

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

n° 250.536 du 7 mai 2021

A. 233.268/VI-22.018

En cause : **la société à responsabilité limitée**
CLEAR CHANNEL BELGIUM,
en abrégé CCB,
ayant élu domicile chez
M^{es} Peter TEERLINCK, Raluca GHERGHINARU,
et Ludovic PANEPINTO, avocats,
avenue de l'Yser 19
1040 Bruxelles,

contre :

la ville de Bruxelles, représentée par son
collège des bourgmestre et échevins,
ayant élu domicile chez
M^e Frédéric VAN DE GEJUCHTE, avocat,
Place de Jamblinne de Meux 41
1030 Bruxelles.

Requérante en intervention :

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 mars 2021, la société à responsabilité limitée Clear Channel Belgium demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « l'arrêté du 21 janvier 2021 du Collège des Bourgmestre et Échevins de la Ville de Bruxelles adopté dans le cadre du “marché public de services, d'une durée de 15 ans, ayant pour objet la location des surfaces publicitaires et la gestion de l'affichage dans les abris-voyageurs et les supports d'affichage, l'entretien et la maintenance de ces mobiliers, ainsi que la fourniture et pose de nouveaux mobiliers pour compléter le parc existant” (ci-après le “Marché

litigieux”) (cahier spécial des charges TV/2020/67), aux termes duquel la Ville de Bruxelles a décidé de ne pas retenir l’offre déposée par la requérante et d’attribuer ce marché à la société JCDecaux ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 mars 2021, l’affaire a été fixée à l’audience du 22 avril 2021.

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

Par une requête introduite le 19 avril 2021, la société anonyme JCDecaux Street Furniture Belgium demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M^{es} Raluca Gherghinaru et Patrick Thiel, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e Frédéric Van De Gejuchte, avocat, comparaissant pour la partie adverse et M^{es} Alexandre Paternostre, Thomas Cambier et Benoît Cambier, avocats, comparaissant pour la 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 utiles

Selon la relation qu’en donne principalement la requérante, l’exposé des faits utiles à l’examen de la demande de suspension prend appui sur une description du contexte dans lequel s’inscrit le marché litigieux (A) et de la procédure de passation de celui-ci (B).

A. Contexte du marché litigieux

Aux points 2 à 16 de la requête, il est exposé que la fourniture et l'entretien de mobiliers urbains au profit de la partie adverse, l'exploitation d'espaces publicitaires ménagés dans ces mobiliers et la prestation de divers services complémentaires ont, antérieurement à l'organisation du marché litigieux, fait l'objet de plusieurs contrats ou marchés conclus entre la partie adverse et l'opérateur JCDECAUX (contrat de 1984 et marché de 1999) ou la requérante (marché de 2015). Relativement à ces contrats ou marchés antérieurs, doit particulièrement être mis en évidence l'élément suivant, qui figure au point 11 de la requête :

« 11. Suite au lancement du Marché de 1999, l'ensemble des dispositifs publicitaires et abribus installés par JCDecaux dans le cadre d'anciens contrats (et en particulier du Contrat de 1984, dénoncé par la Ville de Bruxelles) devait être démonté. Cependant, chaque dispositif installé sur la base du Contrat de 1984 avait été autorisé pour une durée de vie de quinze ans, ainsi qu'il a été exposé ci-dessus. Par conséquent, au moment du lancement du Marché de 1999, la durée de vie de certains dispositifs installés dans le cadre du Contrat de 1984 n'avait pas encore expiré. Pour cette raison, le cahier spécial des charges relatif au Marché de 1999 contenait, en annexe n° 10, un calendrier qui déterminait précisément l'échéance à laquelle chacun de ces dispositifs devait être démonté et retiré par JCDecaux [...] ».

Selon la requête, l'opérateur JCDecaux, requérante en intervention dans le cadre de la présente procédure devant le Conseil d'État, aurait, en méconnaissance du calendrier de démontage fixé à l'annexe n° 10 précitée au cahier spécial des charges du marché de 1999, continué à exploiter des supports d'affichage publicitaire sans paiement – en contrepartie de cette exploitation – d'un loyer à la partie adverse, ainsi que des taxes communales levées sur l'exploitation des dispositifs publicitaires. La requérante expose avoir entrepris plusieurs actions pour mettre fin à cette situation et à la distorsion de concurrence qu'elle implique. Elle apporte à ce sujet les précisions suivantes aux points 23 et 24 de la requête :

« 23. Dans un premier temps, CCB a introduit une action en cessation devant le président du tribunal de l'entreprise (à l'époque, tribunal de commerce) de Bruxelles qui, par un jugement du 13 décembre 2010, a dit pour droit que JCDecaux avait commis un acte contraire aux pratiques honnêtes du marché et a ordonné à JCDecaux d'enlever les dispositifs "fantômes" maintenus postérieurement aux dates de démontage prévues par l'annexe n° 10 du cahier spécial des charges du Marché de 1999, de même que d'autres dispositifs également installés sans titre ni droit par JCDecaux sur le territoire de la Ville de Bruxelles (pièce B.7). Dans son arrêt du 29 avril 2016 (pièce B.8), la Cour d'appel de Bruxelles a confirmé le jugement du premier juge.

24. Dans un second temps, en 2011, CCB a introduit une plainte auprès de la Commission européenne. CCB faisait valoir que les avantages mentionnés aux points 19 à 21 ci-dessus, dont bénéficie JCDecaux suite à l'exploitation publicitaire des dispositifs "fantômes" sans titre ni droit, constituaient des aides d'État au sens de l'article 107 du TFUE. Or, conformément à l'article 108, paragraphe 3 du TFUE, de telles aides d'État ne peuvent être octroyées avant

d'avoir été notifiées à la Commission européenne et déclarées compatibles avec le marché intérieur par cette dernière ».

S'agissant de la procédure devant la Commission européenne, elle a donné lieu – ainsi que cela ressort du point 26 de la requête introduite en la présente cause – à une première décision du 24 mars 2015, dans laquelle la Commission a indiqué que les exonérations de loyers et taxes dont bénéficiait la requérante en intervention constituaient des aides d'Etat octroyées sans notification préalable. Au terme de cette procédure, une décision finale est prise le 24 juin 2019 par la Commission européenne. Le dispositif de cette décision se lit comme suit :

« Article 1

L'aide d'État en faveur de JCD, d'un montant correspondant aux loyers et taxes non payés sur les dispositifs publicitaires installés en exécution du contrat de 1984 sur le territoire de la Ville de Bruxelles et maintenus au-delà de la date d'enlèvement prévue par l'annexe 10 du contrat de 1999, octroyée illégalement entre le 15 septembre 2001 et le 21 août 2010 par la Belgique en violation de l'article 108, paragraphe 3, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, est incompatible avec le marché intérieur.

Article 2

(1) La Belgique est tenue de se faire rembourser l'aide visée à l'article premier par le bénéficiaire.

(2) Les sommes à récupérer produisent des intérêts à partir de la date à laquelle elles ont été mises à la disposition du bénéficiaire, jusqu'à leur récupération effective.

(3) Les intérêts sont calculés sur une base composée conformément au chapitre V du règlement (CE) n° 794/2004 de la Commission.

Article 3

(1) La récupération de l'aide visée à l'article premier est immédiate et effective.

(2) La Belgique veille à ce que la présente décision soit mise en œuvre dans les quatre mois suivant la date de sa notification.

Article 4

(1) Dans les deux mois suivant la notification de la présente décision, la Belgique communique les informations suivantes à la Commission: (a) le montant total (principal et intérêts) à récupérer auprès du bénéficiaire; (b) une description détaillée des mesures déjà prises et prévues pour se conformer à la présente décision; (c) les documents démontrant que le bénéficiaire a été mis en demeure de rembourser l'aide.

(2) La Belgique tient la Commission informée de l'avancement des mesures nationales prises pour mettre en œuvre la présente décision jusqu'à la récupération complète de l'aide visée à l'article premier. Elle transmet immédiatement, sur simple demande de la Commission, toute information sur les mesures déjà prises et prévues pour se conformer à la présente décision. Elle fournit aussi des informations détaillées concernant les montants de l'aide et les intérêts déjà récupérés auprès du bénéficiaire ».

Cette décision fait l'objet d'un recours en annulation introduit le 25 septembre 2019 par la requérante en intervention, devant le Tribunal de l'Union européenne. Ce recours est actuellement pendant.

La requérante fait enfin valoir que la requérante en intervention n'aurait pas procédé au remboursement de ce que la Commission européenne a ainsi considéré être une aide d'État octroyée illégalement, et ce alors que le recours ouvert devant le Tribunal de l'Union européenne et exercé en l'espèce n'est pas suspensif. Aux points 15 et 16 de sa requête, la requérante en intervention soutient toutefois avoir payé à la partie adverse le montant litigieux, faisant référence aux pièces de son dossier qu'elle produit au soutien de cette allégation et dont elle demande que soit maintenue la confidentialité.

B. Procédure de passation du marché litigieux

Selon ce qu'en relate la requérante, la procédure de passation du marché litigieux se présente comme suit :

« 1. Avis de marché et dispositions pertinentes du cahier spécial des charges

41. La Ville de Bruxelles a fait publier l'avis de marché relatif au Marché litigieux, daté du 9 octobre 2020, au Bulletin des adjudications (pièce A.1). Cet avis a également été publié au Journal officiel de l'Union européenne le 14 octobre 2020 (pièce A.2).

42. Conformément à son cahier spécial des charges TV/2020/67 (pièce A.3, ci-après le "Cahier spécial des charges"), le Marché litigieux est un "[m]arché public de services, d'une durée de 15 ans, ayant pour objet la location des surfaces publicitaires et la gestion de l'affichage dans les abris-voyageurs et les supports d'affichage, l'entretien et la maintenance de ces mobiliers, ainsi que la fourniture et pose de nouveaux mobiliers pour compléter le parc existant".

43. L'objet du Marché litigieux est résumé dans le préambule repris à la page 6 :

“ La Ville de Bruxelles est propriétaire d'un parc d'abris avec ou sans espace publicitaire prévus pour les voyageurs des transports en commun opérant sur le territoire de la Ville, ainsi que d'un réseau de supports d'affichage publicitaire et socio-culturel indépendants ou liés à un abri-voyageurs.

Disposant déjà de son propre parc d'abris-voyageurs, la Ville de Bruxelles ambitionne néanmoins de l'élargir par le modèle d'abri existant ou par un nouveau modèle s'intégrant au parc actuel. La Ville de Bruxelles poursuit en effet l'objectif de demeurer une ville à la pointe de la mobilité et de l'innovation, deux maîtres mots qui caractérisent sa stratégie d'urbanisation moderne.

A cet effet, il est attendu dans le cadre du présent marché que l'adjudicataire, d'une part, analyse les emplacements des espaces publicitaires existants ainsi que les emplacements futurs pour lesquels le placement de support d'affichage ou de panneau d'affichage dans les abris-voyageurs est le plus opportun au niveau du potentiel publicitaire, et, d'autre part, développe un réseau d'abris-voyageurs.

L'adjudicataire sera, par conséquent, invité à proposer à la Ville de Bruxelles de nouveaux endroits stratégiques pour les abris-voyageurs et pour les espaces publicitaires tant au niveau de la situation que du type de support (digital,

papier fixe ou déroulant). Véritable mobilier urbain, les abris-voyageurs et les supports d'affichage présents sur le territoire de la Ville contribuent à sa carte patrimoniale. La Ville de Bruxelles souhaite, pour son territoire, disposer d'un parc homogène et durable, répondant aux missions de service public.

Le présent marché comprend, entre autres, les services suivants à exécuter, étant entendu qu'ils sont explicitement décrits dans les clauses administratives et techniques ci-après :

- l'obtention et le suivi des permis d'urbanisme ainsi que la gestion de l'inventaire et du stock,
- la fourniture et pose de nouveau mobilier, en ce compris tous les frais de raccordement et de consommation,
- l'entretien et la maintenance du mobilier,
- le déplacement du mobilier,
- la location des espaces publicitaires,
- la gestion de l'affichage socio-culturel.

Sont exclus du présent marché, le mobilier d'information touristique et le mobilier Villo !, ce dernier faisant partie d'une concession régionale,

En ce qui concerne les abris voyageurs, le marché porte sur deux types d'abris, un abri classique et un abri "verdorisé". L'adjudicateur se réserve le droit de commander l'un ou l'autre modèle ».

44. Toutefois, il y a lieu de préciser que la Ville de Bruxelles ne s'engage pas à acheter de nouveaux mobiliers dans le cadre du Marché litigieux. La Ville de Bruxelles se limite à fournir, à titre indicatif et sans engagement de sa part, une estimation du nombre de mobiliers qu'elle envisage d'acheter, dans l'inventaire repris en annexe au Cahier spécial des charges. À titre d'illustration, l'inventaire mentionne une quantité présumée de 245 nouveaux abris-voyageurs (standards et verdorisés confondus) (pièce A.4). Cette absence d'engagement quant aux quantités de nouveaux mobiliers que la Ville de Bruxelles pourrait acquérir ressort notamment des clauses suivantes du Cahier spécial des charges :

“ Le marché est à bordereau de prix. Les prix sont énoncés dans l'offre en euros.

Les quantités dans l'inventaire sont présumées. Elles ne constituent pas un engagement pris par l'adjudicateur. Les commandes cumulées pourront être supérieures ou inférieures aux quantités mentionnées. Seules les livraisons, prestations ou travaux réellement effectués sont payés et ce aux prix unitaires de l'offre.

Le soumissionnaire doit indiquer, en regard de chacun des postes figurant à l'inventaire, le prix unitaire net forfaitaire auquel il s'engage à effectuer les prestations et/ou fournitures qui y sont décrits”.

“ L'adjudicateur vise, sans engagement de sa part, à commander le placement de 50% d'abris-voyageurs 'standards' et 50% d'abris-voyageurs 'verdorisés'.

Il est rappelé que l'adjudicateur ne s'engage pas sur les quantités prévues à l'inventaire”.

45. À la page 9 du Cahier spécial des charges, la Ville de Bruxelles précise que la “passation du marché public se fait suivant une procédure ouverte après publication d'un avis dans le Bulletin des Adjudications et le Journal officiel de l'Union européenne”.

46. En ce qui concerne les critères d'attribution et leur pondération, la Cahier spécial des charges prévoit ce qui suit, aux pages 9 et 10 :

“ Le marché est attribué au soumissionnaire, non exclu et ayant satisfait aux critères de sélection, qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse, en se fondant sur les critères d'attribution suivants et de leur pondération :

1. Le prix forfaitaire présenté pour le loyer mensuel de l'ensemble des surfaces publicitaires mises à disposition de l'adjudicataire à des fins publicitaires (partie IV de l'inventaire) : pondération : 40 ;

2. Le prix pour les prestations d'entretien et de maintenance (partie III de l'inventaire) : pondération : 5 ;

3. Le prix de l'offre pour la fourniture, la pose et le déplacement du mobilier (partie I & II de l'inventaire): pondération : 5 ;

4. La qualité, dont notamment la qualité technique et esthétique, des modèles de mobilier proposés : pondération : 20 ;

5. La qualité du service d'entretien et de maintenance : pondération : 10

6. Les mesures en matière de développement durable pour lesquelles le soumissionnaire doit joindre un descriptif dans son offre : pondération : 20

La liste ci-dessous, qui est non exhaustive, reprend un nombre de mesures expliquées dans les clauses techniques du présent cahier spécial des charges et qui peuvent être prises en compte :

- l'économie d'énergie par rapport au mobilier existant,
- les matériaux et composants utilisés pour la fabrication et la pose des mobiliers qui seront réutilisables et/ou recyclables un maximum,
- le transport durable pour l'entretien des mobiliers et la gestion de l'affichage et de la publicité,
- les produits utilisés pour l'entretien des mobiliers,
- la qualité des toitures végétales proposées”.

47. À la page 10, le Cahier spécial des charges prévoit la méthode d'évaluation des trois premiers critères d'attribution (mais pas celle des critères 4 à 6) :

“ Pour le critère d'attribution n°1, le calcul du score se fait selon la formule :

$$40 \times \frac{L_{co}}{L_h}$$

Dans laquelle :

- 'Lco' est le prix de l'offre régulière considérée;
- 'Lh' est le prix de l'offre régulière la plus haute.

Pour le critère d'attribution n°2, le calcul du score se fait selon la formule :

$$5 \times \frac{P_b}{P_{co}}$$

Dans laquelle :

- 'Pb' est le prix de l'offre régulière la plus basse;
- 'Pco' est le prix de l'offre régulière considérée.

Pour le critère d'attribution n°3, le calcul du score se fait selon la formule :

$$5 \times \frac{P_b}{P_{co}}$$

Dans laquelle :

- 'Pb' est le prix de l'offre régulière la plus basse;
- 'Pco' est le prix de l'offre régulière considérée”.

48. À la page 13 du Cahier spécial des charges, la Ville de Bruxelles indique que :

“ Conformément à l’article 73 de la loi [du 17 juin 2016 relative aux marchés publics], les soumissionnaires sont tenus de produire le document unique de marché européen (DUME), qui consiste en une déclaration sur l’honneur propre actualisée et qui confirme que le soumissionnaire concerné remplit toutes les conditions suivantes :

1° Qu’il ne se trouve pas dans l’une des situations d’exclusion obligatoire visées aux articles 67 à 69 de la loi ;

2° Qu’il répond aux critères de sélection applicables qui ont été établis conformément à l’article 71 de la loi.

[...]

L’examen des motifs d’exclusion (obligatoires - dettes fiscales et sociales - facultatifs) et de l’aptitude professionnelle et technique des soumissionnaires se fait exclusivement à partir des renseignements mentionnés par l’opérateur économique sur le document unique de marché européen (DUME)”.

49. À la page 14 du Cahier spécial des charges, la Ville de Bruxelles indique que :

“ Par le fait d’introduire son document unique de marché européen (DUME) dûment rempli et signé, le soumissionnaire déclare qu’il ne se trouve pas dans un des cas d’exclusion visés à l’article 67 à 69 (motifs d’exclusion obligatoires – motifs d’exclusion relatifs aux dettes fiscales et sociales - motifs d’exclusion facultatifs) de la loi [du 17 juin 2016 relative aux marchés publics].

Dans la Partie III du document unique de marché européen (DUME) – Motifs d’exclusion, le soumissionnaire est tenu de remplir les sections suivantes :

A. MOTIFS LIES A DES CONDAMNATIONS PENALES
B. MOTIFS LIES AU PAIEMENT D’IMPOTS ET TAXES OU DE COTISATIONS DE SECURITE SOCIALE
C. MOTIFS LIES A L’INSOLVABILITE, AUX CONFLITS D’INTERETS OU A UNE FAUTE PROFESSIONNELLE
D. AUTRES MOTIFS D’EXCLUSION POUVANT ÊTRE PREVUS PAR LE DROIT INTERNE DE L’ETAT MEMBRE DE L’ADJUDICATEUR OU DE L’ENTITE ADJUDICATRICE

[...]

§ 2. L’adjudicateur procède à la vérification de la situation fiscale des soumissionnaires, sur la base des attestations qui sont disponibles électroniquement pour l’adjudicateur via l’application Télémarch ou via d’autres applications électroniques équivalentes et accessibles gratuitement dans d’autres Etats membres.

§ 3. Lorsque la vérification visée au paragraphe 2 ne permet pas de savoir si le soumissionnaire satisfait à ses obligations fiscales, l’adjudicateur demande directement au soumissionnaire de fournir une attestation récente justifiant qu’il satisfait à ses obligations fiscales. Il en va de même lorsque dans un autre Etat membre, une telle application n’est pas disponible”.

50. À la page 27 du Cahier spécial des charges, la Ville de Bruxelles rappelle que “[l]e présent marché est conclu pour une période de 15 ans”.

51. À la page 31, le Cahier spécial des charges indique que la Ville de Bruxelles “acquiert la pleine propriété du mobilier dès la réception définitive” et qu’elle “en disposera en toute liberté”.

2. Questions posées par CCB à la Ville de Bruxelles au sujet des documents du marché et réponses de cette dernière

52. Par un courrier 28 octobre 2020 (pièce A.5), CCB a posé des questions à la Ville de Bruxelles quant au contenu des documents du Marché litigieux.

53. En particulier, la troisième question posée par CCB à la Ville de Bruxelles se lit comme suit :

“ 3. Page 10 du Cahier spécial des charges : Critères d’attribution : Il est prévu que ‘Le marché est attribué au soumissionnaire, non exclu et ayant satisfait aux critères de sélection, qui a remis l’offre régulière économiquement la plus avantageuse, en se fondant sur les critères d’attribution suivants et de leur pondération :

1. Le prix forfaitaire présenté pour le loyer mensuel de l’ensemble des surfaces publicitaires mises à disposition de l’adjudicataire à des fins publicitaires (partie IV de l’inventaire) : pondération : 40 ;

2. Le prix pour les prestations d’entretien et de maintenance (partie III de l’inventaire) : pondération : 5 ;

3. Le prix de l’offre pour la fourniture, la pose et le déplacement du mobilier (partie I & II de l’inventaire) : pondération : 5 ;

4. La qualité, dont notamment la qualité technique et esthétique, des modèles de mobilier proposés : pondération : 20 ;

5. La qualité du service d’entretien et de maintenance : pondération : 10 ;

6. Les mesures en matière de développement durable pour lesquelles le soumissionnaire doit joindre un descriptif dans son offre : pondération : 20’.

[...] Si le Cahier spécial des charges indique une formule de calcul pour les critères d’attribution 1 à 3, aucune formule de calcul n’est indiquée pour les critères d’attribution 4 à 6. S’agit-il d’un ratio, d’un écart par rapport à la moyenne, d’une notation ‘dégressive’ etc. ? Pouvez-vous préciser la formule de calcul que vous allez utiliser pour départager les soumissionnaires en ce qui concerne les critères 4 à 6 ?”

54. La Ville de Bruxelles a transmis à CCB, via la plateforme électronique mise en place dans le cadre du Marché litigieux, les réponses aux questions qui lui avaient été posées au sujet des documents du marché (pièce A.6). En ce qui concerne, plus particulièrement, la question 3 de CCB, la Ville de Bruxelles a indiqué que :

“ Il n’y a pas de formule de calcul pour les critères 4 à 6. L’adjudicateur appréciera ces critères en fonction des propositions des soumissionnaires et motivera l’appréciation de ces critères dans l’analyse des offres accessible aux soumissionnaires”.

3. Offre de CCB et questions posées par la Ville de Bruxelles à CCB

55. Deux soumissionnaires ont remis une offre dans le cadre du Marché litigieux. D’une part, CCB et, d’autre part, JCDecaux.

56. L’offre de CCB est reprise en pièce 7 (confidentielle).

57. Dans son DUME (pages 40 et suivantes de la pièce 7 – confidentielle), CCB a informé la Ville de Bruxelles du fait que, suite à la démolition d'un bâtiment, elle avait dû déplacer l'un de ses panneaux publicitaires. Or, du fait de ce déplacement, le panneau en question s'était trouvé sur le territoire d'une commune différente de celle ayant autorisé son installation. CCB a indiqué que la Cour d'appel de Bruxelles avait prononcé une amende à son encontre pour ces faits, que cette amende avait été payée et que des mesures avaient été prises par CCB afin que ce type d'incident ne se reproduise plus.

58. Le 18 décembre 2020, la Ville de Bruxelles a demandé plus d'informations à CCB à ce sujet (pièce 8) :

“ Dans le cadre de la procédure d'attribution du marché public précité en objet de ce courrier et en application des articles 67 et 73, § 3, alinéa 1^{er} de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, nous avons besoin des documents suivants pour une enquête plus approfondie de votre document unique de marché européen (en abrégé, 'DUME') :

1. un extrait récent du casier judiciaire de chaque dirigeant de votre entreprise ;
2. un extrait récent du casier judiciaire des personnes morales au nom de la personne morale qui a introduit l'offre.

Aussi, pourrions-nous vous demander plus amples informations au sujet de la faute professionnelle grave telle que renseignée dans votre DUME. A cette fin, nous vous prions de bien vouloir nous transmettre l'arrêt de la Cour d'appel qui vous a imposé une amende de même que les mesures correctrices qui ont été prises, afin que nous puissions recueillir toutes les informations utiles et statuer en connaissance de cause”.

59. Le 28 décembre 2020, CCB a répondu aux demandes de la Ville de Bruxelles (pièce 9 – confidentielle).

4. Décision d'attribution (la Décision attaquée)

60. Le 9 mars 2021, la Ville de Bruxelles a envoyé un email à CCB (pièce A.13) contenant les documents suivants :

- Une copie d'un courrier daté du 2 mars 2021, adressé à CCB par la Ville de Bruxelles, par lequel cette dernière informe CCB que son offre n'a pas été retenue et que le marché a été attribué à JCDecaux (pièce A.12) ;
- Un arrêté du collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Bruxelles du 21 janvier 2021 par lequel cette dernière a décidé d'attribuer le Marché litigieux à JCDecaux et, par conséquent, de ne pas retenir l'offre de CCB (pièce A.10) ;
- Un rapport d'analyse des offres qui sous-tend cette décision d'attribution (pièce A.11 – ci-après le “Rapport d'analyse des offres”).

61. Ces mêmes documents ont été communiqués à CCB par un courrier recommandé envoyé le 3 mars 2020 et reçu le 10 mars 2020.

62. Le Rapport d'analyse des offres est divisé en six chapitres.

63. Le Chapitre 1 concerne l'ouverture des offres et n'appelle pas d'observations particulières.

64. Le Chapitre 2 a trait à la “Vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection”. Au terme de cette vérification, la Ville de Bruxelles a sélectionné les offres de CCB et de JCDecaux. Il y a lieu de relever les passages suivants dans ce chapitre.

65. À la page 7, sous l'intitulé "Dettes fiscales", dans le cadre de la vérification de l'absence de motifs d'exclusion obligatoires, il est indiqué que :

“ Une attestation fiscale récente a été obtenue pour les firmes CLEAR CHANNEL BELGIUM SRL, JCDECAUX STREET FURNITURE BELGIUM SA, VERBRAEKEN INFRA SA et ENRJ SRL [ces deux dernières étant les sous-traitants de JCDecaux], via le système électronique Telemarc.

Les attestations indiquent que 'Le soumissionnaire n'est redevable vis-à-vis du SPF Finances d'aucun impôt, amende administrative exigible, intérêt de retard ni frais de poursuites en matière d'impôts directs et d'aucune taxe, intérêt, amende fiscale ou accessoire en matière de TVA dont la somme globale dépasse 3.000 €'.

Par conséquent, toutes les firmes sont en ordre du point de vue du paiement de leurs charges sociales et fiscales”.

66. À la page 7, sous l'intitulé « Motifs d'exclusion facultatifs », il est indiqué, au sujet de CCB, que :

“ A la lecture du DUME établi par la firme CLEAR CHANNEL BELGIUM SRL, le pouvoir adjudicateur constate qu'une faute professionnelle grave a été commise par cette dernière. Les faits remontent à l'année 2013. La firme CLEAR CHANNEL BELGIUM SRL a placé un panneau publicitaire sur le territoire d'une autre commune suite à la démolition de bâtiments ayant entraîné le déplacement de celui-ci. Néanmoins, la faute professionnelle grave ne remet pas en cause l'intégrité de CLEAR CHANNEL BELGIUM SRL.

En effet, en date du 18/12/2020, le pouvoir adjudicateur a réclamé plus amples informations à ce sujet auprès de la firme CLEAR CHANNEL BELGIUM SRL, notamment par la transmission de l'arrêt de la Cour d'appel qui lui a imposé une amende de même que les mesures correctrices qui ont été prises, afin de statuer en connaissance de cause.

Le 28/12/2020, la firme CLEAR CHANNEL BELGIUM SRL a fourni une explication plus approfondie de la faute grave. La firme a payé l'amende imposée par la Cour d'appel et a enlevé le panneau litigieux dans le délai imparti par cette dernière. Qui plus est, la firme a pris des mesures concrètes afin qu'une éventuelle faute ultérieure ne soit reproduite. La firme a mis en place un nouveau service de contrôle (Quality) afin de confirmer la conformité des chantiers avec les permis. Ce système permet une analyse des permis d'urbanisme (parcelle cadastrale, durée) et une communication vers les services techniques. La firme a, dès lors, entrepris des changements en interne de nature technique, organisationnelle et en matière de personnel.

Par conséquent, le pouvoir adjudicateur ne peut démontrer par tout moyen approprié que la firme CLEAR CHANNEL BELGIUM SRL a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité”.

67. Le Chapitre 3 a trait à la « Vérification du DUME ». Au terme de cette vérification, la Ville de Bruxelles a conclu, à la page 13, que :

“ Après analyse du DUME et vérifications effectuées, il peut être considéré que :

1) Aucune des firmes ne se trouve dans une des situations d'exclusion obligatoire ;

2) Les firmes n'ont pas de dette supérieure à 3.000 EUR vis-à-vis de l'ONSS et sont par conséquent en règle avec le paiement des cotisations de sécurité sociale ;

- 3) Les firmes n'ont pas de dette supérieure à 3.000 EUR en ce qui concerne le paiement des impôts et contributions, et sont par conséquent en ordre vis-à-vis de ses obligations en matière de dettes fiscales ;
- 4) Les firmes ne se trouvent pas en situation de faillite ou situation analogue;
- 5) Les firmes disposent des moyens et capacités techniques suffisantes pour exécuter le présent marché”.

68. Le Chapitre 4 a trait à la “Régularité des offres” et n'appelle pas de développements pour les besoins du présent recours. Au terme de cet examen, les offres de CCB et de JCDecaux ont été déclarées régulières.

69. Le Chapitre 5 concerne l’“Évaluation des offres sur base des critères d’attribution”. Au terme de cette évaluation, la Ville de Bruxelles a considéré qu’il y avait lieu d’attribuer plus de points à JCDecaux qu’à CCB et, par conséquent, de retenir l’offre de JCDecaux.

70. À cet égard, en ce qui concerne les critères d’attribution 1 à 3 relatifs au prix, la Ville de Bruxelles a comparé les offres en utilisant les méthodes d’évaluation (c’est-à-dire les formules mathématiques) annoncées au préalable dans le Cahier spécial des charges, rappelées au point 47 ci-dessus. Pour chacun de ces trois premiers critères, CCB a obtenu plus de points que JCDecaux.

71. En ce qui concerne les critères d’attribution 4 à 6 relatifs à la qualité de l’offre, le Rapport d’analyse des offres procède systématiquement en trois temps. Dans un premier temps, il propose un résumé de l’offre de CCB, puis de celle de JCDecaux. Dans un deuxième temps, il procède à ce qu’il qualifie de “comparaison des offres” en ce qui concerne le critère d’attribution concerné. Dans un troisième temps, il fournit une “conclusion finale” et attribue des points. Pour chacun de ces trois derniers critères, JCDecaux a obtenu plus de points que CCB.

72. Ainsi, en ce qui concerne le critère d’attribution n° 4 (qualité des modèles de mobilier proposés), le Rapport d’analyse des offres contient les motifs suivants, aux pages 25 à 27 :

“ Comparaison des offres en ce qui concerne ‘la qualité des modèles de mobilier proposés’

Tout d’abord, en ce qui concerne le design, les mobiliers proposés tant par Clear Channel Belgium SRL que par JCDecaux Street Furniture Belgium SA adoptent de façon globale, une signature visuelle en adéquation avec le mobilier urbain présent dans le Pentagone.

Le choix d’une toiture en polycarbonate par Clear Channel Belgium SRL, matériaux moins nobles que le verre, rend l’abri moins prestigieux.

De plus, le volume du panneau d’affichage de l’abri et du support d’affichage (monobloc) proposé par ce soumissionnaire ‘alourdit’ l’aspect visuel du mobilier qui, de la sorte, s’éloigne quelque peu d’une signature visuelle en adéquation avec le mobilier déjà présent sur le territoire de la Ville de Bruxelles. Aussi, le modèle d’abri proposé par Clear Channel Belgium SRL réduit quelque peu la visibilité des usagers de transports en commun présents au sein de l’abri.

Le modèle d’abri proposé par JCDecaux Street Furniture Belgium SA s’apparente *mutatis mutandis* à l’abri ‘en hommage à Horta’ présent sur le territoire de la Ville, avec quelques modifications esthétiques : il n’y a pas de pomme de pin au-dessus des poteaux de la structure de l’abri, le banc est configuré avec un dossier en bois et les accoudoirs sont différents (les finitions de ceux-ci étant moins arrondis et courbés). Le modèle de support d’affichage

proposé est visuellement semblable au support d'affichage 'en hommage à Horta', en étant néanmoins plus contemporain, avec un travail des finitions plus sobre, avec moins de détails et moins d'ornements.

L'abri proposé par Clear Channel Belgium SRL est pourvu d'une toiture en matière synthétique (polycarbonate), matière qui, par les intempéries, l'ensoleillement et les autres aléas inévitables de la vie urbaine (rayures,...) est altérée à moyen et long terme.

Les épaisseurs des matériaux ne sont pas reprises dans l'offre de Clear Channel Belgium SRL, ce qui limite l'appréciation de la résistance du mobilier. Le modèle d'abri proposé par JCDecaux Street Furniture Belgium SA est composé de fonte d'acier, matériau bien connu de l'adjudicateur qui l'utilise pour d'autres mobiliers urbains et éléments de voirie déjà présents sur le territoire de la Ville, et qui a fait ses preuves en termes de résistance sur le long terme.

Quant aux fondations, les plans de fondation de l'abri et du support d'affichage sont complets dans l'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA3 tandis que les informations reprises sur les plans de fondations du support d'affichage l'offre de Clear Channel Belgium S.R.L sont très succinctes.

Aussi, la structure du modèle proposé par JCDecaux Street Furniture Belgium SA est faite en fonte d'acier, un matériau connu pour sa résistance au temps et utilisé pour le mobilier urbain et les éléments de voirie (poubelles, potelets, avaloirs d'égouts, pieds de bancs ...). En outre, rien n'indique dans l'offre de Clear Channel Belgium SRL un quelconque moyen de protection pour éviter une corrosion électrolytique entre l'aluminium et l'acier qui composent la structure des mobiliers.

L'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA détaille clairement les croquis et les notes de calcul de stabilité, intégrant une conclusion à chaque fin de note de calcul alors qu'il n'en ressort pas de même de l'offre de Clear Channel Belgium SRL. A titre d'exemple, citons la conclusion de la note du support d'affichage à la page 355 de l'offre de Clear Channel Belgium SRL : celle-ci ne concerne que la semelle et mentionne "OK pour une épaisseur de semelle requise de 9,72 mm" mais l'épaisseur réelle n'est pas mentionnée dans l'offre.

De plus, suivant la lecture du pouvoir adjudicateur, les chiffres pour le calcul de la stabilité de la toiture verte dans l'offre de Clear Channel Belgium SRL n'intègrent pas la charge d'une cassette saturée d'eau.

Du point de vue de la qualité technique de l'abri verdurisé, l'un dans l'autre, les modèles proposés par Clear Channel Belgium SRL et JCDecaux Street Furniture Belgium SA présentent respectivement un désavantage. En effet, l'abri verdurisé de Clear Channel Belgium SRL obstrue la luminosité de l'abri par sa toiture verte, comme la paroi végétale de l'abri verdurisé de JCDecaux Street Furniture Belgium SA facilite "à portée de main" les actes de vandalisme et autres attaques.

La paroi végétale de l'abri verdurisé de JCDecaux Street Furniture Belgium SA est un élément indépendant de la structure de l'abri en lui-même. De fait, la stabilité est indépendante de la structure de l'abri.

La description du dispositif du 'Code-barre de reconnaissance du mobilier' est conforme à la description du cahier des charges, tant dans l'offre de Clear Channel Belgium SRL que dans celle de JCDecaux Street Furniture Belgium SA. Néanmoins, l'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium propose

davantage d'options que la simple visualisation du parc de mobiliers urbains (plateforme 'illico').

Du point de vue spécificités techniques des écrans digitaux inclus dans le support d'affichage, l'offre de Clear Channel Belgium SRL spécifie les dimensions suivantes (p. 208) : '2640 (2862mm full) x 1340 mm x 308mm'. Une partie des informations est, erronée dans la mesure où il s'agit en réalité des dimensions du panneau.

La même discordance apparaît dans les spécificités techniques des écrans digitaux inclus dans les abris (p.207)

Les résolutions de l'écran sont plus intéressantes dans l'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA.

Enfin, les offres de Clear Channel Belgium SRL et JCDecaux Street Furniture Belgium SA proposent différentes solutions pour la création et la gestion des messages 'papiers' et numériques qui sont toutes équivalentes. Cependant, l'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA développe comment la sécurité des logiciels de gestion est réalisée afin d'éviter l'envoi d'image pirate dans les écrans.

CONCLUSION FINALE POUR LE CRITERE D'ATTRIBUTION N°4 :

Les modèles de mobiliers proposés par Clear Channel Belgium SRL et JCDecaux Street Furniture Belgium SA adoptent tout deux et de façon globale, une signature visuelle en adéquation avec le parc de mobiliers déjà présents sur le territoire de la Ville de Bruxelles.

Néanmoins, le modèle suggéré par Clear Channel Belgium SRL assure moins la visibilité des usagers au sein des abris. Il en résulte une difficulté supplémentaire dans la détermination de l'implantation du support. En effet, le volume du panneau d'affichage de l'abri et du support d'affichage est imposant (monobloc). De plus, le descriptif relatif à la structure hybride du mobilier en acier et en aluminium et la toiture en polycarbonate, ne détaille pas suffisamment la résistance du polycarbonate aux rayons UV et aux autres intempéries et aléas de la vie urbaine qui altèrent cette matière à moyen et long terme. Les détails des épaisseurs sont, à maintes reprises, manquants et aucun moyen de protection n'est présenté pour éviter une corrosion électrolytique entre l'aluminium et l'acier. Enfin, la charge prise en compte pour le calcul de la stabilité de l'abri-verdurisé par les plantes 'Sedum' à la toiture de l'abri, est sous-estimée dans leur offre.

Pour ces raisons, l'offre de Clear Channel Belgium SRL obtient pour le critère d'attribution n°4 une note finale de 13 points sur 20.

En raison d'une structure en fonte d'acier et d'une toiture en verre trempé feuilleté ainsi que de croquis et notes de calculs de stabilité claires et détaillés faisant foi de leur solidité et résistance, les abris et les supports d'affichage présentés par JCDecaux Street Furniture Belgium SA, remplissent les qualités d'un point de vue technique. Les détails des épaisseurs sont à chaque fois précisées. Etant donné que l'abri est 'verduré' par l'intégration d'une paroi végétale indépendante à la structure du mobilier, la stabilité de ce dispositif est de fait indépendante à celle de la structure de l'abri.

Pour ces raisons, l'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA obtient pour le critère d'attribution n°4 une note finale de 20 points sur 20".

73. En ce qui concerne le critère d'attribution n° 5 (qualité du service d'entretien et de maintenance), le Rapport d'analyse des offres contient les motifs suivants, aux pages 30 et 31 :

“ Comparaison des offres en ce qui concerne ‘la qualité du service d’entretien et de maintenance’

Tout d’abord, du point de vue de l’entretien préventif, la description du nettoyage, tant dans l’offre de Clear Channel Belgium SRL que dans celle de JCDecaux Street Furniture Belgium SA, est conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges. Néanmoins, une différence dans la fréquence de nettoyage est à relever : la fréquence proposée par Clear Channel Belgium SRL est une fois tous les 15 jours contre une fois tous les 17 jours dans l’offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA.

Par contre,. La description de l’entretien préventif de la toiture verte comporte une inexactitude au niveau de la fertilisation, étant donné qu’elle concerne non pas un engrais mais bien un substrat.

En outre, l’offre de Clear Channel Belgium SRL ne décrit pas la fréquence des entretiens préventifs alors que celle de JCDecaux Street Furniture Belgium SA propose un entretien préventif une fois par semaine.

Enfin, les délais d’intervention proposés par JCDecaux Street Furniture Belgium SA sont plus courts que ceux mis en avant dans le cahier spécial des charges.

Ensuite, du point de vue de l’entretien curatif (maintenance), Clear Channel Belgium SRL et JCDecaux Street Furniture Belgium SA ont une méthodologie semblable et acceptable. La fréquence proposée des contrôles est hebdomadaire pour les deux offres. Néanmoins, là où JCDecaux Street Furniture Belgium SA affirme disposer à 100% des pièces détachées en stock, Clear Channel Belgium SRL est muette sur ce point. Or, la possession de pièces détachées en stock est un élément garant d’une maintenance plus rapide, certaine et active.

Les délais d’interventions et de réparations proposées par les deux sociétés Clear Channel Belgium SRL et JCDecaux Street Furniture Belgium SA sont acceptables et plus courts que ceux indiqués dans le cahier spécial des charges. JCDecaux Street Furniture Belgium offre néanmoins, un délai de réparation beaucoup plus court (20 heures ouvrées) que Clear Channel Belgium SRL (3 jours ouvrables). Le délai de mise en sécurité est nettement plus court dans l’offre de Clear Channel Belgium SRL puisqu’il n’est pas exprimé en heures ouvrées et ne mentionne pas de restriction pour une intervention de nuit.

Pour terminer, la solution des vitres sérigraphiées proposée par Clear Channel Belgium SRL n’est pas conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges. Elle est d’autre part, moins convaincante que celle d’un vitrage traité anti-graffiti avancée par JCDecaux Street Furniture Belgium SA.

En effet, la solution des vitres sérigraphiées repose sur la dissuasion et le découragement des personnes à y dessiner des tags et autres salissures. Les vitres sérigraphiées permettent au mieux d’atténuer quelque peu la visibilité des dégradations sur le mobilier. En outre, la solution des vitres sérigraphiées n’est pas suivie de test et leur vitrage translucide ne permet pas de garantir que la luminosité au sein de l’abri n’est pas impactée, de même que la visibilité des usagers au sein de l’abri.

Par contre, la solution avancée par JCDecaux Street Furniture Belgium SA rencontre l’intérêt du pouvoir adjudicateur en ce sens qu’un vitrage feuilleté traité spécialement pour les graffitis à l’acide ne permet pas leur adhérence à la vitre. De plus, des tests concluants ont été menés sur le territoire de la Région

de Bruxelles-Capitales. La solution permet d'éviter les tags tout en gardant la transparence du vitrage.

CONCLUSION FINALE POUR LE CRITERE D'ATTRIBUTION N°5 :

La description du nettoyage et de l'entretien présentée dans l'offre de Clear Channel Belgium SRL est conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges. Aussi, la description relative à la fertilisation de la toiture verte comporte une inexactitude puisqu'elle ne concerne pas un engrais mais bien un substrat. La solution des vitres sérigraphiées ne répond ni aux prescriptions du cahier spécial des charges ni à une vérification concluante. Le résultat espéré est en effet la dissuasion ou une visibilité moindre des dégradations.

Pour ces raisons, l'offre de Clear Channel Belgium SRL obtient pour le critère d'attribution n°5 une note finale de 6 points sur 10.

La description du nettoyage et de l'entretien présentée dans l'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA est conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges. De plus, une disposition à 100% des pièces détachées en stock assure, ou à tout le moins participe davantage à une maintenance certaine, rapide et efficace. Les délais d'intervention proposés sont plus courts que ceux impartis par le cahier spécial des charges. Enfin, la solution du vitrage traité spécialement pour les tags à l'acide a été testée en région bruxelloise et permet d'éviter les tags sans que la transparence du vitrage ne soit altérée.

Pour ces raisons, l'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA obtient pour le critère d'attribution n°5 une note finale de 10 points sur 10”.

74. En ce qui concerne le critère d'attribution n° 6 (les mesures en matière de développement durable), le Rapport d'analyse des offres contient les motifs suivants, aux pages 34 et 35 :

“ Comparaison des offres en ce qui concerne « les mesures en matière de développement durable »

Sur base des consommations électriques indiquées dans les offres (p. 222 dans l'offre de Clear Channel Belgium SRL et annexe 8 de l'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA) on peut constater que le mobilier proposé par Clear Channel Belgium SRL est, de manière générale, plus énergivore que le mobilier proposé par JCDecaux Street Furniture Belgium SA.

Abris-voyageurs

Consommations Clear Channel Belgium (kWh / an) :	Consommations JCDecaux (kWh / an) :
abri 3 modules non publicitaire : 48 (73)	abri 3 modules non publicitaire : 52 (73)
abri 3 modules fixe/fixe : 325 (620)	abri 3 modules fixe/fixe : 252 (620)
abri 3 modules fixe/déroulant : 483 (693)	abri 3 modules fixe/déroulant : 475 (693)

La consommation du mobilier existant est entre parenthèses. Les consommations pour le nouveau mobilier sont donc moins élevées que pour le mobilier existant.

Il est à noter que les configurations qui peuvent être déduites des 3 configurations ci-dessus n'ont pas été analysées.

Clear Channel Belgium SRL équipera tous les abris, y compris ceux 'en hommage à Horta', d'un détecteur de présence afin que l'éclairage de courtoisie puisse s'éteindre lorsque l'abri n'est pas occupé.

Supports d'affichage

Consommations Clear Channel Belgium (kWh / an) :	Consommations JCDecaux (kWh / an) :
fixe/fixe : 276 (547)	fixe/fixe : 200 (547)
fixe/déroulant : 434 (620)	fixe/déroulant : 423 (620)

La consommation du mobilier existant est entre parenthèses. Les consommations pour le nouveau mobilier sont donc moins élevés que pour le mobilier existant.

Il est à noter que les configurations qui peuvent être déduites des 2 configurations ci-dessous ou n'existant pas chez un des 2 soumissionnaires n'ont pas été analysées.

JCDecaux Street Furniture Belgium SA modulera l'intensité lumineuse des éclairages pendant la nuit et ceux-ci seront éteints de 1h à 5h du matin alors que Clear Channel Belgium SPRL propose uniquement une extinction entre 2h et 5h du matin.

Ecrans

Consommations Clear Channel Belgium (kWh / an) :	Consommations JCDecaux (kWh / an) :
panneau fixe/digital : 6190	panneau fixe/digital : 2631
support fixe/digital : 6103	support fixe/digital : 2579

Il est à noter que les configurations qui peuvent être déduites des 2 configurations ci-dessous ou n'existant pas chez un des 2 soumissionnaires n'ont pas été analysées.

En ce qui concerne les matériaux et composants du mobilier, il ressort de l'offre de Clear Channel Belgium SRL (p. 73) que pour les sièges des abris, le bois "Iroko", appelé aussi "Kambala" et provenant d'Afrique occidentale, serait utilisé. Ce bois est certifié durable et FSC.

Le frêne sélectionné pour les bancs des abris de JCDecaux Street Furniture Belgium SA est issu de forêts gérés durablement en France et labellisé PEFC (annexe 6, p. 36).

L'adjudicateur estime que le bilan carbone pour le transport d'un bois venant de France et moins élevé que pour le bois provenant d'Afrique.

La structure, indépendante de l'abri, proposée par JCDecaux Street Furniture Belgium SA pour la paroi verdurisée est constituée de métal (annexe 6, p. 48). Cette structure est recyclable.

Les cassettes prévues par Clear Channel Belgium SRL pour la toiture végétale d'un abri sont fabriquées à base de polypropylène régénéré, non toxique (p. 95 de l'offre). L'offre de Clear Channel Belgium SRL ne mentionne toutefois pas les possibilités de recyclage de ce matériau.

Les deux soumissionnaires utiliseront des véhicules électriques pour les prestations à effectuer dans le cadre du marché.

Clear Channel Belgium SRL s'engage à effectuer les déplacements pour la maintenance et l'entretien des mobiliers à l'aide de véhicules 100% électriques (p. 175 de l'offre).

JCDecaux Street Furniture Belgium SA déclare dans son offre (annexe 8, p. 40) qu'outre l'utilisation de véhicules à motorisation électrique pour l'entretien et la maintenance, ceux-ci seront également mis en œuvre pour l'affichage.

CONCLUSION FINALE POUR LE CRITERE D'ATTRIBUTION N°6 :

Bien que plus avantageuses par rapport aux consommations d'énergie actuelles, Clear Channel Belgium SRL présente des consommations

électriques plus élevés que JCDecaux Street Furniture Belgium SA pour les nouveaux mobiliers. D'autre part, une empreinte écologique plus importante est attendue pour certains composants du mobilier (sièges en bois, cassettes pour toitures vertes). Clear Channel Belgium SRL propose également une utilisation moins généralisée des véhicules électriques dans le cadre du marché : uniquement pour les interventions de maintenance et d'entretien.

Pour ces raisons, l'offre de Clear Channel Belgium SRL obtient pour le critère d'attribution n° 6 une note finale de 13 points sur 20.

JCDecaux Street Furniture Belgium présente les meilleurs résultats pour ce qui concerne les consommations énergétiques des nouveaux mobiliers. La société propose et s'engage à mettre en œuvre des matériaux et composants durables, réutilisables ou recyclables au maximum. Aussi, elle propose l'utilisation de véhicules électriques, autant pour les missions de maintenance et d'entretien que pour les services d'affichage.

Pour ces raisons, l'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA obtient pour le critère d'attribution n°6 une note finale de 20 points sur 20”.

75. Le Chapitre 6 du Rapport d'analyse des offres fournit le total des points attribués à chaque soumissionnaire, à savoir 78,11 à CCB et 91,39 à JCDecaux, et propose donc d'attribuer le Marché litigieux à cette dernière.

76. La Décision attaquée se base sur les conclusions de ce Rapport d'analyse des offres qui y est joint “pour en faire intégralement partie”. Conformément à l'article 3 de la Décision attaquée, le collège des bourgmestre et échevins de la Ville de Bruxelles “[a]ttribu[e] le marché aux conditions du cahier spécial des charges TV/2020/67 et de l'offre, à l'opérateur économique JCDecaux Street Furniture Belgium SA”. ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 19 avril 2021, la société anonyme JCDecaux Street Furniture Belgium demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen qu'elle expose comme suit :

« 1. Énoncé du moyen

83. Le premier moyen est pris de la violation :

- des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence prévus à l'article 4 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (ci-après, la "Loi relative aux marchés publics"),
- de l'article 69, alinéa 1^{er}, 3^o, 4^o et 8^o de la Loi relative aux marchés publics,
- de l'article 66, § 2 et de l'article 73, § 3 de la Loi relative aux marchés publics,
- des principes de bonne administration, et notamment du devoir de minutie et du devoir d'impartialité et d'objectivité,
- de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2 et 5, § 2, 1^o de la Loi relative aux marchés publics,
- des articles 2 et 3 de la Loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs,
- du principe de motivation matérielle des actes administratifs.

84. Les principes et dispositions énumérés ci-dessus sont violés en ce que :

- La Ville de Bruxelles a déclaré qu'il n'y avait aucun motif d'exclusion susceptible de s'appliquer à JCDecaux et a, dès lors, sélectionné ce soumissionnaire, alors que :

o celui-ci a omis de mentionner dans le DUME que, par une décision finale du 24 juin 2019, la Commission européenne a conclu à l'existence d'un comportement fautif dans son chef, à savoir le fait qu'il a bénéficié d'aides d'État illégales et incompatibles avec le marché intérieur, et qu'il a été condamné à rembourser ces aides qui s'élèvent à plusieurs millions d'euros, alors que ce comportement fautif aurait, sans aucun doute, eu une influence déterminante sur la décision d'exclusion et, in fine, sur la décision d'attribution (première branche) ;

o le comportement fautif constaté par la Commission européenne dans le chef de JCDecaux constitue un motif d'exclusion facultatif (acte faussant la concurrence et/ou faute professionnelle grave) qui aurait dû faire l'objet d'un examen approfondi de la part de la Ville de Bruxelles, laquelle aurait dû, en outre, motiver formellement et matériellement sa décision relative à l'exclusion (ou non) de JCDecaux (deuxième branche).

- En tout état de cause, la Ville de Bruxelles aurait dû écarter l'offre introduite par JCDecaux car ce soumissionnaire a posé un acte de nature à fausser les conditions normales de la concurrence au sens de l'article 5, §1^{er}, alinéa 2 de la Loi relative aux marchés publics qui consiste dans le fait de bénéficier et d'utiliser des aides d'Etat illégales et incompatibles avec le marché intérieur qui, en outre, sont susceptibles d'avoir une incidence sur son offre dans le cadre du Marché litigieux (troisième branche) ;

85. Ce moyen est divisé en trois branches.

2. Intérêt au moyen

86. CCB a intérêt à développer le présent moyen dans la mesure où, s'il était déclaré fondé, la Ville de Bruxelles devrait écarter (l'offre de) JCDecaux du Marché litigieux ou, à tout le moins, reprendre une nouvelle décision d'attribution et motiver, dans cette décision, son appréciation quant aux motifs d'exclusion de JCDecaux du Marché litigieux, eu égard aux actes de nature à fausser la concurrence posés par cette dernière. Il en résulte que le présent moyen, s'il était déclaré fondé, permettrait à CCB d'obtenir une chance de se voir attribuer le Marché litigieux.

3. Exposé du moyen

a. Première branche : La Ville de Bruxelles aurait dû constater que le DUME de JCDecaux contenait des "fausses déclarations" au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 8^o de la Loi relative aux marchés publics et envisager son exclusion

i. Principes applicables

87. Pour les marchés publics dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil fixé pour la publicité européenne – comme c’est le cas pour le Marché litigieux –, les soumissionnaires doivent produire un document unique de marché européen (le “DUME”).

88. En vertu de l’article 73, § 1^{er}, de la Loi relative aux marchés publics, le DUME “consiste en une déclaration sur l’honneur propre actualisée et qui est accepté par le pouvoir adjudicateur à titre de preuve a priori en lieu et place des documents ou certificats délivrés par des autorités publiques ou des tiers pour confirmer que le candidat ou soumissionnaire concerné [...] ne se trouve pas dans l’une des situations, visées aux articles 67 à 69, qui doit ou peut entraîner l’exclusion des candidats ou de soumissionnaires”. Le même paragraphe ajoute que le DUME “consiste en une déclaration officielle par laquelle l’opérateur économique affirme que le motif d’exclusion concerné ne s’applique pas et/ou que le critère de sélection concerné est rempli et il fournit les informations pertinentes requises par le pouvoir adjudicateur”.

89. Il s’ensuit que les soumissionnaires ont l’obligation de renseigner dans le DUME tous les motifs d’exclusion qui pourraient leur être appliqués. Si les soumissionnaires fournissent des fausses déclarations à cet égard, ou ne fournissent pas d’informations alors qu’ils auraient dû le faire, ils se rendent coupables de “fausses déclarations” au sens de l’article 69, alinéa 1^{er}, 8^o de la Loi relative aux marchés publics et peuvent, dès lors, être exclus du marché (motif d’exclusion facultatif).

90. La jurisprudence de la Cour de justice de l’Union européenne (ci-après la “Cour de justice” ou la “CJUE”) est claire à cet égard : ce motif d’exclusion couvre tant un comportement actif (par exemple, une falsification) qu’une omission, de sorte que la communication de fausses informations est, au même titre que la dissimulation de vraies informations, susceptible d’avoir une incidence sur la décision prise par le pouvoir adjudicateur. Elle estime, dès lors, que le soumissionnaire dans le chef duquel des défaillances ont conduit à la résiliation d’un marché antérieur était tenu, en vertu des exigences de transparence et de loyauté, d’informer le pouvoir adjudicateur de sa situation.

ii. JCDecaux se rend gravement coupable de fausses déclarations, au sens de l’article 69, alinéa 1^{er}, 8^o de la Loi relative aux marchés publics

91. Dans le cas d’espèce, le Rapport d’analyse des offres ne fait aucune référence à un quelconque motif d’exclusion susceptible de s’appliquer à la société JCDecaux et qui aurait été renseigné par celle-ci dans son DUME. Le Rapport d’analyse des offres fait seulement référence au motif d’exclusion facultatif (faute professionnelle grave) mentionné par CCB dans son DUME.

92. Selon la requérante, JCDecaux aurait dû mentionner dans son DUME que, dans sa décision finale du 24 juin 2019, la Commission européenne est arrivée à la conclusion que JCDecaux avait bénéficié d’aides d’État illégales et incompatibles avec le marché intérieur et qu’elle avait été condamnée à rembourser ces aides.

93. Comme indiqué au point 36 ci-dessus, le fait que JCDecaux a introduit un recours en annulation contre la décision de la Commission européenne du 24 juin 2019 ne change rien à cette constatation. En effet, ce recours n’est pas suspensif de sorte que JCDecaux est obligée de rembourser les aides litigieuses malgré l’introduction de ce recours.

94. En outre, le comportement fautif de JCDecaux est d'autant plus flagrant que, au moment du dépôt des offres dans le Marché litigieux, celle-ci n'avait toujours pas remboursé les aides d'État illégales et incompatibles. En tout état de cause, à supposer même que JCDecaux aurait pris des mesures correctrices au sens de l'article 70 de la Loi relative aux marchés publics (telles qu'un éventuel remboursement des aides ou le virement de ces aides sur un compte bloqué), cela ne l'aurait pas dispensée de l'obligation de renseigner son comportement fautif et les éventuelles mesures correctrices dans son DUME.

95. Il s'ensuit que, en omettant de mentionner dans son DUME le comportement fautif constaté par la Commission européenne dans son chef, et en s'abstenant de fournir les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion, JCDecaux se rend gravement coupable de fausse déclaration, au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 8^o de la Loi relative aux marchés publics.

96. Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice, afin de considérer le soumissionnaire comme étant "gravement coupable" de fausse déclaration et de l'exclure ainsi d'un marché public, il ne faut pas démontrer que son comportement a été intentionnel ; il suffit que celui-ci se soit rendu responsable d'une négligence d'une certaine gravité, à savoir une négligence susceptible d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution d'un marché public.

97. Sans qu'il ne soit nécessaire de se prononcer sur le caractère intentionnel ou non de l'omission de JCDecaux, il faut constater que les informations relatives à la décision de la Commission du 24 juin 2019 sont essentielles et ont une influence déterminante sur la décision d'exclusion et, *in fine*, sur la décision d'attribution du Marché litigieux. En effet, le comportement fautif de JCDecaux constaté par la Commission européenne est susceptible de constituer un "acte qui fausse la concurrence" au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o de la Loi relative aux marchés publics ou une "faute professionnelle grave" au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 3^o de la Loi relative aux marchés publics qui auraient pu entraîner l'exclusion de ce soumissionnaire (voir, à ce sujet, la deuxième branche). Il est aussi évident que le résultat de la procédure d'attribution du Marché litigieux aurait été tout autre si JCDecaux avait été exclue du Marché litigieux.

iii. La Ville de Bruxelles aurait pu et dû déceler cette fausse déclaration

98. Premièrement, la requérante tient à souligner que si, dans d'autres circonstances, la Ville de Bruxelles aurait pu invoquer qu'elle s'était fiée aux (absences de) déclarations faites par JCDecaux dans son DUME, qui représente une preuve a priori de la véracité des allégations du soumissionnaire, tel ne peut certainement pas être le cas en l'espèce. En effet, la Ville aurait pu et dû déceler les fausses déclarations de JCDecaux immédiatement, dans la mesure où les aides d'État illégales et incompatibles en question concernent des taxes et des loyers que JCDecaux devait payer à la Ville de Bruxelles elle-même. Cette dernière a participé à la procédure devant la Commission européenne, en déposant des observations écrites, et était, dès lors, parfaitement informée de la décision finale de la Commission du 24 juin 2019.

99. Deuxièmement, et en tout état de cause, il ressort de l'article 73, § 3, de la Loi relative aux marchés publics que la circonstance que le pouvoir adjudicateur doit, dans un premier temps, se contenter du DUME ne l'empêche pas, dans la suite de la procédure, de demander aux soumissionnaires de lui fournir des informations et des documents supplémentaires, si cela s'avère nécessaire pour le bon déroulement de la procédure. De même, l'article 66, § 2, de la Loi relative aux marchés publics prévoit que lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par le soumissionnaire sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, le pouvoir adjudicateur

peut demander au soumissionnaire concerné de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage de la procédure ouverte ou restreinte, que cela ne donne pas lieu à une modification des éléments essentiels de l'offre.

100. C'est, d'ailleurs, ce que la Ville de Bruxelles a fait concernant la partie requérante. A la suite des informations reprises dans le DUME de CCB, la Ville de Bruxelles l'a interrogée sur la condamnation prononcée à son encontre et confirmée par la Cour d'appel de Bruxelles. Cette condamnation au paiement d'une amende de 4.000 euros (augmentée des décimes additionnels de 24.000 euros) concernait l'exploitation d'un (seul) dispositif publicitaire sur le territoire d'une commune différente de celle en ayant autorisé l'installation. CCB a payé cette amende et a pris les mesures adéquates pour qu'un tel incident ne se reproduise plus.

101. La Ville de Bruxelles n'a, en revanche, pas interrogé JCDecaux alors que la Commission européenne l'a déclarée coupable de l'exploitation illégale d'environ une centaine de dispositifs publicitaires, qu'elle doit rembourser des aides d'Etat illégales et incompatibles d'environ 2 millions d'euros et que ce remboursement n'avait toujours pas eu lieu au moment du dépôt des offres.

102. À cet égard, la requérante rappelle que les pouvoirs adjudicateurs sont tenus de traiter les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et transparente. Or, à la lumière de la différence de traitement manifeste décrite ci-dessus, il peut être constaté que ces principes ont été violés dans le cas d'espèce.

103. Troisièmement, à supposer que la Ville de Bruxelles aurait décidé qu'il n'était pas/plus nécessaire d'interroger JCDecaux concernant la condamnation prononcée par la Commission européenne parce que, par exemple, celle-ci aurait déjà remboursé l'intégralité des aides et des intérêts y afférents ou aurait pris d'autres mesures correctrices (*quod certe non*), il n'empêche pas qu'elle aurait dû motiver sa décision à cet égard. En effet, un pouvoir adjudicateur diligent et soucieux du respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, aurait dû motiver matériellement et formellement sa décision de ne pas considérer le DUME de JCDecaux comme contenant des fausses déclarations. Or, le Rapport d'évaluation des offres ne contient aucune mention à cet égard.

b. Deuxième branche : La Ville de Bruxelles aurait dû conclure que le comportement fautif constaté dans le chef de JCDecaux par la décision de la Commission européenne du 24 juin 2019 constitue un motif d'exclusion et, par conséquent, examiner ce motif et motiver sa décision à cet égard

104. Même lorsque le pouvoir adjudicateur choisit de procéder à l'évaluation des offres sans autre examen plus approfondi de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection que la seule vérification du DUME, il a l'obligation, avant l'attribution du marché, de vérifier la véracité du DUME (et, dès lors, des déclarations relatives aux motifs d'exclusion) dans le chef du soumissionnaire pressenti.

105. L'objectif de cette vérification (finale) est de s'assurer qu'aucun marché ne soit attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu ou qui ne remplit pas les critères de sélection.

106. Dans le cas d'espèce, la Ville de Bruxelles aurait dû procéder à un examen approfondi de la véracité des déclarations faites par JCDecaux dans son DUME et s'interroger sur l'éventuelle exclusion de ce soumissionnaire étant donné son

comportement fautif, tel que constaté par la Commission européenne dans sa décision du 24 juin 2019.

107. En effet, cette absence de vérification est problématique à, au moins, deux égards.

108. Premièrement, il est prévu à l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o de la Loi relative aux marchés publics que, sauf dans le cas où le soumissionnaire démontre avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, "le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure [...] un soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que [...] le soumissionnaire a commis des actes, conclus des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence, au sens de l'article 5, alinéa 2".

109. Ce motif d'exclusion ne s'applique pas seulement aux ententes anticoncurrentielles, mais à tout acte de nature à fausser la concurrence.

110. En effet, l'exposé des motifs de la Loi relative aux marchés publics précise que le motif d'exclusion prévu à l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o est exprimé de manière plus large dans la loi belge que dans la directive 2014/24/UE, en faisant notamment référence à l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2 de la Loi :

“ La disposition visée à l'alinéa 1^{er}, 4^o, a été formulée en des termes quelque peu plus larges que dans l'article 57.4.d), de la directive 2014/24/UE. Dans l'article 57.4.d) précité, il est seulement question du cas où le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire concerné a conclu des accords avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence. Etant donné que l'article 5, alinéa 2, stipule que sont interdites non seulement les conventions qui faussent les conditions normales de la concurrence mais également d'autres actes et ententes, même s'ils n'ont pas (encore) abouti à la conclusion d'une convention, le motif d'exclusion correspondant doit également être interprété de façon plus large. Cette interprétation plus large est toujours conforme à l'article 57.4 de la directive 2014/24/UE, étant donné que les Etats membres sont libres de définir eux-mêmes la notion de faute professionnelle grave”.

111. Dans le cas d'espèce, la Commission européenne est déjà arrivée à la conclusion que les aides d'Etat dont JCDecaux bénéficie sont illégales et incompatibles avec le marché intérieur au motif, notamment, qu'elles faussent la concurrence (voir point 29 ci-dessus).

112. En effet, l'une des caractéristiques intrinsèques d'une aide d'Etat incompatible avec le marché intérieur est, d'ailleurs, précisément la distorsion de concurrence qu'elle entraîne sur le marché.

113. La Commission européenne l'a, d'ailleurs, explicitement constaté dans la décision du 24 juin 2019 :

“ (104) Une mesure d'aide accordée par un Etat est considérée comme faussant ou menaçant de fausser la concurrence lorsqu'elle est susceptible de renforcer la position concurrentielle de son bénéficiaire par rapport aux entreprises qui lui font concurrence.

(105) Il suffit que, au moment de la mise en vigueur d'une mesure d'aide, il y ait une situation de concurrence effective sur le marché concerné pour qu'une intervention de l'Etat ou au moyen de ressources d'Etat soit susceptible d'affecter les échanges entre Etats membres et de fausser ou de menacer de fausser la concurrence. Une distorsion de la concurrence est donc présumée

dès lors que l'État octroie un avantage financier à une entreprise dans un secteur libéralisé où la concurrence existe ou pourrait exister.

(106) Compte tenu du fait que JCD opère sur un marché où différentes entreprises du secteur sont en concurrence (le marché de l'affichage publicitaire de petit format), l'octroi ou le bénéfice d'une aide en faveur d'un des acteurs présents aurait des effets qui pourraient potentiellement fausser la concurrence”.

114. Il s'ensuit que, en bénéficiant et en utilisant des aides d'État illégales et incompatibles, JCDecaux a commis “des actes en vue de fausser la concurrence” au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 4° de la Loi relative aux marchés publics.

115. Deuxièmement, il est prévu à l'article 69, alinéa 1^{er}, 3° de la Loi relative aux marchés publics que, sauf dans le cas où le soumissionnaire démontre avoir pris des mesures suffisantes afin de prouver sa fiabilité, “le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure [...] un soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que le candidat ou le soumissionnaire a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité”.

116. La Cour de justice a précisé que “la notion de ‘faute dans l'exercice de la profession’ comprend tout comportement fautif portant atteinte à la crédibilité professionnelle de l'opérateur économique concerné, à son intégrité ou à sa fiabilité”. La notion est interprétée au sens large et “ne peut être limitée aux seules défaillances et négligences dans le cadre de l'exécution d'un marché public”. En outre, “la notion de ‘faute grave’ couvre généralement un comportement de l'opérateur économique concerné qui indique une intention malveillante ou l'absence d'un certain sérieux dans le chef de cet opérateur économique”.

117. La portée relativement vaste de la notion de “faute professionnelle grave” signifie que ce motif d'exclusion pourrait en principe s'appliquer également aux actes spécifiquement visés par d'autres motifs d'exclusion, notamment des actes limitant la concurrence ou des défaillances dans le cadre d'un marché antérieur.

118. L'exposé des motifs du projet de loi relatif aux marchés publics le confirme expressément en ce qui concerne les actes limitant la concurrence :

“ Il faut en effet admettre que l'accomplissement d'actes qui faussent la concurrence constitue une faute professionnelle grave qui remet en cause l'intégrité du candidat ou du soumissionnaire. Par souci de clarification, il a été choisi de lier ce cas spécifique au motif d'exclusion relatif à la distorsion de la concurrence”.

119. Le considérant n°101 du préambule de la directive 2014/24/UE précise, dans le même ordre d'idées, que :

“ Les pouvoirs adjudicateurs devraient en outre pouvoir exclure des opérateurs économiques qui se seraient avérés non fiables, par exemple pour manquement à des obligations environnementales ou sociales, y compris aux règles d'accessibilité pour les personnes handicapées, ou pour d'autres fautes professionnelles graves telles que la violation de règles de concurrence ou de droits de propriété intellectuelle. Il convient de préciser qu'une faute professionnelle grave peut remettre en question l'intégrité d'un opérateur économique et avoir pour conséquence que celui-ci ne remplit pas les conditions requises pour se voir attribuer un marché public, indépendamment du fait qu'il disposerait par ailleurs des capacités techniques et économiques pour exécuter le marché concerné [...]” .

120. Par conséquent, à supposer même que la Ville de Bruxelles aurait considéré que le comportement fautif imputable à JCDecaux ne tombait pas sous la définition plus spécifique d'acte de nature à fausser la concurrence au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o de la Loi relative aux marchés publics, elle aurait dû, à tout le moins, conclure à l'existence d'une faute professionnelle grave dans le chef de JCDecaux qui est susceptible de remettre en cause son intégrité et sa fiabilité.

121. En effet, ainsi qu'il a été constaté, à juste titre, par la Commission européenne et par la Cour d'appel de Bruxelles, en exploitant sans titre, ni droit environ une centaine de dispositifs publicitaires pour lesquels elle n'a payé ni loyers, ni taxes, JCDecaux a posé des actes objectivement illicites qui peuvent, sans aucun doute, être qualifiés de "faute professionnelle grave".

122. JCDecaux a également commis une faute professionnelle grave en bénéficiant et en utilisant les aides d'Etat illégales et incompatibles qu'elle a perçues à la suite de ses actes illicites.

123. Enfin, et pour autant que de besoin, CCB souligne que l'article 69, alinéa 2 de la Loi relative aux marchés publics prévoit, certes, que "[l]es exclusions à la participation aux marchés publics mentionnées à l'alinéa 1^{er} [acte faussant la concurrence et faute professionnelle grave] s'appliquent uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'évènement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction". Cependant, il convient de noter que cette disposition transpose l'article 57, paragraphe 7 de Directive 2014/24/UE. A cet égard, il ressort de la jurisprudence de la Cour de justice que le délai de trois ans commence à courir à compter de la date à laquelle le comportement concerné a fait l'objet d'une constatation d'infraction par l'autorité compétente. En l'espèce, la décision finale de la Commission européenne constatant l'existence d'aides d'Etat illégales et incompatibles avec le marché intérieur, et en ordonnant le remboursement, date du 24 juin 2019, de sorte que la Ville de Bruxelles devait bien en tenir compte.

124. En tout état de cause, à supposer même que la Ville de Bruxelles ait tenu compte des manquements commis par JCDecaux, et ait considéré qu'il ne s'agissait pas d'un acte de nature à fausser la concurrence ou d'une faute professionnelle grave remettant en cause l'intégrité de cette dernière (*quod non*), la Ville de Bruxelles aurait dû le motiver dans sa décision d'attribution. En s'abstenant de le faire, la Ville de Bruxelles a violé son obligation de motivation formelle et matérielle.

125. Ceci est d'autant plus vrai que, en l'espèce, les manquements commis par JCDecaux sont plus importants que l'incident ayant mené à l'amende infligée par CCB, pour lequel la Ville de Bruxelles a pourtant demandé des informations complémentaires à CCB en cours de procédure et a développé une motivation circonstanciée dans le Rapport d'analyse des offres. Pour cette raison également, en ne motivant pas pourquoi l'aide d'Etat dont bénéficie JCDecaux ne devait, le cas échéant, prétendument pas être prise en compte, la Ville de Bruxelles n'a pas traité JCDecaux et CCB sur un pied d'égalité, et a méconnu les principes d'égalité et de non-discrimination entre soumissionnaires, rappelés à l'article 4 de la Loi sur les marchés publics.

c. Troisième branche : La Ville de Bruxelles aurait dû écarter l’offre de JCDecaux en vertu de l’article 5, § 2, 1° de la Loi relative aux marchés publics

i. Principes applicables

126. L’article 5, § 1^{er} et § 2 de la Loi relative aux marchés publics, intitulé “Soustraction au champ d'application et limitation artificielle de la concurrence”, prévoit ce qui suit :

“ § 1^{er}. Un adjudicateur ne peut concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente loi ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques.

Les opérateurs économiques ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

§ 2. Le non-respect de la disposition visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, donne lieu à l'application des mesures suivantes, excepté dans le cas où l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} n'est pas non plus respecté, auquel cas le paragraphe 3 est d'application :

1° tant que l'adjudicateur n'a pas pris de décision finale et que le marché n'est pas conclu, l'écartement des demandes de participation ou des offres introduites à la suite d'un tel acte, convention ou entente ;

2° lorsque le marché est déjà conclu, les mesures d'office fixées par le Roi, à moins que l'adjudicateur n'en dispose autrement par décision motivée ».

127. L'article 69, alinéa 1^{er}, 4° de la même loi dispose comme suit :

“ Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure [...] un soumissionnaire lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que [...] le soumissionnaire a commis des actes, conclus des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence, au sens de l'article 5, alinéa 2”.

128. Ni la Loi relative aux marchés publics, ni son exposé des motifs n’explique comment les deux dispositions susmentionnées s’articulent dans la pratique.

129. Il est toutefois incontestable que, dans la mesure où l’article 69, alinéa 1^{er}, 4° se réfère explicitement à l’article 5, [§ 1^{er}] alinéa 2, la notion d’“acte de nature à fausser la concurrence” est identique dans les deux dispositions et doit, dès lors, s’interpréter de la même manière.

130. Il s’ensuit, dès lors, que l’article 5, § 1^{er} alinéa 2 de la Loi relative aux marchés publics ne concerne pas seulement les ententes anticoncurrentielles, mais tout acte de nature à fausser la concurrence (voir ci-dessus, point 110). Par conséquent, lorsqu’un soumissionnaire a posé un “acte” de nature à fausser les conditions normales de la concurrence, le pouvoir adjudicateur doit écarter son offre introduite à la suite d’un tel acte.

131. En effet, il ressort de la jurisprudence de Votre Conseil que l’article 5, § 1^{er} et § 2, de la Loi relative aux marchés publics s’applique notamment lorsque l’acte de nature à fausser la concurrence est susceptible d’avoir une incidence sur l’offre déposée par le(s) soumissionnaire(s) concerné(s).

132. A titre d'illustration, il ressort d'un arrêt du 29 juillet 2019 de Votre Conseil que le pouvoir adjudicateur doit faire application de l'article 5, § 2, 1° de la Loi relative aux marchés publics – et, dès lors, écarter les offres concernées – lorsqu'il constate que la concertation qui a eu lieu entre deux des soumissionnaires participant au marché a eu une influence sur le contenu de leurs offres. En faisant une application de la jurisprudence de la Cour de justice en la matière, Votre Conseil a dit pour droit que, pour démontrer que l'acte de nature à fausser la concurrence a eu une influence sur les offres, le pouvoir adjudicateur n'est pas obligé de se baser sur des preuves directes ; des indices sont suffisants pour autant qu'ils soient objectifs et concordants et que les soumissionnaires soient en mesure d'apporter la preuve contraire.

133. Dans le même arrêt, Votre Conseil a jugé que le pouvoir adjudicateur était, *prima facie*, en droit de procéder à l'écartement des offres des soumissionnaires fautifs en s'appuyant sur l'article 5, § 2, 1° de la Loi, "et non sur l'article 69, inapplicable en l'espèce, la fiabilité de la partie requérante n'ayant pas été mise en cause".

134. Il ressort de ce qui suit que lorsqu'il existe des soupçons que l'un des soumissionnaires a posé un acte de nature à fausser la concurrence qui, en outre, serait susceptible d'avoir une incidence sur son offre, le pouvoir adjudicateur est obligé d'examiner cette question et motiver sa décision à cet égard. Si, à la suite de cet examen, les soupçons du pouvoir adjudicateur à cet égard se confirment (ne fût-ce que par le biais d'indices), il doit écarter cette offre conformément à l'article 5, § 2, 1° de la Loi relative aux marchés publics.

ii. Application en l'espèce

135. Il ressort de l'exposé des faits (points 26 à 34) que, dans sa décision finale du 24 juin 2019, la Commission européenne est arrivée à la conclusion que JCDecaux avait bénéficié d'aides d'État illégales et incompatibles avec le marché intérieur résultant de l'exploitation, pendant de nombreuses années, d'environ une centaine de dispositifs publicitaires sur le territoire de la Ville de Bruxelles sans titre, ni droit, et sans payer de taxes ou de loyers. Ainsi qu'il ressort de la décision de la Commission, le montant de ces aides illégales et incompatibles n'est pas négligeable. Bien au contraire, selon les calculs de CCB, ces aides s'élèvent à environ 2 millions d'euros à augmenter des intérêts (lesquels s'élèvent, eux aussi, à quelques centaines de milliers d'euros).

136. Il ne fait aucun doute que le fait de bénéficier et d'utiliser des aides d'État illégales et incompatibles d'un montant de plusieurs millions d'euros constitue "un acte de nature à fausser les conditions normales de la concurrence" au sens de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2 de la Loi relative aux marchés publics (voir ci-dessus, première branche).

137. Il ressort d'une jurisprudence constante de la Cour de justice que la seule manière de remédier à une distorsion de concurrence générée par une aide d'État illégale et incompatible est le remboursement intégral de cette aide. Il s'ensuit que, dans le cas d'espèce, la seule manière pour que l'acte faussant la concurrence imputable à JCDecaux – à savoir, le fait de bénéficier et d'utiliser des aides d'État illégales et incompatibles – n'ait pas incidence sur l'offre déposée par ce soumissionnaire dans le cadre du Marché litigieux aurait été que JCDecaux rembourse intégralement l'aide d'État dont elle bénéficie (ainsi que les intérêts y relatifs) avant le moment du dépôt de son offre dans le cadre de ce marché.

138. Cependant, en l'espèce, au moment du dépôt des offres dans le cadre du Marché litigieux, JCDecaux n'avait toujours pas remboursé les aides illégales et incompatibles dont elle bénéficie. Ceci ressort notamment de l'échange de courriers entre la requérante et la Commission européenne du mois de décembre

2020 (voir points 38 à 40 ci-dessus). Or, en déposant une offre dans le cadre du Marché litigieux alors qu'elle bénéficiait d'aides d'Etat illégales et incompatibles d'un montant d'environ deux millions d'euros à augmenter d'intérêts, JCDecaux a bénéficié d'un avantage concurrentiel par rapport aux autres soumissionnaires.

139. Eu égard à ce qui précède, et sans même avoir à se prononcer sur la fiabilité de JCDecaux si cette dernière devait exécuter le Marché litigieux, la Ville de Bruxelles aurait dû constater qu'il y avait des indices sérieux pour considérer que JCDecaux avait posé des actes "de nature à fausser les conditions normales de la concurrence" au sens de l'article 5, § 1^{er} de la Loi relative aux marchés publics qui, en outre, étaient susceptibles d'avoir une incidence sur son offre. La Ville de Bruxelles aurait, dès lors, dû écarter l'offre de JCDecaux.

140. Cette conclusion s'impose d'autant plus que la Ville de Bruxelles était parfaitement au courant de la décision de la Commission du 24 juin 2019 dans la mesure où les aides d'Etat illégales et incompatibles en question concernent des taxes et des loyers que JCDecaux devait payer à la Ville de Bruxelles.

141. En tout état de cause, à supposer même que la Ville de Bruxelles ait considéré que JCDecaux n'avait pas posé un acte de nature à fausser la concurrence au sens de l'article 5, paragraphe 1^{er}, alinéa 2 de la Loi relative aux marchés publics – ce qui serait néanmoins contraire à ce qu'a jugé la Commission européenne – de sorte qu'il n'y avait pas lieu d'écarter son offre, la Ville de Bruxelles aurait dû en motiver les raisons, ce qui n'a cependant pas été fait.

142. A la lumière des développements qui précèdent, le premier moyen doit être déclaré fondé en chacune de ses branches ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Préalablement à l'examen de chacune des trois branches du moyen, il doit être relevé de manière générale que la plupart des griefs qui y sont formulés procèdent du postulat selon lequel, par sa décision finale du 24 juin 2019, la Commission européenne aurait constaté un comportement fautif imputable à l'intervenante et condamné celle-ci au remboursement d'aides d'État jugées illégales et incompatibles avec le marché intérieur, dont elle avait bénéficié.

Force est toutefois de relever, à la lecture de cette décision du 24 juin 2019, que les mesures qui y sont qualifiées d'aides d'État illégales et incompatibles avec le marché intérieur ont été considérées par la Commission européenne comme imputables à l'État belge et que c'est celui-ci qui fait l'objet d'une condamnation prononcée par cette décision, et ce quand bien même il en résulte notamment une obligation de remboursement des aides litigieuses par l'intervenante qui en avait bénéficié.

Quoi que la requérante soutienne à ce propos, notamment au point 95 de sa requête, la décision du 24 juin 2019 ne peut donc, en tant que telle, s'analyser comme emportant constat d'un comportement fautif, imputable à l'intervenante. Les

griefs qui procèdent de cette affirmation reposent donc, dans cette mesure, sur un postulat erroné en fait.

A. Quant à la première branche

La première branche reproche, en substance, à la partie adverse de ne pas avoir exclu l'intervenante de la participation au marché litigieux, alors qu'en omettant de préciser dans son DUME que la décision de la Commission européenne du 24 juin 2019 l'exposait à l'un ou plusieurs des motifs d'exclusions visés à l'article 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, l'intervenante se serait – selon la requérante – rendue coupable de fausse déclaration, au sens de l'alinéa 1^{er}, 8°, de cet article 69, ce qui imposait de l'exclure. La requérante fait, par ailleurs, grief à la partie adverse d'avoir manqué à plusieurs des obligations auxquelles elle était tenue à l'occasion de la vérification du DUME.

L'article 69 de la loi du 17 juin 2016 précitée, dont la violation est invoquée à l'appui de la plupart des griefs formulés au titre des trois branches du moyen, se lit comme suit :

- « Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :
- 1° lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer, par tout moyen approprié, que le candidat ou le soumissionnaire a manqué aux obligations applicables dans les domaines du droit environnemental, social et du travail, visées à l'article 7;
 - 2° lorsque le candidat ou le soumissionnaire est en état de faillite, de liquidation, de cessation d'activités, de réorganisation judiciaire ou a fait l'aveu de sa faillite ou fait l'objet d'une procédure de liquidation ou de réorganisation judiciaire, ou dans toute situation analogue résultant d'une procédure de même nature existant dans d'autres réglementations nationales;
 - 3° lorsque le pouvoir adjudicateur peut démontrer par tout moyen approprié que le candidat ou le soumissionnaire a commis une faute professionnelle grave qui remet en cause son intégrité;
 - 4° lorsque le pouvoir adjudicateur dispose d'éléments suffisamment plausibles pour conclure que le candidat ou le soumissionnaire a commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence, au sens de l'article 5, alinéa 2;
 - 5° lorsqu'il ne peut être remédié à un conflit d'intérêts au sens de l'article 6 par d'autres mesures moins intrusives;
 - 6° lorsqu'il ne peut être remédié à une distorsion de la concurrence résultant de la participation préalable des candidats ou soumissionnaires à la préparation de la procédure de passation, visée à l'article 52, par d'autres mesures moins intrusives;
 - 7° lorsque des défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec un adjudicateur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable;

8° le candidat ou le soumissionnaire s'est rendu gravement coupable de fausse déclaration en fournissant les renseignements exigés pour la vérification de l'absence de motifs d'exclusion ou la satisfaction des critères de sélection, a caché ces informations ou n'est pas en mesure de présenter les documents justificatifs requis en vertu de l'article 73 ou de l'article 74, ou

9° le candidat ou le soumissionnaire a entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel du pouvoir adjudicateur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de lui donner un avantage indu lors de la procédure de passation, ou a fourni par négligence des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion, de sélection ou d'attribution.

Les exclusions à la participation aux marchés publics mentionnées à l'alinéa 1^{er} s'appliquent uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'événement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction.

Sauf disposition contraire dans les documents du marché, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de vérifier l'absence de motifs d'exclusion facultatifs dans le chef des membres de l'organe administratif, de gestion ou de surveillance du candidat ou soumissionnaire ou des personnes qui détiennent un pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle en son sein ».

L'article 5 de la même loi, auquel il est fait référence à l'article 69, alinéa 1^{er}, 4°, et dont la violation est également invoquée par le moyen, est libellé comme suit :

« § 1^{er}. Un adjudicateur ne peut concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente loi ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques.

Les opérateurs économiques ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

§ 2. Le non-respect de la disposition visée au paragraphe 1^{er}, alinéa 2, donne lieu à l'application des mesures suivantes, excepté dans le cas où l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er} n'est pas non plus respecté, auquel cas le paragraphe 3 est d'application :

1° tant que l'adjudicateur n'a pas pris de décision finale et que le marché n'est pas conclu, l'écartement des demandes de participation ou des offres introduites à la suite d'une tel acte, convention ou entente;

2° lorsque le marché est déjà conclu, les mesures d'office fixées par le Roi, à moins que l'adjudicateur n'en dispose autrement par décision motivée.

§ 3. Le non-respect des dispositions visées au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, accompagné ou non du non-respect des dispositions du deuxième alinéa du paragraphe 1^{er}, donne lieu à l'application des mesures suivantes :

1° tant que l'adjudicateur n'a pas encore conclu le marché ou, lorsqu'il s'agit d'une soustraction au champ d'application, tant qu'il n'y a pas de décision finale, la renonciation à l'attribution ou à la conclusion du marché, quelle qu'en soit la forme;

2° lorsque le marché est déjà conclu, quelle qu'en soit la forme, les mesures d'office fixées le cas échéant par le Roi, ce qui peut inclure des mesures d'office à l'égard de l'adjudicataire, pour autant que ce dernier n'ait pas respecté les dispositions du paragraphe 1^{er}, alinéa 2.

Il ne faut cependant prendre une mesure conformément à l'alinéa 1^{er}, 2°, qu'au cas où l'adjudicataire n'a pas commis de faute, pour autant que l'infraction ait sorti un effet faussant réellement la concurrence ».

Dès lors que – comme cela a été relevé dans l’introduction de la réponse au moyen – la décision de la Commission européenne du 24 juin 2019 ne met pas en cause un comportement fautif imputable à l’intervenante, il ne peut pas être reproché à celle-ci de ne pas avoir fait état de cette décision comme étant susceptible de l’exposer à l’application d’un motif d’exclusion, ni, partant, de s’être rendue coupable d’un des comportements susceptibles de justifier son exclusion en vertu de l’article 69, alinéa 1^{er}, 8^o, précité.

Par ailleurs, et puisqu’il ne peut être question de fausse déclaration ou de dissimulation d’informations dont la partie adverse avait d’ailleurs forcément connaissance, il ne peut être reproché à celle-ci ni de n’avoir pas décelé des fausses déclarations, ni de n’avoir pas sollicité de l’intervenante la communication d’informations ou documents complémentaires. À cet égard, il ne peut, au regard des circonstances de l’espèce, davantage lui être fait grief d’avoir soumis les deux soumissionnaires à un traitement discriminatoire, au motif qu’elle aurait interrogé la requérante à propos de la condamnation dont celle-ci avait fait l’objet de la part de la cour d’appel de Bruxelles, tandis qu’elle s’est abstenue de le faire avec l’intervenante à propos de la situation dont rend compte la décision de la Commission européenne du 24 juin 2019. Comme le fait valoir la partie adverse dans sa note d’observations, les circonstances entourant les situations respectives des deux soumissionnaires sont à ce point différentes du point de vue de l’accès aux informations y relatives qu’elles justifient que seule la requérante ait été interrogée.

Enfin, dans un contexte où il ne peut être reproché à l’intervenante de n’avoir pas fait état, dans le cadre de son DUME, de la décision de la Commission européenne du 24 juin 2019 et où la partie adverse n’a, *prima facie*, pas suspecté de fausses déclarations, de sorte que la sélection de l’intervenante ne présentait pas de difficulté particulière de ce point de vue, la partie adverse n’était pas tenue de motiver spécialement sa décision au regard des circonstances dont la requérante entend faire état à l’appui de son moyen.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la troisième branche

En sa troisième branche, le moyen reproche, en substance, à la partie adverse de ne pas avoir constaté qu’il y avait des indices sérieux pour considérer que l’intervenante avait posé des actes de nature à fausser les conditions normales de la concurrence au sens de l’article 5, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 et susceptibles d’avoir une incidence sur son offre, étant entendu, d’une part, que de tels actes seraient établis en raison du bénéfice et de l’utilisation des aides d’État

jugées illégales et incompatibles avec le marché intérieur, et, d'autre part, que les conditions normales de la concurrence ne pouvaient être rétablies que par le remboursement intégral des aides litigieuses préalablement au dépôt de l'offre de l'intervenante, ce qui – à l'estime de la requérante – n'a pu être le cas.

À l'appui de sa critique, la requérante soutient – dans ce qui apparaît relever d'une pétition de principe – qu'il ne fait aucun doute que le bénéfice et l'utilisation des aides illégales constituent un acte de nature à fausser les conditions normales de la concurrence au sens de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2, précité. Elle ajoute, en des termes tout aussi péremptoirs, qu'en déposant une offre alors qu'elle bénéficiait de ces aides, l'intervenante a bénéficié d'un avantage concurrentiel par rapport aux autres soumissionnaires. Elle ne fait toutefois pas état d'éléments concrets qui – au vu notamment des conditions du marché litigieux, des situations respectives des différents soumissionnaires ou des caractéristiques que devrait présenter le jeu normal de la concurrence dans des circonstances telles que celles de ce marché litigieux – tiendraient lieu d'indices suffisamment vraisemblables d'une incidence du bénéfice et de l'utilisation des aides en cause sur le jeu normal de la concurrence dans le cadre du marché litigieux.

Ainsi exposée, la critique repose sur le postulat d'une situation qui n'est nullement établie en fait, ou – à tout le moins – avec une vraisemblance qui permettrait de l'admettre à la faveur d'un examen effectué en extrême urgence. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu d'examiner plus avant les conséquences d'un défaut de remboursement des aides en cause, préalable au dépôt de l'offre de l'intervenante (selon ce qu'affirme la requérante), ou d'un remboursement effectué dans les circonstances évoquées au cours de la présente procédure de référé. Pour les mêmes raisons, il est vain de faire valoir la circonstance que la partie adverse était parfaitement informée de la décision de la Commission européenne du 24 juin 2019.

Dès lors, enfin, qu'il n'apparaît pas (et n'est, d'ailleurs, pas soutenu) que la partie adverse aurait été confrontée, avant d'adopter sa décision critiquée, à des éléments révélant une incidence concrète et précise des aides litigieuses sur le jeu de la concurrence dans le cadre du marché litigieux – ce qui ne pouvait, *prima facie*, se déduire des seuls contentieux respectivement soumis à la Commission européenne et aux juridictions judiciaires belges –, il n'incombait pas à la partie adverse de motiver spécialement sa décision au regard des circonstances dont la requérante entend ainsi faire état à l'appui de son moyen.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa troisième branche.

C. Quant à la deuxième branche

La requérante soutient que l'absence de vérification, par la partie adverse, de la véracité des déclarations faites par l'intervenante dans son DUME – dans le contexte où est reproché à celle-ci un comportement fautif « tel que constaté par la Commission européenne dans sa décision du 24 juin 2019 » (point 106 de la requête) – pose question au regard des deux motifs d'exclusion respectivement prévus par l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o, et 69, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi du 17 juin 2016 précitée. Tels que présentés en termes de requête, ces griefs doivent se comprendre comme mettant en cause la légalité de l'acte attaqué au regard de ces deux dispositions.

Ainsi que cela a été relevé dans l'introduction de la réponse au moyen, la décision de la Commission européenne du 24 juin 2019 ne peut, en tant que telle, s'analyser comme emportant constat d'un comportement fautif, imputable à l'intervenante. Les griefs de la deuxième branche qui procèdent entièrement de cette affirmation en fait reposent donc sur un postulat erroné en fait, imposant de considérer que le moyen ne peut être déclaré sérieux.

Pour le surplus, et en toute hypothèse, l'exposé de la deuxième branche du moyen appelle les observations suivantes :

- S'agissant du motif d'exclusion visé à l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o, relatif à la situation d'un soumissionnaire qui a commis des actes, conclu des conventions ou procédé à des ententes en vue de fausser la concurrence au sens de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016, et même en admettant – à la suite de ce que soutient la requérante au point 109 de sa requête – qu'il ne vise pas les seules ententes anticoncurrentielles, encore faut-il – sauf à priver de sens la référence à l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2, précité – que l'acte susceptible d'exposer le soumissionnaire au risque de l'exclusion en vertu de l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o, ait été de nature à fausser la concurrence dans le cadre d'un marché précisément identifié. Dans l'exposé de ce grief figurant aux points 108 à 114 de la requête, la requérante – qui se limite à soutenir « que, en bénéficiant et en utilisant des aides d'État illégales et incompatibles, JCDecaux a commis “des actes en vue de fausser la concurrence” au sens de l'article 69, alinéa 1^{er}, 4^o de la Loi relative aux marchés publics » – s'abstient de démontrer l'incidence du bénéfice et de l'utilisation des aides en cause sur le jeu de la concurrence dans le cadre du marché litigieux. L'absence d'une telle démonstration a, par ailleurs, été constatée dans la réponse à la troisième branche du moyen.
- En ce qui concerne le motif d'exclusion visé à l'article 69, alinéa 1^{er}, 3^o, de la loi du 17 juin 2016, relatif à la situation du soumissionnaire qui a commis une faute

professionnelle grave, à supposer qu'une telle faute puisse être reprochée à l'intervenante, au regard – non pas, et pour la raison déjà exposée à plusieurs reprises, de la décision de la Commission européenne du 24 juin 2019, mais – de ce qu'ont décidé les juridictions judiciaires belges dans le cadre de l'action en cessation introduite par la requérante, à propos d'un acte contraire aux usages honnêtes en matière commerciale imputable à l'intervenante, un tel motif d'exclusion ne devait pas, en vertu de l'article 69, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016, être pris en considération, même en ayant égard à la date de prononcé de l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, à savoir le 29 avril 2016.

- Pour les mêmes raisons que celles qui sont exposées à ce propos, en réponse à la première branche, les griefs portant sur le respect, par la partie adverse, de ses obligations de motivation et sur un traitement prétendument discriminatoire des deux soumissionnaires ne peuvent être considérés comme sérieux.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen n'est pas sérieux en sa deuxième branche.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, qu'elle expose comme suit :

« 1. Enoncé du moyen

143. Le deuxième moyen est pris de la violation :

- des articles 4 et 81 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics,
- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs,
- des articles 4 et 5 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,
- des articles 234 et 236 de la nouvelle loi communale,
- des articles 18 et 67 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE,
- des principes généraux de motivation interne, de bonne administration, transparence et minutie,
- ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

144. Les principes et dispositions énumérés ci-dessus sont violés en ce que ni les documents du marché, ni la Décision attaquée n'expliquent la méthode de cotation du quatrième, du cinquième et du sixième critères d'attribution, alors que la méthode de cotation d'un critère d'attribution :

- o doit être adoptée préalablement à l'examen des offres, ou exposer en quoi une détermination ex ante eut été impossible ;

- o lorsqu'elle ne figure pas dans les documents du marché, doit à tout le moins être exposée dans l'acte attaqué,
- o doit être claire, compréhensible et transparente ;
- o doit avoir été adoptée par l'organe légalement de l'adjudicateur ; et
- o ne doit pas être entachée d'erreurs manifeste d'appréciation.

145. Ce moyen est divisé en trois branches.

2. Intérêt au moyen

146. La partie requérante a intérêt au moyen puisqu'à le supposer fondé, il remet en cause la décision d'attribution et lui procure une nouvelle chance de se voir attribuer le marché. En effet, le différentiel de points en jeu entre les deux concurrents dans le moyen est de 18, alors que les offres ne sont séparées au total que de 13,28 points.

3. Exposé du moyen

a. Première branche : la méthode proprement dite

147. L'article 4 de la loi du 17 juin 2016 précise que :

“ Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée”.

148. L'article 81 de la loi du 17 juin 2016 a trait aux critères d'attribution. Il est précisé que l'offre la plus avantageuse est déterminée tantôt sur la base du prix ou du coût, tantôt en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix. Les pouvoirs adjudicateurs garantissent toujours la transparence des critères d'attribution de manière à permettre à tous les soumissionnaires d'être parfaitement informés des critères et des modalités d'appréciation qui seront appliquées dans le cadre de l'examen des offres.

149. L'adjudicateur doit arrêter, et publier, les critères d'attribution ainsi que leur pondération, ce qu'il a fait.

150. Pour rappel, les critères d'attribution se lisent comme suit dans les documents du marché :

1. Le prix forfaitaire présenté pour le loyer mensuel de l'ensemble des surfaces publicitaires mises à disposition de l'adjudicataire à des fins publicitaires (partie IV de l'inventaire) : pondération : 40 ;
2. Le prix pour les prestations d'entretien et de maintenance (partie III de l'inventaire) : pondération : 5 ;
3. Le prix de l'offre pour la fourniture, la pose et le déplacement du mobilier (partie I & II de l'inventaire): pondération : 5 ;
4. La qualité, dont notamment la qualité technique et esthétique, des modèles de mobilier proposés : pondération : 20 ;
5. La qualité du service d'entretien et de maintenance : pondération : 10 ;
6. Les mesures en matière de développement durable pour lesquelles le soumissionnaire doit joindre un descriptif dans son offre : pondération : 20 ;

La liste ci-dessous, qui est non exhaustive, reprend un nombre de mesures expliquées dans les clauses techniques du présent cahier spécial des charges et qui peuvent être prises en compte :

- l'économie d'énergie par rapport au mobilier existant,
- les matériaux et composants utilisés pour la fabrication et la pose des mobiliers qui seront réutilisables et/ou recyclables un maximum,
- le transport durable pour l'entretien des mobiliers et la gestion de l'affichage et de la publicité,

- les produits utilisés pour l'entretien des mobiliers,
- la qualité des toitures végétales proposées.

151. Pour les critères 1 à 3 (inclus), le Cahier spécial des charges prend la peine de préciser la méthode de cotation. À l'inverse, le Cahier spécial des charges n'expose pas la méthode de cotation des autres critères (4 à 6).

152. Interrogée quant à la méthode de cotation, la partie adverse répondit ce qui suit le 12 novembre 2020 (voir points 53 et 54 ci-dessus) :

“ Il n'y a pas de formule de calcul pour les critères 4 à 6. L'adjudicateur appréciera ces critères en fonction des propositions des soumissionnaires et motivera l'appréciation de ces critères dans l'analyse des offres accessible aux soumissionnaires”.

153. Il y a néanmoins un calcul qui a été fait au vu de chaque critère. À propos des critères 4 à 6, JCDecaux obtient systématiquement le maximum des points – soit 50/50, alors que CCB est cotée au total des trois critères à concurrence de 32/50, soit un différentiel de 18 points entre les deux concurrents.

154. Rappelons que la différence de cote finale s'établit comme suit : JCDecaux : 91,39 et CCB : 78,11, soit un différentiel de 13,28 points entre les soumissionnaires.

155. En l'espèce, la Décision attaquée précise ce qui suit à propos du quatrième critère :

“ Critère d'attribution n° 4 : La qualité, dont notamment la qualité technique et esthétique, des modèles de mobilier proposés.
Sans prétention à l'exhaustivité pour laquelle un renvoi aux offres des deux soumissionnaires est nécessaire, une synthèse récapitulative des offres de Clear Channel Belgium SRL et JC Decaux Street Furniture Belgium SA, relative au critère d'attribution n°4, peut se présenter comme suit :
Résumé de l'offre de Clear Channel Belgium SRL [...]”.

156. Suivent des considérations subjectives au regard de certaines parties de l'offre de CCB ; le même exposé est ensuite fait en ce qui concerne l'offre de la société JCDecaux. Certains des éléments de l'offre de l'un et de l'autre sont comparés entre eux. Au terme de cet exposé, on peut alors lire ce qui suit :

“ CONCLUSION FINALE POUR LE CRITERE D'ATTRIBUTION N°4 :
Les modèles de mobiliers proposés par Clear Channel Belgium SRL et JCDecaux Street Furniture Belgium SA adoptent tout deux et de façon globale, une signature visuelle en adéquation avec le parc de mobiliers déjà présents sur le territoire de la Ville de Bruxelles.
Néanmoins, le modèle suggéré par Clear Channel Belgium SRL assure moins la visibilité des usagers au sein des abris. Il en résulte une difficulté supplémentaire dans la détermination de l'implantation du support. En effet, le volume du panneau d'affichage de l'abri et du support d'affichage est imposant (monobloc). De plus, le descriptif relatif à la structure hybride du mobilier en acier et en aluminium et la toiture en polycarbonate, ne détaille pas suffisamment la résistance du polycarbonate aux rayons UV et aux autres intempéries et aléas de la vie urbaine qui altèrent cette matière à moyen et long terme. Les détails des épaisseurs sont, à maintes reprises, manquants et aucun moyen de protection n'est présenté pour éviter une corrosion électrolytique entre l'aluminium et l'acier. Enfin, la charge prise en compte pour le calcul de la stabilité de l'abri -verduré par les plantes « Sedum » à la toiture de l'abri, est sous-estimée dans leur offre.
Pour ces raisons, l'offre de Clear Channel Belgium SRL obtient pour le critère d'attribution n°4 une note finale de 13 points sur 20.

En raison d'une structure en fonte d'acier et d'une toiture en verre trempé feuilleté ainsi que de croquis et notes de calculs de stabilité claires et détaillés faisant foi de leur solidité et résistance, les abris et les supports d'affichage présentés par JCDecaux Street Furniture Belgium SA, remplissent les qualités d'un point de vue technique. Les détails des épaisseurs sont à chaque fois précisées. Étant donné que l'abri est « verdurisé » par l'intégration d'une paroi végétale indépendante à la structure du mobilier, la stabilité de ce dispositif est de fait indépendante à celle de la structure de l'abri.

Pour ces raisons, l'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA obtient pour le critère d'attribution n° 4 une note finale de 20 points sur 20”.

157. Pourquoi 13 sur 20 pour le critère 4 ? Quelle est la méthode de cotation qui permet de traduire les considérations subjectives négatives en cette cote précise ?

158. Les critères 5 et 6 procèdent de la même manière.

59. À l'inverse, quelle est la méthode de cotation qui permet de comprendre pourquoi d'autres éléments subjectifs conduisent, systématiquement, à l'attribution du maximum des points chez la société JCDecaux, malgré des considérations subjectives négatives ? Ainsi, sans prétendre à l'exhaustivité, le pouvoir adjudicateur relève dans l'offre de JCDecaux ce qui suit en ce qui concerne le critère 4 :

Du point de vue de la qualité technique de l'abri verdurisé, l'un dans l'autre, les modèles proposés par Clear Channel Belgium SRL et JCDecaux Street Furniture Belgium SA présentent respectivement un désavantage. En effet, l'abri verdurisé de Clear Channel Belgium SRL obstrue la luminosité de l'abri par sa toiture verte, comme la paroi végétale de l'abri verdurisé de JCDecaux Street Furniture Belgium SA facilite “à portée de main” les actes de vandalisme et autres attaques.

160. Et en ce qui concerne le critère 5 :

“ Tout d'abord, du point de vue de l'entretien préventif, la description du nettoyage, tant dans l'offre de Clear Channel Belgium SRL que dans celle de JCDecaux Street Furniture Belgium SA, est conforme aux prescriptions du cahier spécial des charges. Néanmoins, une différence dans la fréquence de nettoyage est à relever : la fréquence proposée par Clear Channel Belgium SRL est une fois tous les 15 jours contre une fois tous les 17 jours dans l'offre de JCDecaux Street Furniture Belgium SA”.

161. Pas un mot d'explication sur la méthode de cotation dans la Décision attaquée.

162. Or, il ne suffit pas d'exposer les éléments positifs ou négatifs pour attribuer une cotation. Lorsque l'on attribue une cotation, comme cela est fait en l'espèce, il convient que l'adjudicateur s'explique sur la méthode de cotation, d'autant plus lorsqu'un soumissionnaire obtient systématiquement le maximum de points pour l'ensemble des trois critères qualitatifs.

163. Il s'agit de trois critères qui laissent une large marge de manœuvre à l'adjudicateur.

164. La méthode de cotation selon laquelle l'un ou l'autre élément des offres confère ou retire des points n'est pas énoncée, et – à la date du 12 novembre 2020, n'existait pas.

165. Or, lorsque pour tout ou partie de ces critères, la méthode d'évaluation des critères d'attribution ne coule pas d'emblée de source, l'adjudicateur doit être en mesure d'expliquer la méthode de cotation qu'il a arrêtée, ce qu'il n'a pas fait.

166. Depuis 2016, la Cour de justice a mis en évidence que l'obligation de transparence implique ce qui suit à l'égard de la méthode de cotation :

“ (...) l'article 53, paragraphe 2, de la directive 2004/18 ni une autre disposition de celle-ci n'établissent une obligation à la charge du pouvoir adjudicateur de porter à la connaissance des soumissionnaires potentiels, par une publication dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, la méthode d'évaluation appliquée par le pouvoir adjudicateur afin d'évaluer et de classer concrètement les offres au regard des critères d'attribution du marché et de leur pondération relative préalablement établis dans la documentation relative au marché en cause.

28 Une telle obligation générale ne ressort pas davantage de la jurisprudence de la Cour.

29 En effet, la Cour a considéré qu'un comité d'évaluation doit pouvoir disposer d'une certaine liberté dans l'accomplissement de sa tâche et, ainsi, il peut, sans modifier les critères d'attribution du marché établis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, structurer son propre travail d'examen et d'analyse des offres présentées (voir arrêt du 21 juillet 2011, *Evropaïki Dynamiki/EMSA*, C 252/10 P, non publié, EU:C:2011:512, point 35).

30 Cette liberté est aussi justifiée par des considérations d'ordre pratique. Le pouvoir adjudicateur doit pouvoir adapter la méthode d'évaluation qu'il appliquera afin d'évaluer et de classer les offres par rapport aux circonstances de l'espèce.

31 Conformément aux principes régissant la passation des marchés prévus à l'article 2 de la directive 2004/18, et pour éviter tout risque de favoritisme, la méthode d'évaluation appliquée par le pouvoir adjudicateur afin d'évaluer et de classer concrètement les offres ne saurait, en principe, être déterminée après l'ouverture des offres par le pouvoir adjudicateur. Toutefois, au cas où la détermination de cette méthode n'est pas possible pour des raisons démontrables avant cette ouverture, ainsi que le relève le gouvernement belge, il ne saurait être reproché au pouvoir adjudicateur de ne l'avoir fixée qu'après que ce dernier, ou son comité d'évaluation, a pris connaissance du contenu des offres.

32 En tout état de cause, conformément auxdits principes régissant la passation des marchés et à ce qui a été constaté aux points 24 et 25 du présent arrêt, l'établissement par le pouvoir adjudicateur de la méthode d'évaluation après la publication de l'avis de marché ou du cahier des charges ne saurait avoir pour effet d'altérer les critères d'attribution ni leur pondération relative”.

167. Cette jurisprudence de la Cour de justice a été suivie par la XII^{ème} Chambre de Votre Conseil, et en particulier dans un arrêt 219.937 du 23 novembre 2017 :

“ La méthode d'évaluation choisi par la partie adverse de manière postérieure apparaît avoir modifiée la pondération des critères d'attribution. La partie adverse a par conséquent illicitement établi cette méthode de manière postérieure, et la partie adverse aurait dû avoir publié cette méthode au préalable dans l'avis du marché ou dans le cahier des charges”.

168. Et plus récemment, par la VI^{ème} Chambre :

“ Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour choisir la méthode d'évaluation des offres à l'aune des critères d'attribution retenus et si la mise en application concrète de cette méthode peut, pour partie, impliquer un jugement de valeur de la part du pouvoir adjudicateur, il est cependant requis que cette méthode ne revête pas un caractère arbitraire ou incohérent, qu'elle n'ait pas pour effet de dénaturer les critères annoncés dans les documents du marché et qu'elle soit appliquée de la même manière à l'ensemble des offres, sans quoi elle ne respecterait pas le principe fondamental de l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires”.

169. Tel est bien le cas en l'espèce, en particulier lorsque l'on constate que la moitié des critères d'attribution sont affectés du même problème :

“ En l'espèce, l'avocat général avait pu préciser que le risque d'une telle altération est plus élevé dans le cas où seuls deux critères à pondération égale sont retenus, puisque la méthode de notation de l'un de ces critères peut, plus que dans d'autres cas, avoir pour effet de modifier sensiblement son poids dans la note finale attribuée. La décision rendue par la Cour de justice rejoint la position du Conseil d'État sur ce point, cette jurisprudence étant sous-tendue par un objectif de conciliation entre principe de transparence des procédures et respect de la marge d'appréciation nécessaire du pouvoir adjudicateur dans la détermination de l'offre économiquement la plus avantageuse”.

170. Comme l'observent J. Martin et G. Pellissier :

“ Pour la Cour, la méthode d'évaluation appliquée par le pouvoir adjudicateur afin d'évaluer et de classer concrètement les offres ne saurait, en principe, être déterminée après l'ouverture des offres par le pouvoir adjudicateur. Toutefois, au cas où la détermination de cette méthode n'est pas possible pour des raisons démontrables avant cette ouverture, il ne saurait être reproché au pouvoir adjudicateur de ne l'avoir fixée qu'après que ce dernier, ou son comité d'évaluation, a pris connaissance du contenu des offres (§ 31). En l'espèce le pouvoir adjudicateur avait retenu deux critères d'attribution, la qualité et le prix, et employé une échelle allant de « très bon » à « faible » en passant par « satisfaisant » pour l'évaluation du critère de la qualité des offres sans qu'une échelle ait été employée pour le critère d'attribution relatif au prix. Pour la Cour, ce procédé ne permettait pas de refléter, lors du classement des soumissionnaires visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, des différences de qualité de leurs offres par rapport au prix de celles-ci tout en respectant la pondération relative des critères d'attribution prévue par la mention « (50/100) » (§ 35) ; or, il apparaissait que ce procédé était susceptible d'affecter le critère du prix en lui accordant un poids décisif par rapport aux offres classées dans l'échelle de qualité. Il appartient alors à la juridiction de renvoi de vérifier si la pondération relative de chacun des critères d'attribution publiée dans l'avis de marché a effectivement été respectée par le pouvoir adjudicateur lors de l'évaluation des offres”.

171. Tel est également le cas en l'espèce, puisque la cotation des trois critères litigieux (18 points d'écart) a un poids décisif dans l'attribution (13,28 d'écart). Pour rappel, la cotation se lit comme suit :

	Clear Channel Belgium SRL	JCDecaux Street Furniture Belgium SA
Points critère n° 1 (max. 40) :	40	33,12
Points critère n° 2 (max. 5) :	1,11	5
Points critère n° 3 (max. 5) :	5	3,27
Points critère n° 4 (max. 20) :	13	20
Points critère n° 5 (max. 10) :	6	10
Points critère n° 6 (max. 20) :	13	20
Total des points attribués :	78,11	91,39

172. Si – certes – il n'y a pas d'obligation de publier d'emblée la méthode de cotation de l'un ou de l'autre des critères dans les documents du marché, il convient – lorsqu'elle n'a pas été publiée – qu'elle soit adoptée avant le dépôt des offres, exposée dans l'acte attaqué et que soit expliqué en quoi il eut été impossible d'établir cette méthode ex ante.

173. Or, rien de tout cela ici.

174. Face à un cas comparable, Votre Conseil a jugé que :

“ Il apparaît de l’analyse du troisième critère d’attribution que la partie adverse n’a pas établi une méthode d’évaluation préalablement au moment de l’ouverture des offres (...). Prima facie le rapport d’analyse semble indiquer qu’on n’a qu’essayé d’établir une méthode d’évaluation appropriée au moment de l’évaluation des offres. La partie requérante remarque à juste titre qu’il n’est en outre pas clair de savoir quelle méthode a été appliquée en définitive”.

175. En l’espèce, la méthode n’a pas été publiée, et il ne ressort actuellement de rien qu’elle aurait été adoptée préalablement à l’ouverture des offres, ou que ceci fut impossible.

176. Autrement dit, la méthode de cotation du critère 4, tout comme celle des critères 5 et 6, n’a été exposée ni dans les documents du marché, ni dans le Forum des questions-réponses (malgré la demande expresse formulée en ce sens), ni dans la Décision attaquée. De surcroît, rien n’établit qu’elle aurait été adoptée préalablement à l’ouverture des offres (les questions-réponses laissent penser le contraire, voir le point 152 ci-dessus), ou que ceci fut impossible...

177. Ceci est d’autant moins régulier que ces trois critères sont particulièrement larges, et leur méthode de cotation évasive. L’on sait néanmoins que :

- Plus une compétence discrétionnaire est laissée à l’adjudicateur, plus est importante son obligation de transparence et de motivation ;
- L’article 85 de la loi du 17 juin 2016 indique expressément que :

“ Les critères d’attribution n’ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d’une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d’attribution (...)”.

178. En l’espèce, force est de constater que la méthode de cotation de ces trois critères n’est exposée ni dans les documents du marché, ni dans la Décision attaquée, et qu’il ne ressort d’aucune pièce qu’elle aurait été établie préalablement au dépôt des offres, que du contraire ... En décidant – après l’ouverture des offres – de donner d’office le maximum de points au premier, et sans expliquer comment les points sont finalement donnés au deuxième, la partie adverse viole les dispositions et principes visés au moyen.

179. En cette branche, le moyen est, par conséquent, fondé.

b. Deuxième branche : adoption de la méthode par l’organe légalement compétent

180. La méthode de cotation des offres est l’une des conditions du marché. A ce titre, elle doit être adoptée par l’organe légalement compétent de la Ville de Bruxelles.

181. A ce stade, comme elle n’est exposée ni dans les documents du marché, ni dans la Décision attaquée, il ne ressort pas qu’elle aurait été adoptée par soit le Conseil, soit le Collège.

182. Par conséquent, la Décision attaquée, en ce qu’elle fait application d’une méthode de cotation des offres qui n’a pas été adoptée par l’organe légalement compétent, méconnaît les dispositions visées au moyen.

c. Troisième branche : erreur manifeste d'appréciation

183. Plusieurs erreurs manifestes d'appréciation entachent l'évaluation négative qui a été faite de l'offre de la requérante. Retenons-en trois caractéristiques :

- l'usage de véhicules électriques ;
- la charge pondérale du toit vert ;
- la dimension des écrans.

(i) L'usage des véhicules électriques

184. La Ville indique que CCB utiliserait moins de véhicules électriques que son concurrent ; l'usage fait par la requérante se limiterait à la maintenance et l'entretien :

“ CONCLUSION FINALE POUR LE CRITERE D'ATTRIBUTION N°6 :

(...)

Clear Channel Belgium SRL propose également une utilisation moins généralisée des véhicules électriques dans le cadre du marché : uniquement pour les interventions de maintenance et d'entretien.

Pour ces raisons, l'offre de Clear Channel Belgium SRL obtient pour le critère d'attribution n°6 une note finale de 13 points sur 20”.

185. Le Rapport d'analyse des offres met, par ailleurs, en évidence le fait que JCDecaux utiliserait les véhicules électriques, en outre, pour l'affichage.

186. Or, la requérante fait exclusivement usage de véhicules électriques, tant pour l'affichage que pour la maintenance et l'entretien, comme cela découle de la page 152 de son offre :

2.4. Matériel d'entretien

Les véhicules de nettoyage, quant à eux, sont équipés d'une cuve et d'une pompe, auxquels se raccordent des perches télescopiques permettant le nettoyage des mobiliers (toit compris) entièrement depuis le sol. Aucune échelle n'est nécessaire, la **sécurité et l'efficacité** sont donc accrues, et le **temps d'intervention optimum** par rapport à un nettoyage classique.

La pompe utilisée pour fournir en eau la brosse en bout de perche est une pompe 12V alimentée sur la batterie du véhicule. Elle fonctionne silencieusement, véhicule à l'arrêt. De plus, cette brosse à faible pression permet de réduire les risques d'éclaboussures pour les passants et les usagers. En fin d'opération, le technicien passe simplement une raclette au sol afin de le laisser propre et sec. **Le nettoyage d'un mobilier se veut aussi discret** que possible pour le confort de vos citoyens.

En collaboration avec les fournisseurs, nous avons récemment développé une nouvelle lance ergonomique et un nouveau système de pompage, permettant de réduire la consommation d'eau pour le nettoyage d'un abri de 28 litres à 10 litres (un seau pour laver tout un abri !). L'économie d'eau réalisée est explicitée au chapitre 8.

Comme nous le détaillons au chapitre 8, **la maintenance de vos mobiliers sera écologique car nos équipes (maintenance et affichage) dédiées à Bruxelles Ville se déplaceront uniquement en véhicule électrique.**

De même, les tournées d'entretien seront réglées pour éviter, autant que possible, les heures de grand trafic et limiter la gêne des citadins. D'autre part, nos règles de stationnement visent à éviter toute gêne pour les piétons et les autres véhicules. En concertation avec les administrations communales, nous sommes constamment à l'écoute des réactions des riverains (plaintes, ...) afin d'améliorer la discrétion de nos interventions.

Le nettoyage d'un mobilier se fait, en moyenne, en 15 minutes. Ce délai très court permet de ne causer aucune gêne aux riverains.

2.5. Prestation d'entretien et de nettoyage :

Via la maintenance préventive, nous garantissons le fonctionnement impeccable des éléments électriques et électroniques pour assurer un parfait état visuel et esthétique de l'abri. Elle inclut un examen bimensuel des éléments et de leur bon fonctionnement (visserie, ...), le contrôle des joints d'étanchéité, le nettoyage complet de tous les éléments, la maintenance de la peinture du mobilier et de ses éléments, le nettoyage des graffitis, l'enlèvement des autocollants, et le contrôle de l'élément verdurisé (arrosage éventuel, enlèvement des débris, remplacement des plantes malades, ...).

Nos prestations d'entretien et de nettoyage sont respectueuses de la **sécurité des usagers**. L'environnement direct du mobilier compte aussi. Lors des opérations de nettoyage des mobiliers, nos agents ont pour consigne d'assurer la propreté des abords sur un rayon de **deux mètres autour des mobiliers**. En cas de dégâts (vitres cassées, ...), ils ont l'instruction d'enlever tous les débris avant de procéder à la réparation.



Clear Channel

75%

152

(ii) La charge pondérale du toit verdurisé

187. Le Rapport d'analyse des offres indique que la requérante se serait trompée dans la charge pondérale du toit vert, à concurrence de près de 30 %. On y lit ce qui suit :

“ De plus, suivant la lecture du pouvoir adjudicateur, les chiffres pour le calcul de la stabilité de la toiture verte dans l'offre de Clear Channel Belgium SRL n'intègrent pas la charge d'une cassette saturée d'eau”.

188. Le Rapport d'analyse des offres indique à ce sujet que la charge pondérale à prendre en compte serait de 418 kilos, alors qu'il n'y aurait une résistance que de 300 kilos :

“ En effet, la surface de la toiture est de 4,5 m x 1,6 m (p. 97) soit 7,2 m² et le poids d'une cassette est d'environ 58 kg/m² lorsque saturé d'eau (p. 95). La charge totale à prendre en compte doit donc être de 58 kg/m² x 7,2 m² = 418 kg or la charge du 'greenroof' reprise à la page 307 pour le calcul de stabilité est de 300 kg”.

189. Des points (on ignore combien) ont alors été retirés du fait que la charge pondérale du toit verdurisé serait trop lourde en cas de pluie, ce qui amènerait une appréciation négative, et donc une diminution des de points.

190. Or, l'affirmation relative à la charge pondérale est inexacte.

191. La surface du toit verdurisé est de 5,23 m². Ceci ressort de la page 95 de l'offre : 18 cassettes sont placées sur un toit verdurisé, à concurrence de 0.29 m² par cassette, soit 5, 22 m² de charge pondérale à prendre en compte. Ceci donne une charge maximale de 302,76 kilos (soit 5, 22 m² x 58 Kg), et non de 418 kilos comme indiqué – à tort – dans le rapport.

192. Cette charge correspond à ce qui est indiqué comme spécification technique de résistance à la page 307 de l'offre. C'est donc manifestement à tort que la Ville de Bruxelles a retiré des points du fait que la charge pondérale du toit verdurisé serait incorrecte à concurrence d'un tiers du poids. La page 95 de l'offre de la requérante se lit en effet comme suit :

2.2. Description technique de l'installation

Nous avons opté pour un système de **toiture végétale « prêt-à-installer » en cassettes**. Elles se posent facilement sur le toit, de la même façon qu'un carrelage. Cette facilité d'installation présente de nombreux avantages. En effet les toitures des abris sont susceptibles d'être démontées provisoirement, suite à un accident ou à des travaux de voûtes, ou même définitivement. **Notre système permet de déplacer et réutiliser le toit verdurisé sur un autre abri**. La Ville peut donc très facilement intervenir un abri standard et un abri verdurisé.

Nous pouvons stocker les cassettes et les réutiliser toute l'année, ce qui favorise la **modularité**.

Les dimensions d'une cassette sont de 54 x 54 x 9 cm (= 0.29m²).

Cela représente 3.44 unités pour 1m² de toit. Pour le modèle Eurōpa S3, cela représente 18 cassettes.

Le poids est d'environ 38 kg/m² à sec et 58 kg/m² lorsque saturé d'eau, ce qui permet de ne pas devoir renforcer la structure. La cassette est fabriquée à base de polypropylène régénéré non toxique. La fixation est un système « clic ».

Techniquement, la cassette peut être apposée sur des toits plats ou des toits présentant une faible pente (n'excédant pas 20%) sans aucun dispositif de fixation supplémentaire. Les toits présentant des pentes supérieures à 20% peuvent être recouverts au moyen d'un dispositif adapté en forme de L. La pente des toits des modèles Eurōpa n'excède pas 10%, mais nous avons tout de même prévu le dispositif en L pour garder l'ensemble compact et à sa place.

La structure présente une face blanche à l'intérieur et verte à l'extérieur. L'abri Eurōpa a l'avantage de posséder un toit légèrement incliné avec un système d'évacuation des eaux de pluie efficient et une hauteur limitée entre la toiture et les vitres, permettant ainsi une meilleure protection des usagers.

La toiture de l'abri est équipée d'une corniche et d'une gouttière qui permet l'écoulement des eaux de pluie sans affecter les usagers.

Vous trouverez le calcul de stabilité dans le cahier technique.



Cassette vue de dessous



Cassette vue de dessus

(iii) La dimension des surfaces d'affichage et le support dans lequel elles s'insèrent

193. La Ville de Bruxelles considère que les surfaces d'affichage des écrans digitaux seraient erronées dans les fiches techniques. Une plus grande surface serait à prendre en compte de sorte qu'elle serait imposante, ce qui altérerait la visibilité des usagers des aubettes :

“ Du point de vue spécificités techniques des écrans digitaux inclus dans le support d'affichage, l'offre de Clear Channel Belgium SRL spécifie les dimensions suivantes (p. 208) : “2640 (2862mm full) x 1340 mm x 308mm”. Une partie des informations est, erronée dans la mesure où il s'agit en réalité des dimensions du panneau.

La même discordance apparaît dans les spécificités techniques des écrans digitaux inclus dans les abris (p.207)”.

194. Il en découle une décote :

“ Néanmoins, le modèle suggéré par Clear Channel Belgium SRL assure moins la visibilité des usagers au sein des abris. Il en résulte une difficulté supplémentaire dans la détermination de l'implantation du support. En effet, le volume du panneau d'affichage de l'abri et du support d'affichage est imposant (monobloc).(...)

Pour ces raisons, l'offre de Clear Channel Belgium SRL obtient pour le critère d'attribution n°4 une note finale de 13points sur 20”.

195. Or, la dimension des écrans digitaux est de 928x 1650 x 0, 86 mm, et non de 2862 x 1340 x 308mm (soit un total de 2640). La Ville confond ce faisant la dimension de la surface d'affichage d'une part (encore appelée “active area” dans les spécifications techniques de l'offre), et celle du dispositif (encore appelé “full”, dans les spécifications techniques de l'offre) dans lequel celle-ci s'insère. On lit en effet à la page 207 de l'offre ce qui suit :

Digital Display Panel	
Technology	LCD
Orientation	Portrait operation
Maximum Resolution	1080 x 1920 pixels (Full HD)
Viewability	Direct Sunlight Readable
Format	9:16
Display Colours	16.7 Million
Pixel Arrangement	RGB vertical stripe
White Luminance (Typ)	2500 cd/m2 Panel
Contrast Ratio (Typ)	5000:1
Active Area	928 x 1650 mm
DPI	0.86 x 0.86 mm
Viewing Angle (Typ)	Wide viewing angle (+/- 89°)
Front Optical Sensor	Yes - for additional proof of content payout
Brightness	Automatic Brightness control to adapt screen brightness to ambient light level Smart Brightness® to adapt backlight brightness during certain hours to not exceed a maximum value
Backlight	LED – automatically turned on when front door opened. Remote re-enabling for increased security
Networking	
Connectivity	4G connectivity with roaming across mobile networks
Antenna	Low profile hockey-puck mounted discretely at top of the unit
Local Ethernet	Local webserver to aid installation and troubleshooting

RDM [®] Smart Maintenance (Option)	
DS75 Access	Secure front door access with integral LCD panel to gain access to replaceable modules behind
On-site Serviceability	Easy replacement of the DS75 LCD panel Easily replaceable of DS75 control modules e.g. fans, power supplies, PC, router, control units Easy replacement of glass door
RDM [®] Remote Management	Remote data collection associated with PC system, video, brightness, backlight, temperature, humidity, light, fans, router and media player Alarm exceptions/configuration System configuration/control Asset management
RDM [®] Managed Maintenance Service Option	Centrally managed maintenance service through Amiscreen help desk Trouble ticketing system and process for managing, escalating and resolving issues quickly in order to minimise downtime Service Level Agreement (SLA) reporting against key operational criteria
RDM [®] Predictive Maintenance	Advanced warnings of possible failure conditions Usage profiling over time to detect early failure patterns
Physical	
Dimensions	2202mm (2354mm Full) x 1340mm x 305mm +/- 7mm (all dimensions) from nominal ground level
Weight	400 to 420Kg (DS75 V1) / 390Kg TBC (DS75 V2)

¹ UK Power Distribution Assembly (PDA) – No Internal Breaker

² EU Power Distribution Assembly (PDA) – 10A Type C Internal Breaker

³ France Power Distribution Assembly (PDA) - 10A Type C Internal Breaker

».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

En sa première branche, le deuxième moyen paraît devoir être compris en ce sens qu'il repose sur des griefs relevant de deux ordres, à savoir le défaut d'annonce de la méthode d'évaluation des offres préalable à l'échéance fixée pour le dépôt de celles-ci, d'une part, et la fixation de cette méthode, d'autre part.

En ce qui concerne le défaut d'annonce de la méthode d'évaluation des offres préalable à l'échéance de dépôt de celles-ci, il doit, avant tout, être rappelé qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de porter à la connaissance des soumissionnaires, préalablement au dépôt des offres, la méthodologie qu'il appliquera afin d'évaluer les offres au regard des critères d'attribution. Il dispose donc d'une certaine liberté dans l'accomplissement de son évaluation et peut donc, sans modifier les critères d'attribution établis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, structurer son propre travail d'examen et d'analyse des offres présentées.

Il doit ensuite être observé qu'interrogée par la requérante, préalablement à l'échéance de dépôt des offres, à propos de la méthode d'évaluation de celles-ci au regard des critères d'attribution 4 à 6, la partie adverse avait indiqué

qu'aucune formule de calcul n'était prévue à propos de ces critères et qu'elle apprécierait les offres en fonction des propositions des soumissionnaires et motiverait cette appréciation, ce qui laissait clairement entendre qu'elle se ménageait une marge d'appréciation dans la structuration de son travail d'examen et d'analyse de celles-ci. Il ne peut donc être considéré que rien n'avait été préalablement annoncé de la méthode d'appréciation des offres, et ce même si celle-ci n'avait pas été présentée avec un degré de précision tel que celui que la requérante prétendait en attendre. Il ne peut davantage être conclu que la méthode d'évaluation n'avait pas été établie préalablement à l'ouverture des offres, et ce même si – à l'estime de la requérante – elle serait lacunaire, comme elle le fait valoir au titre du deuxième ordre de critiques, examiné ci-après.

Enfin, et plus généralement, la requérante n'expose pas en quoi ce qu'elle présente comme l'absence d'exposé préalable de la méthode d'évaluation l'a préjudiciée, ni dans quelle mesure elle aurait préparé son offre différemment si la partie adverse avait mentionné dans les documents du marché la méthode d'évaluation des offres au regard des critères d'attribution 4 à 6. Ce faisant, elle n'établit pas le grief qu'a pu lui causer l'illégalité dénoncée par le moyen en cette branche.

S'agissant du volet du moyen qui doit se comprendre comme critiquant la fixation de la méthode d'évaluation des offres pour les critères 4 à 6, il doit être rappelé, avant tout, que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour choisir la méthode d'évaluation des offres à l'aune des critères d'attribution retenus et que la mise en application concrète de cette méthode peut, pour partie, impliquer un jugement de valeur de la part de ce pouvoir adjudicateur, pour autant que cette méthode ne revête pas un caractère arbitraire ou incohérent, qu'elle n'ait pas pour effet de dénaturer les critères annoncés dans les documents du marché et qu'elle soit appliquée à l'ensemble des offres, sans quoi elle ne respecterait pas le principe fondamental de l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires.

Ensuite, si le moyen doit, dans ce second volet, se comprendre comme dénonçant l'absence d'une formule de calcul permettant de traduire en une note précise les appréciations qu'appellent les offres, il laisse entendre que la partie adverse n'avait d'autre choix, pour l'évaluation des offres au regard des critères 4 à 6, que de fixer une telle formule de calcul, ce qui est contraire au pouvoir d'appréciation dont dispose le pouvoir adjudicateur pour choisir la méthode d'évaluation.

Enfin, la requérante reste en défaut d'indiquer concrètement en quoi la méthode d'évaluation ainsi arrêtée et mise en œuvre par la partie adverse revêtirait un caractère arbitraire ou incohérent, en quoi elle aurait pour effet de dénaturer les critères annoncés dans les documents du marché et ne soutient pas qu'elle n'aurait pas été appliquée à l'ensemble des offres, et ce en méconnaissance du principe fondamental de l'égalité de traitement entre les différents soumissionnaires. Elle n'expose pas davantage – sans préjudice de ce qu'appelle l'examen du moyen en sa troisième branche – en quoi la comparaison des offres aurait été faussée par la méthode d'évaluation choisie par la partie adverse.

Il suit de ces considérations que, quel que soit l'ordre de griefs formulés au titre du moyen, celui-ci ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la deuxième branche

La requérante soutient en substance qu'à défaut d'avoir été exposée dans les documents du marché ou la décision attaquée, il n'apparaît pas que la méthode de cotation des offres aurait été adoptée par le conseil communal de la partie adverse ou par le collège des bourgmestre et échevins de celle-ci.

Tels qu'applicables en l'espèce, les articles 234, § 1^{er}, et 236, §§ 1^{er} et 2, de la Nouvelle loi communale sont libellés comme suit :

- « Art. 234. § 1^{er}. Le conseil communal choisit la procédure de passation des marchés publics et des contrats de concession et en fixe les conditions » ;
- « Art. 236. § 1^{er}. Le collège des bourgmestre et échevins engage la procédure.
§ 2. Le collège des bourgmestre et échevins prend toutes les décisions nécessaires jusqu'au terme de la procédure de passation ».

À la faveur d'un examen en extrême urgence, le moyen appelle les observations suivantes :

- Telle qu'elle se lit au point 180 de la requête, l'affirmation selon laquelle “la méthode de cotation des offres est l'une des conditions du marché” fait figure de pétition de principe. Il doit, par ailleurs, être relevé que, lorsqu'elle allègue que cette méthode “doit être adoptée par l'organe légalement compétent de la Ville de Bruxelles”, la requérante s'abstient d'identifier précisément l'organe de la partie adverse qui serait compétent ainsi que celle des deux dispositions précitées qui fonderait cette compétence.
- En admettant – comme le fait d'ailleurs la requérante dans les développements de la première branche du moyen – que la méthode d'évaluation des offres ne doit pas nécessairement être exposée dans l'avis de marché ou le cahier spécial des

charges, cette méthode ne peut – *prima facie*, et à défaut d'indications de la requête qui inciteraient à en juger différemment – être considérée comme une condition du marché (au sens de l'article 234, § 1^{er}, précité) qui devait être fixée par l'organe compétent à cette fin, à savoir le conseil communal.

- La fixation de la méthode critiquée d'évaluation des offres paraît se rapporter – pour ce qu'un examen du cas d'espèce, effectué en extrême urgence, permet d'en juger – à l'analyse des offres et relève, pour cette raison, de la compétence que le collège des bourgmestre et échevins tient de l'article 236, § 2, précité. Dès lors, comme le fait valoir la partie adverse dans la note d'observations, que le rapport d'examen des offres motivant l'ensemble de la cotation des offres fait partie intégrante de la délibération de son collège des bourgmestre et échevins, la méthode qu'elle a appliquée doit bien être considérée comme ayant été adoptée par l'organe légalement compétent, à savoir ce collège.

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

C. Quant à la troisième branche

Au titre de la troisième branche, la requérante entend dénoncer trois erreurs manifestes d'appréciation, qui entacheraient l'évaluation de son offre.

La première erreur manifeste résulterait de ce que, selon la partie adverse, la requérante annoncerait une utilisation moindre de véhicules électriques et que cette utilisation serait limitée à la maintenance et à l'entretien, et ce alors qu'il ressortirait de la page 152 de son offre qu'elle utilise exclusivement des véhicules électriques, et ce également pour l'affichage.

Ainsi que le fait valoir la partie adverse, les éléments de l'offre destinés à être évalués au regard du sixième critère relatif aux meures prises en matière de développement durable (ce qui concernait notamment le transport) étaient présentés aux pages 168 et suivantes de l'offre de la requérante, spécialement à la page 175 de laquelle il ressort que celle-ci annonçait ne plus utiliser d'énergie fossile pour la maintenance et l'entretien des mobiliers. La référence à l'utilisation de véhicules électriques pour l'affichage ne figurait pas dans cette partie, mais bien dans les éléments de l'offre destinés à être évalués au regard d'un autre critère d'attribution.

La requérante, à laquelle incombe la responsabilité de cette présentation des éléments de son offre, ne peut – au vu de la confusion qu'elle risquait ainsi d'entretenir – reprocher à la partie adverse d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation à propos de cet élément de l'offre.

S'agissant de la deuxième erreur manifeste reprochée à la partie adverse, et qui aurait trait à la prise en considération de la charge pondérale du toit verdurisé, cette charge serait – selon la requête – de 302,76 kg, au lieu des 418 kg retenus dans le rapport d'analyse des offres. Cette discordance entre les charges ainsi évoquées appelle deux observations : d'une part, elle semble s'expliquer par la différence entre les surfaces respectivement prises en considération par la requérante (surface de 5,22 m², déterminée sur la base du nombre de cassettes) et la partie adverse (surface de 7,2 m², déterminée sur la base des dimensions de l'abri), étant entendu que la surface dont se prévaut la requérante n'était pas mentionnée, en tant que telle, dans son offre et ne pouvait qu'être déduite du nombre et de la surface de cassettes mentionnés, alors que l'offre contenait les dimensions de l'abri, sur lesquelles s'est fondée la partie adverse ; d'autre part, la charge de 302,76 kg dont se prévaut la requérante en termes de requête est, en toute hypothèse, supérieure à celle de 300 kg qu'elle annonçait dans son offre. Au regard de ces deux observations, il ne peut, *prima facie*, être reproché à la partie adverse d'avoir commis une erreur manifeste.

Enfin, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir considéré comme erronées plusieurs informations contenues dans son offre à propos des dimensions des surfaces et des supports d'affichage, alors que cette analyse procéderait d'une confusion entre les dimensions des surfaces d'affichage et celles des dispositifs d'affichage. Elle soutient que cette confusion est à l'origine d'une « décote », pour le critère d'attribution n° 4, résultant du caractère imposant du panneau d'affichage et de ses effets sur la visibilité des usagers.

Même si le sens de l'observation critiquée du rapport d'analyse des offres ne se laisse pas aisément déceler et si le Conseil d'État n'aperçoit pas, *prima facie*, les erreurs qu'aurait commises la requérante à ce propos, il n'aperçoit pas davantage l'incidence de cette observation sur l'appréciation relative au caractère imposant du panneau d'affichage, ni, *a fortiori*, sur la « décote » de l'offre de la requérante, alors que les points attribués à la requérante au regard du critère d'attribution n° 4 l'ont été en considération des appréciations portées sur plusieurs aspects de cette offre. Il n'apparaît donc pas en quoi, à la supposer établie, l'erreur manifeste reprochée à la partie adverse, aurait causé grief à la requérante.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que ce moyen ne peut être déclaré sérieux en sa troisième branche.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un troisième moyen, qu'elle expose comme suit :

« 1. Énoncé du moyen

196. Le présent moyen est pris de la violation :

- de l'article 57 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics,
- des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs,
- des principes généraux de concurrence, de prudence, d'égalité de traitement des soumissionnaires, de proportionnalité, de transparence, et de motivation,
- de l'erreur manifeste d'appréciation et du devoir de minutie.

197. Les principes et dispositions énumérés ci-dessus sont violés en ce que le cahier spécial des charges précise que le Marché litigieux est conclu pour une durée de quinze ans, et qu'aucun document du marché actuellement transmis ne mentionne les motifs qui ont déterminé la partie adverse à prévoir cette durée, alors que l'article 57 de la loi du 17 juin 2016, prévoit en règle générale une durée maximale de quatre ans, et que les motifs qui ont déterminé la partie adverse à déroger à cette règle générale doivent figurer, au moins, dans le dossier administratif et doivent déjà exister au moment de l'adoption des documents du marché.

2. Intérêt au moyen

198. La requérante a intérêt au moyen dès lors qu'à le supposer fondé, il conduirait la partie adverse à revoir les conditions du marché, de telle manière que la requérante retrouverait une chance d'obtenir le contrat.

3. Exposé du moyen

199. L'article 57 de la loi du 17 juin 2016 se lit comme suit :

“ Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché initiaux. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché”.

200. A cet égard, Votre Conseil a décidé ce qui suit :

“ la règle générale [fixe] à quatre ans la durée d'un marché public” ;

“ (...), force est de constater qu'aucun élément du dossier administratif ne permet d'établir que ce sont bien [les motifs avancés dans la décision d'attribution] qui, dès l'adoption des documents du marché, ont déterminé la partie adverse à prévoir que le marché litigieux pourrait couvrir une période de cinq ans”.

201. Le Cahier spécial des charges précise la durée en deux endroits différents. Il se lit successivement de manière suivante :

“ Considérant la durée du marché importante (15 ans) pour laquelle le soumissionnaire s'engage à fournir un service d'utilité publique de qualité et considérant sa responsabilité de garantir la continuité de ce service, le montant

du cautionnement est fixé à 300.000,00 EUR pour l'ensemble et pour toute la durée du marché” ;

“ Article 147 - Délais d'exécution

Le présent marché est conclu pour une période de 15 ans.

Le marché prend cours à la date indiquée dans la notification à l'adjudicataire du présent marché.

L'adjudicataire est tenu de commencer les prestations au jour indiqué et de les poursuivre régulièrement, de façon qu'ils soient complètement terminés dans les délais fixés contractuellement.

Quand le délai d'exécution est fixé en jours ouvrables, ne sont pas considérés comme tels :

- les samedis, dimanches et jours fériés légaux, sauf ceux pendant lesquels l'adjudicataire a travaillé ou aurait dû travailler en raison de la nécessité du marché ;
- les jours de vacances annuelles payées et les jours de repos compensatoires prévus par un arrêté royal ou dans une convention collective de travail rendue obligatoire par arrêté royal”.

202. Par rapport aux motifs justifiant la durée, force est de constater que les documents précités sont – pour le moins – peu diserts.

203. Peut-être y a-t-il une décision de l'organe légalement compétent justifiant de la durée. Le dossier administratif permettra de s'en rendre compte. Dans ce cas, et sous réserve d'une plus ample critique des éléments de faits et de droit qui pourraient être avancés par la partie adverse, constatons qu'il faut que :

“ (...) la partie adverse n'[ait] pas exercé de manière déraisonnable son pouvoir d'appréciation ni a fortiori commis une erreur manifeste d'appréciation ou violé son obligation de motivation matérielle en décidant, pour les motifs indiqués dans la note au conseil des ministres du 21 avril 2017, qu'il convenait d'attribuer le marché pour une période portée à six ans”.

204. Le caractère raisonnable – ou non – des motifs avancés s'apprécie avec d'autant plus d'exigence que le délai est ici très long : non pas quatre ou six ans comme dans l'affaire précitée, mais quinze ans.

205. Sans préjudice de ce qui est exposé au point 202 ci-dessus, la requérante suppose à titre conservatoire que les éléments suivants pourraient entrer en ligne de compte :

- Les modifications apportées par la STIB dans le réseau de transport, relatives aux modifications d'emplacement des aubettes, et la reprise éventuelle de la gestion de toutes les aubettes en Région bruxelloise par la STIB : Ces éléments ne paraissent pas pertinents pour justifier une durée aussi longue. En effet, la société intercommunale gère le réseau de transport. Chaque année, les lignes de bus (ou, moins régulièrement, de tram) sont adaptées ou modifiées. Cet élément – s'il était avancé – ne permet pas de justifier une durée aussi longue. Par ailleurs l'éventuelle cession de la qualité d'adjudicateur de la Ville vers la STIB ne justifie pas non plus un allongement de la durée du contrat. Et encore moins à concurrence d'un prolongement aussi significatif : près de 4 fois la durée normale de quatre années prévue par la réglementation. Autrement dit, la mutation éventuelle de la qualité de pouvoir adjudicateur de la Ville vers la STIB ne saurait justifier une durée aussi longue du contrat.
- La période de validité des permis d'urbanisme, limitée à six ans : La validité d'un permis d'urbanisme pour certains des dispositifs à installer dans le contrat est de six années. Le terme de 15 ans ne correspond à rien par rapport à ce terme. Par conséquent, si l'on comprend que cet élément puisse justifier une durée plus longue que les quatre années prévues par la réglementation relative

aux marchés publics, la péremption des autorisations urbanistiques ne permet pas de comprendre la durée de 15 ans. En outre, il convient de souligner que la pose d'abris-voyageurs ne nécessite pas, en tant que telle, de permis d'urbanisme, contrairement aux supports publicitaires. En tout état de cause, la requérante observe que la durée du précédent Marché de 2015 ne coïncidait pas avec celle des permis d'urbanisme, ce qui n'a toutefois pas empêché l'installation de nouveaux mobiliers publicitaires en exécution de ce marché.

- Les investissements économiques : Les frais de développement sont amortis en 10 années maximum d'un point de vue comptable pour les opérateurs économiques :
“ L'amortissement des frais de développement et l'amortissement du *goodwill*, lorsque la durée d'utilisation ne peut être estimée de manière fiable, sont répartis sur une durée de dix ans au plus. La durée d'amortissement du *goodwill* est justifiée dans l'annexe”.
Par conséquent, ce terme comptable maximum est largement inférieur à la durée de 15 ans, de sorte que la durée supplémentaire de cinq ans au-delà de cette période ne s'explique pas.
- La pérennité du mobilier urbain : Si le marché lancé en 1999 portait sur une longue durée, comparable à la durée ici discutée, il faut observer d'emblée que l'achat du nombre d'abris paraît significativement plus élevé par rapport au contrat actuellement discuté. Dans le présent cahier des charges en effet, il n'y a pas de commande minimale...
Pour assurer la pérennité du mobilier en tant que telle, il suffit à la Ville de l'acquérir, comme elle le fait très largement dans le mobilier ici concerné. Cette acquisition :
 - ne justifie pas que l'exploitation, la maintenance et l'entretien des dispositifs acquis soient automatiquement liés. L'entretien, la maintenance et l'exploitation peuvent, par ailleurs, faire l'objet d'une partie distincte, d'une durée respectant le terme légalement prévu par la réglementation relative aux marchés publics : 4 années, ou qui à tout le moins ne s'en écarte pas d'une manière aussi significative : près de quatre fois le terme « normal » d'un marché. En ce sens d'ailleurs, l'on constate que le précédent contrat, qui portait sur l'entretien et la maintenance, était d'une durée de cinq ans ;
 - assure la pérennité du matériel, qui est assorti d'une garantie d'une longue durée.

206. Par conséquent, et sur base des seuls documents du marché, le moyen est fondé ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 57, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

- « Dès sa conclusion, un marché peut comporter une ou plusieurs reconductions, selon les modalités mentionnées dans les documents du marché initiaux. La durée totale, y compris les reconductions, ne peut en règle générale dépasser quatre ans à partir de la conclusion du marché. La reconduction ne peut pas donner lieu à un changement de la nature globale du marché ».

Si cette disposition n'exclut pas qu'il soit dérogé à la durée maximale de quatre ans ainsi fixée, encore faut-il qu'une telle dérogation soit dûment justifiée et que le dossier administratif permette de vérifier que le pouvoir adjudicateur a bien

considéré en temps utile que des motifs justifiaient une telle dérogation. Cette décision de déroger à la durée maximale de quatre ne peut, par ailleurs, procéder d'une erreur manifeste d'appréciation.

En l'espèce, il ressort du dossier administratif que les motifs qui ont déterminé la partie adverse à fixer à quinze ans la durée du marché litigieux sont formellement énoncés dans la délibération du conseil communal du 5 octobre 2020 portant notamment sur l'adoption du cahier spécial des charges. Il ne peut donc être sérieusement contesté qu'ils ont été pris en considération en temps utile par la partie adverse. La motivation de cette durée de quinze ans, ainsi extraite de la délibération précitée, se lit comme suit :

« Considérant que le parc actuel de mobilier urbain, réparti sur tout le territoire de la Ville, comprend 319 abris-voyageurs et 117 supports d'affichage ;

Considérant que la Ville ambitionne d'élargir le parc d'abris-voyageurs par le modèle d'abri existant ou par un nouveau modèle s'intégrant au parc actuel, afin d'augmenter le confort des utilisateurs des transports en commun dont les lignes de bus et de tram seront étendues les prochaines années, poursuivant ainsi l'objectif que la Ville reste à la pointe de la mobilité en faveur de tout usager de l'espace public ;

Considérant qu'en tant que véritable mobilier urbain, les abris-voyageurs et les supports d'affichage présents sur le territoire de la Ville contribuent à sa carte patrimoniale ;

Considérant que la Ville de Bruxelles souhaite, pour son territoire, disposer d'un parc de mobilier homogène et durable, répondant aux missions de service public ;

[...]

Considérant qu'en dérogation de l'article 57 § 2 de la loi du 17 juin 2016 susmentionnée, la durée du nouveau marché de services à conclure sera de 15 ans ; que cette dérogation est motivée, d'une part, par le fait que des investissements potentiellement importants sont à consentir par l'adjudicataire pour la conception, la fabrication et le développement de (nouveau) mobilier urbain, et qu'une plus longue période d'exploitation du mobilier installé permettrait d'amortir et de rentabiliser ces investissements, et, d'autre part, par l'objectif de la Ville de disposer d'un parc de mobilier urbain uniforme et durable et qui bénéficie donc d'une stabilité à long terme, tant en ce qui concerne sa composition que son exploitation ;

Que cette dérogation est motivée également par le fait que le présent marché est non seulement soumis à des fluctuations en raison de sa nature mais aussi tributaire de l'obtention de diverses autorisations notamment le permis d'urbanisme dont la durée de validité s'expire au-delà de six années ; Que cela impliquerait que l'adjudicataire assure l'obtention et le suivi des permis d'urbanisme pour les mobiliers développés et posés par ses soins qui ne lui profiteront que pour la durée du marché ;

Que la Société des Transports Intercommunaux de Bruxelles (en abrégé, "STIB") poursuit activement un programme de développements de lignes de trams et de bus sur tout le territoire de la Ville, des projets d'ampleur dont les retards dans l'exécution ne sont pas à exclure ; que ce programme est souhaité aussi par la Ville qui place la mobilité sur son territoire comme une priorité ».

Fondée sur ces motifs, la dérogation ne paraît, *prima facie*, pas procéder d'une erreur manifeste d'appréciation, particulièrement en ayant égard à la combinaison de plusieurs des éléments mis en évidence par cette motivation. Ainsi, par exemple, même limitée à dix ans comme le fait valoir la requérante, la durée d'amortissement du mobilier acquis doit être appréciée en considération de ce que la constitution projetée du parc de mobilier ne peut être que progressive, étant tributaire des modifications des réseaux de transport en commun concernés, annoncées pour les prochaines années. À cela s'ajoute la volonté – exprimée par la partie adverse dans la délibération précitée du 5 octobre 2020 – d'exclure tout allotissement du marché litigieux, de sorte que le caractère prétendument déraisonnable de la dérogation critiquée ne peut être inféré d'une éventuelle possibilité de division en lots dont la requérante tente vainement, pour cette raison, de tirer argument.

Au vu de sa justification et de ce que celle-ci a bien déterminé la partie adverse en temps utile, la fixation d'une durée de quinze ans, par dérogation à celle de quatre applicable en règle générale, n'apparaît pas avoir été décidée en méconnaissance des dispositions et principes visés par le moyen. Celui-ci ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité des pièces A.7 et A.9 de son dossier.

La partie adverse sollicite également le maintien de confidentialité des deux offres déposées dans le cadre du marché litigieux, qu'elle identifie comme étant les pièces II.1 et II.2 du dossier administratif.

L'intervenante formule la même demande à propos des pièces B.1 et B.2 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.

IX. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

À l'audience du 22 avril 2021, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens liés à la demande de suspension soient laissés à la requérante, ceux de l'intervention l'étant à l'intervenante.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme JCDecaux Street Furniture Belgium est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A.7 et A.9 du dossier de la requérante, les pièces II.1 et II.2 du dossier administratif et les pièces B.1 et B.2 de l'intervenante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

La partie requérante supporte les autres dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 7 mai 2021 par :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy