requérante, n'est pas considérée comme tardive. L'exception ne peut, en conséquence, être accueillie.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, « pris de la violation des articles 4, 117, 140, 148 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; des articles 15 et 19 de l'Arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux; des principes de concurrence, égalité, transparence et non-discrimination ».

Elle l'expose comme suit :

« 8. EN CE QUE, la décision attaquée est fondée sur une procédure de marché public qui n'a pas fait l'objet d'un avis d'appel à la concurrence,

Que l'avis publié les 13 et 15 mars 2019 respectivement au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne et intitulé : "Locomotives et matériel roulant de chemin de fer et de tramway et pièces détachées 2019/S 053-123249 Système de qualification – secteurs spéciaux

Fournitures”, n’est pas un avis d’appel à concurrence mais bien un avis de “système de qualification sans mise en concurrence” [...]

ALORS QUE la partie adverse ne pouvait pas procéder au lancement d’un marché public de fournitures européen sans publier un nouvel avis, incluant appel à la concurrence,

9. L’article 117 de la loi du 16 juin 2016 relative aux marchés publics précise, en ce qui concerne les secteurs spéciaux, ce qui suit :

“§ 1^{er} La passation des marchés publics se fait selon l'une des procédures suivantes, pour autant qu'un appel à la concurrence ait été publié : (...)

§ 2 L'appel à la concurrence visé au paragraphe 1^{er} peut être effectué par l'un des moyens suivants :

1° un avis périodique indicatif, conformément à l'article 139, lorsque le marché est passé par une procédure restreinte ou négociée avec mise en concurrence préalable;

2° un avis sur l'existence d'un système de qualification, conformément à l'article 140, lorsque le marché est passé selon une procédure restreinte ou négociée avec mise en concurrence préalable ou selon un dialogue compétitif ou un partenariat d'innovation;

3° un avis relatif à l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés conformément à l'article 141, lorsque le marché, dont le montant estimé est inférieur aux seuils de publicité européenne, est passé par une procédure restreinte ou négociée avec mise en concurrence préalable;

4° un avis de marché conformément à l'article 142”.

Si, un avis de système de qualification peut être utilisé pour les procédures négociées dans les secteurs spéciaux, l’article 140 de la loi du 17 juin 2016 impose toutefois que cet avis précise son but, à savoir qu’il est utilisé pour un “appel à la concurrence”.

Les articles 15,3° et 19 de l’Arrêté royal du 18 juin 2017 précisent d’ailleurs : “Lorsque l'entité adjudicatrice entend établir un système de qualification, ce système doit faire l'objet d'un avis visé à l'annexe 4 indiquant le but du système de qualification (...)”

Or, le modèle d’avis figurant en annexe 4 de l’AR du 18/06/2017 contient la mention suivante :

“l’avis sur l’existence d’un système de qualification doit comprendre : (...) ‘7. Mention du fait que l’avis sert de moyen d’appel à la concurrence’”.

Le modèle d’avis de Système de qualification, qui forme l’annexe 7 du Règlement d’exécution européen n° 2015/1986 du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d’avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d’exécution (UE) n° 842/2011, contient d’ailleurs expressément une case à cocher par l’entité adjudicatrice pour indiquer si l’avis sert d’appel à la concurrence.

Ce modèle précise d’ailleurs que si cette case est cochée, ‘Le(s) marché(s) sera/seront attribué(s) sans publication d’un autre appel à la Section I: Entité adjudicatrice concurrence’ :



Système de qualification – secteurs spéciaux

Directive 2014/25/UE

Le présent avis constitue un appel à la concurrence ☐

Les opérateurs intéressés doivent demander à l'entité adjudicatrice une qualification conforme au système de qualification. Le(s) marché(s) sera/seront attribué(s) sans publication d'un autre appel à la concurrence.

Section I: Entité adjudicatrice

I.1) Nom et adresses ¹ (identifier toutes les entités adjudicatrices responsables de la procédure)

Nom officiel:	Numéro national d'identification: ²
Adresse postale:	

10. Contrairement à ces exigences, l'avis publié les 13 et 15 mars 2020 par la partie adverse ne respectait pas ces exigences.

En effet, cet avis précise expressément qu'il est passé "sans mise en concurrence".

JO/S S53
15/03/2019
123249-2019-FR

Fournitures - Système de qualification sans mise en concurrence - Sans objet

1 / 4

Cet avis sur le site TED: <https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:123249-2019:TEXT:FR:HTML>

**Belgique-Bruxelles: Locomotives et matériel roulant de chemin de fer et de tramway et pièces détachées
2019/S 053-123249**

Système de qualification – secteurs spéciaux

Par conséquent, les éventuelles entreprises intéressées par la fourniture de vitrages à la SNCB ne pouvaient imaginer qu'un marché serait engagé par la SNCB suite à cet avis, sans nouvelle mise en concurrence.

Cet avis publié les 13 et 15 mars 2019 ne pouvait pas servir d'avis d'appel à la concurrence pour le marché public dans lequel la partie adverse a pris la décision litigieuse.

11. La décision d'attribution motivée [...] ne fait que renforcer ce constat : la décision de lancer la procédure négociée avec mise en concurrence préalable n'a été décidée par la SNCB que le 25 septembre 2019, soit plus de six mois après la publication de l'avis de système de qualification litigieux le 15 mars 2019.

En admettant même, qu'un tel avis pourrait servir d'appel à la concurrence, *quod non*, cet avis n'aurait pas pu avoir été publié avant la décision de la partie adverse de lancer ce marché.

12. Le moyen unique est sérieux ».

B. Note d'observations

En réponse au moyen, la partie adverse fait état des considérations suivantes :

« 41. En sus de son irrecevabilité pour absence d'intérêt (voir *supra*, titre III.A), ce moyen n'est pas sérieux.

42. Dans son moyen unique, Nordglass critique en essence le fait que l'avis publié le 15 mars 2019 au Journal officiel de l'Union européenne était un avis de système de qualification "sans mise en concurrence". Elle considère que cette mention est incorrecte et vicie l'ensemble de la procédure.

43. Relevons d'emblée que la critique de Nordglass ne porte logiquement que sur l'avis publié au Journal officiel de l'Union européenne et non pas sur l'avis publié au Bulletin des Adjudications : Nordglass étant une société polonaise, c'est au moyen des avis publiés au Journal officiel de l'Union européenne qu'elle est informée de l'existence de systèmes de qualification dans d'autres États membres.

(a) À TITRE PRINCIPAL : LA SNCB NE DEVAIT PAS PUBLIER DE NOUVEL AVIS DE MARCHÉ POUR LANCER LE MARCHÉ LITIGIEUX

44. Comme déjà exposé ci-dessus (voir *supra*, pt. 4), il ressort d'une lecture combinée des articles 117, 140 et 148, § 5, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, que la publication d'un avis sur l'existence d'un système de qualification constitue un appel à la concurrence et qu'aucun nouvel avis n'est requis pour les marchés spécifiques passés dans le cadre de ce système de qualification si une procédure restreinte ou négociée est appliquée :

- L'article 117, § 2, de la loi du 17 juin 2016 dispose que "L'appel à la concurrence visé au paragraphe 1^{er} peut être effectué par l'un des moyens suivants : [...] 2° un avis sur l'existence d'un système de qualification, conformément à l'article 140, lorsque le marché est passé selon une procédure restreinte ou négociée avec mise en concurrence préalable ou selon un dialogue compétitif ou un partenariat d'innovation; [...]".
- L'article 140, al. 2 de la loi du 17 juin 2016 dispose que : "Lorsque cet avis sert de moyen d'appel à la concurrence, son usage est limité aux procédures restreintes ou négociées avec mise en concurrence préalable, aux dialogues compétitifs et aux partenariats d'innovation".
- L'article 148, § 5, de la loi du 17 juin 2016 énonce quant à lui que : "Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés spécifiques de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification sont attribués selon des procédures restreintes ou négociées, dans laquelle les participants sont sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système".

45. Les avis sur l'existence d'un système de qualification que la SNCB publie annuellement depuis 2013 (au moins, [...]) valent donc appel à la concurrence et lui permettent de lancer, sans nouvel avis de marché, des procédures de passation pour les marchés relevant du système de qualification.

46. Ni les articles 117, 140 ou 148, § 5, de la loi du 17 juin 2016, ni les articles 15, 3° et 19 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 n'exigent pas que l'avis sur l'existence d'un système de qualification confirme que cet avis est publié "avec mise en concurrence".

Nordglass suppose purement et simplement que, par "le but du système de qualification" auquel il est fait référence à l'article 140 de la loi du 17 juin 2016, le législateur a voulu viser la question de savoir si l'avis sur l'existence d'un système de qualification sera suivi ou non d'une mise en concurrence. Cette

supputation n'est fondée sur aucun élément concret et peut être aisément démentie :

- D'une part, par "but du système de qualification", le législateur a vraisemblablement voulu viser l'objet des marchés de services ou de fournitures que l'adjudicateur entendait passer dans le cadre du système de qualification (en l'espèce, des pièces détachées pour des locomotives et du matériel roulant);
- D'autre part, si l'adjudicateur doit préciser dans l'avis quel est le but du système de qualification, c'est que plusieurs buts sont possibles. Or, à suivre Nordglass, si l'un de ces "buts" est la mise en concurrence des opérateurs qualifiés par le biais de la passation de marchés spécifiques, cela impliquerait qu'un système de qualification pourrait avoir un autre but. Or, là est la seule utilité d'un système de qualification. On ne voit quel autre but un système de qualification pourrait avoir que d'organiser des procédures de mise en concurrence. Nordglass ne semble pas être à même de répondre à cette question.

47. En invoquant la violation des articles 117, § 2, 140 et 148 de la loi du 17 juin 2016, et des articles 15,3° et 19 de l'arrêté royal du 18 juin 2017, en ce que les avis publiés par la SNCB ne mentionnent pas s'ils sont lancés "avec mise en concurrence", Nordglass ajoute une condition qui n'existe ni dans la loi, ni dans l'arrêté royal.

48. L'avis de système de qualification ne doit pas contenir d'informations relatives aux marchés subséquents qui seront passés dans le cadre de ce système de qualification. Dans sa requête, Nordglass invoque, en soutien de sa thèse que l'avis du 15 mars 2019 ne peut servir d'appel à la concurrence, la circonstance que la décision de lancer la procédure négociée avec mise en concurrence préalable portant sur "Châssis de baie complets pour matériel roulant M6 – révision 3" n'a été décidée par la SNCB que le 25 septembre 2019, soit plus de six mois après la publication de l'avis de système de qualification. Nordglass constate également que l'avis ne pouvait pas servir d'avis d'appel à la concurrence en ce qu'il ne contient aucuns critères d'attribution (la requête, p. 5).

Ces arguments procèdent d'une mauvaise compréhension de la notion de système de qualification. Nordglass semble partir du principe qu'une mise en concurrence organisée dans le cadre d'un système de qualification doit être directement liée à un avis périodique annonçant l'existence d'un système de qualification. Or, cela n'est pas exact : un avis annonçant l'existence d'un système de qualification a pour but d'inviter les opérateurs économiques intéressés à rejoindre un *pool* d'opérateurs, et non pas d'organiser une éventuelle mise en concurrence.

C'est uniquement dans une seconde phase, qu'une éventuelle mise en concurrence peut ensuite être organisée par l'adjudicateur au moyen de l'envoi d'une invitation à remettre offre qui contiendra les critères d'attribution. Cette deuxième étape ne doit pas être mise en lien avec un avis périodique particulier. De même, l'année durant laquelle un opérateur a rejoint le système de participation n'a aucune pertinence. Tant que sa qualification reste valable, cet opérateur sera consulté pour les marchés passés qui relèvent de la catégorie à laquelle cet opérateur appartient.

49. En conclusion, Nordglass ne démontre pas, - et certainement pas *prima facie*, compte tenu du degré d'évidence requis dans les recours de suspension selon la procédure d'extrême urgence - que la SNCB devait publier des avis de marché pour chacun de ses marchés spécifiques lancés dans le cadre du système de qualification.

(b)À TITRE SUBSIDIAIRE : NORDGLASS NE DÉMONTRE PAS QUE TOUTE DÉVIATION AUX MODÈLES D'AVIS VICIE LA PROCÉDURE

50. Nous avons vu *supra* (pt. 43), que ni les articles 117, 140 ou 148, § 5, de la loi du 17 juin 2016, ni articles 15,3° et 19 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 n'exigent pas que l'avis sur l'existence d'un système de qualification confirme que cet avis est publié "avec mise en concurrence".

Seuls les modèles belges et européens d'avis sur l'existence d'un système de qualification, que l'on trouve respectivement à l'annexe 4 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 et à l'annexe 7 du Règlement d'exécution européen n° 2015/1986 demandent aux adjudicateurs d'indiquer si oui ou non un avis de qualification sert d'appel à la concurrence (modèle belge) ou s'il constitue une "mise en concurrence" (modèle européen).

Or, il est établi qu'un pouvoir adjudicateur ne doit pas remplir l'ensemble des cases que l'on trouve dans les modèles d'avis en annexe aux arrêtés royaux Passation. D. D'HOOGHE écrit ainsi : "il peut déjà être communiqué que les conséquences en cas d'informations manquantes devront être étudiées à la lumière des circonstances concrètes de l'affaire. En tout cas, l'absence d'une information n'entraînera pas toujours l'irrégularité de la procédure, de sorte qu'en pratique une certaine marge existe de ne pas remplir certaines (sous)-rubriques" et "Il est en d'autres termes laissé au juge le soin de juger si une prescription est substantielle ou non et quelles sont les conséquences [d'une violation de la prescription]". La doctrine opère une distinction entre les prescriptions essentielles et les incomplétudes futiles. Ainsi, l'absence d'informations telles que l'estimation du montant du marché ne vicie pas l'ensemble de la procédure.

51. En l'espèce, Nordglass ne démontre pas que la mention qu'un avis sur l'existence d'un système de qualification constitue ou non une mise en concurrence, est une prescription essentielle.

La question pertinente est celle de savoir si cette information est de nature à influencer la participation ou l'absence de participation d'opérateurs économiques. Cette question appelle une question négative :

- D'une part, les avis publiés constituent des appels à la concurrence indépendamment de la mention "sans mise en concurrence" (voir ci-dessous, pt. 48).
- D'autre part, l'avis par lequel une entité adjudicatrice annonce la mise en place d'un système de qualification n'entraîne aucune mise en concurrence. Le sens de cette mention est flou et porte à confusion. Elle n'est pas de nature à favoriser une plus grande participation d'opérateurs (voir ci-dessous, pt. 49).

52. Les avis publiés constituent des appels à la concurrence indépendamment de la mention "sans mise en concurrence". En publiant un avis au Bulletin des Adjudications et un avis au Journal Officiel de l'Union européenne, la SNCB a invité tout opérateur intéressé à rejoindre son système de qualification. La SNCB a donc bel et bien fait appel à la concurrence.

Nordglass ne démontre pas que la mention "sans mise en concurrence" aurait trompé certains opérateurs économiques sur la nature des avis publiés. La mention "sans mise en concurrence" est tout à fait correcte (voir *supra*, pt. 43). D'ailleurs, pourquoi un adjudicateur établirait-il un système de qualification, si n'est pas pouvoir [*sic*] en faire usage dans le cadre de la passation de marchés subséquents ?

La maison-mère de Nordglass a d'ailleurs interprété correctement les avis publiés puisqu'elle a donné suite à l'invitation de la SNCB.

53. L'avis par lequel une entité adjudicatrice annonce la mise en place d'un système de qualification n'entraîne aucune mise en concurrence. Un système de qualification permet à une entité adjudicatrice de sélectionner de manière anticipative un certain nombre d'opérateurs économiques qu'elle pourra ensuite inviter à participer à des marchés ponctuels sans devoir publier un nouvel avis de marché.

54. La publication d'un avis sur l'existence d'un système de qualification constitue un appel à la concurrence puisqu'il s'adresse à l'ensemble des opérateurs du marché intéressés. Un tel avis n'implique en revanche pas de mise en concurrence. Lorsqu'elle publie un avis destiné à annoncer l'établissement d'un système de qualification, l'entité adjudicatrice n'annonce pas qu'elle mettra les opérateurs économiques en concurrence; elle les invite uniquement à demander à rejoindre le système de qualification. Tous les opérateurs qui répondent aux critères de qualification fixés ont droit à rejoindre le système de qualification. Il n'est donc [à] ce stade pas question de mettre en concurrence plusieurs propositions.

Ce n'est qu'au moment où le pouvoir adjudicateur invite les soumissionnaires qualifiés à remettre offre qu'il est question d'une mise en concurrence. La mise en concurrence concerne bel et bien la deuxième phase, à savoir l'invitation des candidats déjà qualifiés à participer à une procédure restreinte ou négociée.

C'est donc à bon droit que la SNCB a indiqué que cet avis n'entraînait aucune mise en concurrence. Les opérateurs économiques qui ont demandé à être repris dans le système de qualification n'ont en effet pas été mis en concurrence : ils ont tous été qualifiés

55. En conclusion, Nordglass ne démontre pas - et certainement pas *prima facie*, compte tenu du degré d'évidence requis dans les recours de suspension selon la procédure d'extrême urgence - que la mention qu'un avis sur l'existence d'un système de qualification constitue ou non une mise en concurrence, est une prescription essentielle dans les avis sur l'existence d'un système de qualification.

(c) CONCLUSION

56. Il ressort de ce qui précède qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'imposait à la SNCB de confirmer dans ses avis sur l'existence d'un système de qualification que ceux-ci étaient "avec mise en concurrence".

Une telle information est uniquement demandée dans les modèles d'avis sur l'existence d'un système de qualification, mais ne constitue certainement pas une information essentielle.

57. Le moyen unique n'est pas sérieux ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen unique reproche, en substance, à l'acte attaqué d'avoir été adopté au terme d'une procédure de passation du marché litigieux qui, au mépris des principes et dispositions qu'il vise, n'a pas fait l'objet d'un avis d'appel à la concurrence.

Les articles 4, 117, 140, 148 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après désignée « la loi ») sont libellés comme suit :

- « Art. 4. Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée.
Dans la mesure où les annexes 1, 2, 4 et 5 et les notes générales relatives à l'Union européenne de l'appendice I de l'Accord sur les Marchés Publics du 15 avril 1994 ainsi que d'autres conventions internationales liant l'Union européenne le prévoient, les adjudicateurs accordent aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques des signataires de ces conventions un traitement qui n'est pas moins favorable que celui accordé aux travaux, aux fournitures, aux services et aux opérateurs économiques de l'Union européenne »;
- « Art. 117. § 1^{er}. La passation des marchés publics se fait selon l'une des procédures suivantes, pour autant qu'un appel à la concurrence ait été publié :
- 1° la procédure ouverte;
 - 2° la procédure restreinte;
 - 3° la procédure négociée avec mise en concurrence préalable;
 - 4° le dialogue compétitif;
 - 5° le partenariat d'innovation, selon les conditions fixées à l'article 122;
 - 6° la procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable, selon les conditions fixées à l'article 123.
- Dans les cas et circonstances expressément visés à l'article 124, les marchés peuvent être passés par procédure négociée sans mise en concurrence préalable.
§ 2. L'appel à la concurrence visé au paragraphe 1^{er} peut être effectué par l'un des moyens suivants :
- 1° un avis périodique indicatif, conformément à l'article 139, lorsque le marché est passé par une procédure restreinte ou négociée avec mise en concurrence préalable;
 - 2° un avis sur l'existence d'un système de qualification, conformément à l'article 140, lorsque le marché est passé selon une procédure restreinte ou négociée avec mise en concurrence préalable ou selon un dialogue compétitif ou un partenariat d'innovation;
 - 3° un avis relatif à l'établissement d'une liste de candidats sélectionnés conformément à l'article 141, lorsque le marché, dont le montant estimé est inférieur aux seuils de publicité européenne, est passé par une procédure restreinte ou négociée avec mise en concurrence préalable;
 - 4° un avis de marché conformément à l'article 142.
- Dans le cas visé au point 1°, les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt à la suite de la publication de l'avis périodique indicatif sont ultérieurement invités à confirmer leur intérêt par écrit au moyen d'une invitation à confirmer l'intérêt, conformément à l'article 146, § 1^{er}, alinéa 2 »;
- « Art. 140. Lorsque l'entité adjudicatrice choisit d'établir un système de qualification conformément à l'article 148, le système doit faire l'objet d'un avis spécifique destiné à cet effet, indiquant le but du système de qualification, sa durée de validité et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.
Lorsque cet avis sert de moyen d'appel à la concurrence, son usage est limité aux procédures restreintes ou négociées avec mise en concurrence préalable, aux dialogues compétitifs et aux partenariats d'innovation.
Le Roi fixe les informations qui doivent figurer dans l'avis sur l'existence d'un système de qualification »;
- « Art. 148. § 1^{er}. Les entités adjudicatrices peuvent, si elles le souhaitent, établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économiques.
Les entités qui établissent ou gèrent un système de qualification veillent à ce que les opérateurs économiques puissent à tout moment demander à être qualifiés.

§ 2. Le système prévu au paragraphe 1^{er} peut comprendre plusieurs stades de qualification.

Les entités adjudicatrices établissent des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés, et des critères et règles objectifs de fonctionnement du système de qualification, portant sur des aspects tels que l'inscription au système, la mise à jour périodique des qualifications, le cas échéant, et la durée du système.

Lorsque ces critères et règles comportent des spécifications techniques, les articles 53 à 55 s'appliquent. Ces critères et ces règles peuvent au besoin être mis à jour.

§ 3. Les critères et les règles visés au paragraphe 2 sont fournis aux opérateurs économiques à leur demande. Ces critères et ces règles mis à jour sont communiqués aux opérateurs économiques intéressés.

Si l'entité adjudicatrice estime que le système de qualification de certaines entités ou organismes tiers répond à ses exigences, elle communique aux opérateurs économiques intéressés les noms de ces entités ou de ces organismes tiers.

§ 4. Un relevé des opérateurs économiques qualifiés est conservé; il peut être divisé en catégories par type de marchés pour la réalisation desquels la qualification est valable.

§ 5. Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés spécifiques de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification sont attribués selon des procédures restreintes ou négociées, dans laquelle les participants sont sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système.

§ 6. Si des frais sont facturés pour les demandes de qualification ou pour la mise à jour ou la conservation d'une qualification déjà obtenue en vertu du système, ils sont proportionnés aux coûts occasionnés ».

Les articles 15, 17, 18 et 19 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux (ci-après désigné « l'arrêté royal ») sont libellés comme suit :

- « Art. 15. Sans préjudice de l'article 124, § 1^{er}, de la loi, chaque marché soumis à la présente section est mis en concurrence au moyen :
 - 1° soit d'un avis périodique indicatif constituant une mise en concurrence, établi conformément à l'article 139, § 2, de la loi et à l'article 16 du présent arrêté;
 - 2° soit d'un avis de marché, établi conformément à l'article 142 de la loi et à l'article 17 du présent arrêté;
 - 3° soit d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, établi conformément aux articles 140 et 148 de la loi et à l'article 18 du présent arrêté »;
- « Art. 17. Lorsque l'avis de marché est utilisé comme moyen d'appel à la concurrence, il contient les informations prévues dans la partie pertinente de l'annexe 3»;
- « Art. 18. Dans le cadre d'une procédure restreinte, d'une procédure négociée avec mise en concurrence préalable, d'un dialogue compétitif ou d'un partenariat d'innovation, l'entité adjudicatrice peut utiliser un système de qualification comme moyen d'appel à la concurrence. Elle ne doit, dans ce cas, pas procéder à la publication de l'avis visé à l'article 17.
Le mode de passation est déterminé au plus tard lors de l'invitation des candidats qualifiés à introduire une offre »;

« Art. 19. Lorsque l'entité adjudicatrice entend établir un système de qualification, ce système doit faire l'objet d'un avis visé à l'annexe 4 indiquant le but du système de qualification et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent. L'entité adjudicatrice précise la durée de validité du système de qualification dans l'avis sur l'existence dudit système. Elle notifie à l'Office des publications de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications tout changement de cette durée en utilisant les formulaires types suivants:

1° lorsque la durée de validité est modifiée sans qu'il soit mis un terme au système, le formulaire utilisé pour les avis sur l'existence d'un système de qualification;

2° lorsqu'il est mis fin au système, l'avis d'attribution de marché visé à l'article 20.

L'entité adjudicatrice prend une décision quant à la qualification des demandeurs dans un délai de six mois. Si la décision de qualification exige plus de quatre mois à partir du dépôt de la demande, elle informe le demandeur, dans les deux mois suivant le dépôt, des raisons de l'allongement du délai et de la date à laquelle sa demande sera acceptée ou refusée ».

De l'ensemble de ces dispositions, il ressort que :

- Sauf dans les cas identifiés à l'article 124 de la loi, la passation d'un marché public, selon l'un des modes visés à l'article 117, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, requiert la publication préalable d'un appel à la concurrence, selon l'un des modes identifiés à l'article 117, § 2. Parmi ceux-ci, figure, l'« avis sur l'existence d'un système de qualification, conformément à l'article 140 », qui peut être utilisé lorsque le marché est passé selon une procédure restreinte ou négociée avec mise en concurrence préalable ou selon un dialogue compétitif ou un partenariat d'innovation.
- L'entité adjudicatrice qui choisit d'établir un système de qualification d'opérateurs économiques peut décider d'utiliser l'avis spécifique imposé aux fins de cet établissement comme moyen d'appel à la concurrence pour les marchés spécifiques couverts par ce système de qualification. Il se déduit de la combinaison des dispositions contenues aux alinéas 1^{er} et 2 de l'article 140 la loi, mais également de l'articulation entre celles contenues au paragraphe 5 de l'article 148, d'une part, et aux quatre premiers paragraphes de cet article, d'autre part, que l'utilisation de l'avis spécifique précité en tant que moyen d'appel à la concurrence est une faculté qu'il appartient à l'entité adjudicatrice d'exercer le cas échéant, de sorte que cet avis spécifique ne peut - du seul fait de sa publication aux fins de l'établissement du système de qualification - être automatiquement considéré comme valant moyen d'appel à la concurrence, sans qu'il ne soit établi que l'entité adjudicatrice lui a bien assigné cette fonction.
- L'utilisation d'un avis sur l'existence d'un système de qualification comme moyen d'appel à la concurrence a pour effets, d'une part, que les participants

aux marchés spécifiques couverts par le système de qualification seront sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système et, d'autre part, que, pour ces marchés spécifiques, l'entité adjudicatrice sera dispensée de publier un avis de marché. Il se déduit de l'ensemble formé par les dispositions précitées et de la nécessité, à laquelle cet ensemble pourvoit, de garantir les principes inscrits à l'article 4 de la loi, que l'entité adjudicatrice ne peut se prévaloir de ces deux effets de l'utilisation d'un avis sur l'existence d'un système de qualification comme moyen d'appel à la concurrence, qu'à la condition d'avoir clairement manifesté son choix d'assigner un tel but à la publication de cet avis spécifique, dans le respect des conditions et formalités prescrites à cette fin.

- En vertu de l'article 19 de l'arrêté royal du 18 juin 2017, lu en combinaison avec l'annexe 4 à celui-ci (intitulée « Informations qui doivent figurer dans les avis sur l'existence d'un système de qualification »), l'avis sur l'existence d'un système de qualification doit, lorsque l'entité adjudicatrice exerce la faculté qui lui est accordée à ce sujet, contenir la mention du fait que cet avis sert de moyen d'appel à la concurrence. Par ailleurs, le formulaire standard d'avis de « Système de qualification - Secteurs spéciaux » figurant à l'annexe VII du Règlement d'exécution (UE) 2015/1986 de la Commission du 11 novembre 2015 établissant les formulaires standard pour la publication d'avis dans le cadre de la passation de marchés publics et abrogeant le règlement d'exécution (UE) n° 842/2011 contient une case au regard de la mention selon laquelle « Le présent avis constitue un appel à la concurrence », laquelle cas doit être cochée en pareille hypothèse. Cette mention est elle-même assortie de l'indication suivante :

« Les opérateurs intéressés doivent demander à l'entité adjudicatrice une qualification conforme au système de qualification. Le(s) marché(s) sera/seront attribué(s) sans publication d'un autre appel à la concurrence ».

La consultation d'avis de systèmes de qualification publiés tant au Bulletin des adjudication qu'au Journal officiel de l'Union européenne fait d'ailleurs apparaître que, par leur présentation formelle et les mentions qui y figurent, il doit être permis de déterminer, à leur simple lecture, si l'entité adjudicatrice a, ou non, choisi d'utiliser l'avis sur l'existence d'un système de qualification comme moyen d'appel à la concurrence, au sens de l'article 117, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi.

- Enfin, l'exigence d'une élaboration des avis de système de qualification conforme notamment aux prescriptions ainsi évoquées, tend à permettre aux opérateurs économiques intéressés d'être informés en toute transparence du

but que l'entité adjudicatrice entend assigner à la publication de l'avis sur l'existence d'un système de qualification et d'anticiper les effets que cette publication ainsi conçue produira, notamment à l'égard des marchés spécifiques à passer ultérieurement.

Il se déduit de l'ensemble de ces dispositions que la publication d'un avis sur l'existence d'un système de qualification ne peut pourvoir à la fonction de mode d'appel à la concurrence (au sens de l'article 117, § 2, de la loi) requis préalablement à la passation d'un marché que si cet avis contient les mentions permettant d'établir que l'entité adjudicatrice était déterminée à lui assigner cette fonction et laissant ainsi entendre aux opérateurs économiques intéressés que la passation des marchés spécifiques couverts par le système de qualification pourrait être entreprise, sans qu'il s'impose que chacun d'eux fasse, à son tour, l'objet d'un appel à la concurrence par la publication d'un avis de marché.

En l'espèce, des avis intitulés « Système de qualification – Secteurs spéciaux » ont été publiés par la partie adverse les 13 et 15 mars 2019, respectivement au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne. Au regard de la mention « Le présent avis constitue une mise en concurrence » contenue sur le premier de ces avis, est cochée la case « non ». L'entête du second porte la mention suivante : « Fournitures - Système de qualification sans mise en concurrence - Sans objet ».

L'avis de système de qualification élaboré par la partie adverse conformément aux formulaires applicables, et qui exclut expressément de constituer une mise en concurrence, ne peut tenir lieu de mode d'appel à la concurrence, au sens de l'article 117, § 2, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi. Il s'ensuit qu'à défaut d'avoir fait l'objet d'une mise en concurrence selon un des autres modes visés à ce premier alinéa, le marché litigieux a été passé dans le cadre d'une procédure lancée en méconnaissance de l'exigence de publication préalable d'un appel à la concurrence imposée par l'article 117, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, et ce en dépit du fait que, selon ce que considère la partie adverse, il serait couvert par le système de qualification ayant fait l'objet des avis précités des 13 et 15 mars 2019.

Les arguments opposés par la partie adverse en réponse au moyen qui dénonce cette absence de mise en concurrence du marché litigieux appellent, pour l'essentiel, les observations suivantes :

- S'agissant de l'absence d'obligation soit de publication d'un avis pour les marchés couverts par un système de qualification (point 44 de la note d'observations), soit - en d'autres termes - de confirmation que l'avis sur un

système de qualification est publié « avec mise en concurrence » (point 46 de la note d'observations), l'argumentation développée aux points 44 à 47 de la note d'observations ne peut que reposer sur la conception selon laquelle la publication d'un avis de système de qualification devrait être automatiquement considérée comme valant moyen d'appel à la concurrence. Cette conception, qui ne tient pas compte de ce que l'utilisation d'un tel avis comme mode d'appel à la concurrence relève d'une faculté laissée à l'entité adjudicatrice et suppose que celle-ci ait choisi d'exercer cette faculté, manque en droit.

- La partie adverse peut sans doute être suivie lorsqu'elle soutient, au point 48 de sa note d'observations, que l'existence d'un système de qualification n'a pas pour but d'organiser une éventuelle mise en concurrence. Tel n'est toutefois pas l'enjeu des questions que soulève le moyen unique de la requête, lesquelles portent sur les effets - quant à l'obligation de mise en concurrence ultérieure des marchés couverts par un système de qualification - de la publication d'un avis de système de qualification, selon qu'il mentionne, ou non, le choix posé par l'entité adjudicatrice de lui assigner la fonction de mode d'appel à la concurrence. L'argumentation de la partie adverse paraît, *prima facie*, procéder d'une confusion entre le fait que l'existence d'un système de qualification aurait, ou non, pour but d'organiser la mise en concurrence de marchés spécifiques couverts par ce système, d'une part, et le fait que la publication d'un avis relatif à l'existence d'un tel système de qualification produit, ou non, des effets sur l'obligation de subordonner ultérieurement la passation de ces marchés spécifiques au respect de l'obligation d'appel à la concurrence imposée par l'article 117, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi, d'autre part.
- Il suit de ces deux observations que les arguments exposés par la partie adverse au soutien de sa thèse selon laquelle elle ne devait pas publier des avis de marché pour chacun des marchés spécifiques lancés dans le cadre du système de qualification ne peuvent être retenus.
- À supposer qu'il faille avoir égard à ce que la partie adverse présente comme une distinction opérée en doctrine « entre les prescriptions essentielles et les incomplétudes futiles » pour déterminer les manquements aux prescriptions relatives à l'élaboration des avis qui vicient, ou non, la procédure, il ne paraît pas sérieusement contestable que la mention selon laquelle la publication d'un avis sur l'existence d'un système de qualification est faite sans mise en concurrence ou, au contraire, tient lieu de mode d'appel à la concurrence, au sens de l'article 117, § 2, alinéa 1^{er}, de la loi, représente bien une prescription essentielle, puisque - en raison des effets qu'elle produira sur les modalités de lancement des procédures de passation des marchés spécifiques couverts par le

système de qualification - elle peut être déterminante pour la participation (ou l'absence de participation) d'opérateurs économiques au système de qualification et, partant, aux procédures ultérieures de passation des marchés spécifiques. Cette prescription est, par ailleurs, d'autant plus importante que - et comme cela a déjà été exposé - la fonction de mode d'appel à la concurrence que peut remplir un avis de système de qualification ne peut être reconnue systématiquement, mais bien dans les seuls cas où l'entité adjudicatrice a décidé de l'assigner à la publication d'un avis déterminé. Le caractère essentiel de cette prescription doit donc, *prima facie*, être reconnu. Pour le surplus, les autres considérations émises aux points 52 à 54 de la note d'observations rejoignent essentiellement les arguments exposés aux points 44 à 47 et auxquels il vient d'être répondu.

Pour l'ensemble des motifs ainsi exposés, le moyen unique doit être déclaré sérieux.

VI. Balance des intérêts

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

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

VII. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 11 à 13, 28 à 34, 36 à 38 et 53 du dossier administratif.

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 suspension de l'exécution de « la “décision d'attribution motivée”, adoptée par la partie adverse à une date inconnue, attribuant le marché public de fournitures “Châssis de baie complets pour matériel roulant M6 – révision 3” passé

par procédure négociée avec mise en concurrence préalable suivant le “CAHIER DES CHARGES N° CS2/000145019 du 29.01.2020” à la SA Industrias Diaz » est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 11 à 13, 28 à 34, 36 à 38 et 53 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 22 décembre 2020 par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy