

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

n° 256.111 du 22 mars 2023

A. 238.339/VI-22.506

En cause : **la société anonyme EQUANS SERVICES,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Lore DERDEYN et
Mai Thy NGUYEN, avocats,
avenue du Port 86C b113
1000 Bruxelles,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée SIBELGA,

ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT, Anne-Sophie BOUVY
et Roxane DELFORGE, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 6 février 2023, la SA Equans Services, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution « des effets :

- a. de la décision de la partie adverse du 17 janvier 2023 déclarant l'offre de la partie requérante irrégulière en ce qui concerne le lot 2 du marché public "NRClick Travaux HVAC – SIB22TW1302", telle que transmise à la partie requérante par *e-mail* le 23 janvier 2023. [...]. Il s'agit du "premier acte attaqué".
- b. de la décision d'attribution de la partie adverse du 17 janvier 2023 en ce qu'elle attribue le lot 2 du Marché aux sociétés Cegelec, Druart et EEG, telle que transmise à la partie requérante par *e-mail* le 23 janvier 2023. [...]. Il s'agit du "deuxième acte attaqué" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 7 février 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 février 2023

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

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

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

M^e Mai Thy Nguyen, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Anne-Sophie Bouvy, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits

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

« 2. Le 6 mai 2022, le Marché "NRClick Travaux HVAC Lot 1 & 2 - SIB22TW1302" (le Marché) a été publié au Bulletin des Adjudications (le BDA) [...].

3. Le Marché est régi par le cahier des charges avec la référence SIB22TW1302X (le Cahier des Charges) [...].

4. Le Marché concerne un marché public de travaux aux sens de l'article 2, 18° Loi Marchés Publics. L'objet du Marché concerne la réalisation de projets de rénovation d'installations HVAC de bâtiments publics en Région de Bruxelles-Capitale et la maintenance préventive et curative de celles-ci pendant la période de garantie de 2 ans [...].

La réglementation en matière d'agrément des entrepreneurs est d'application au Marché [...]

5. La Partie Adverse a lancé la passation du Marché selon la procédure restreinte dans les secteurs classiques [...].

6. Le Marché aura une durée de 6 ans à savoir en principe de février 2023 à février 2029 [...].

7. Le Marché est constitué de 2 lots. En effet, la Partie Adverse distingue deux types de projets de rénovations HVAC :

1. Les travaux d'un montant estimé supérieur à 50.000 € et inférieur ou égal à 250.000 € hors TVA par projet ;

2. Les rénovations à plus grande échelle dont le montant estimé est supérieur à 250.000 € hors TVA par projet.

Tenant compte de ce qui précède, le marché est donc constitué de 2 lots :

1. Lot 1: "Petites installations"

2. Lot 2: "Grandes installations" [...].

La présente requête concerne la contestation de l'attribution du lot 2 "Grandes installations" (le Lot 2).

8. La Partie Adverse agit en qualité de centrale d'achat au profit des Pouvoirs locaux, régionaux et communautaires de la Région de Bruxelles-Capitale (les Adjudicateurs Bénéficiaires ou AB).

Les Adjudicataires Bénéficiaires peuvent passer par la centrale d'achat qui leur permet de conclure des marchés subséquents de travaux. Ils n'ont en revanche aucune obligation de passer par cette centrale d'achat.

À cet égard, le Cahier des Charges prévoit clairement que [...]:

" Il y a lieu de noter que les Pouvoirs Publics Bénéficiaires n'ont ni l'obligation de passer par Sibelga pour les marchés subséquents, ni l'obligation de passer par la centrale d'achat pour leurs travaux, fournitures et services dans le cadre de l'amélioration de l'efficacité énergétique de leurs infrastructures et installations."

Pour les mêmes travaux que ceux faisant l'objet du présent Marché, les Adjudicateurs Bénéficiaires peuvent donc décider de passer leur propre marché et de façon tout à fait indépendante du présent Marché.

9. Le Marché a été lancé par lot via un accord-cadre [...].

Cela signifie qu'un cadre a été établi dans lequel des marchés subséquents effectifs (appelés également "Commande(s)") seront ensuite conclus. Ainsi, l'attribution de l'accord-cadre en soi ne constitue pas encore l'attribution d'un marché spécifique.

Les marchés subséquents relatifs à cet accord-cadre pourront être passés dans le cadre de la centrale d'achat soit par Sibelga soit par les Adjudicateurs Bénéficiaires en fonction de leurs besoins respectifs [...].

Les soumissionnaires concernés seront donc remis en concurrence pour l'attribution de ces marchés subséquents, en utilisant des critères d'attribution distincts [...].

Ainsi, l'offre que remet un soumissionnaire se concrétise uniquement lorsqu'un Adjudicateur Bénéficiaire décide de passer effectivement une Commande.

En effet, le Cahier des Charges prévoit que [...]:

" Pour chacun des lots, les Soumissionnaires remettront offre sur base d'un ☐test-case☐; il s'agit d'un projet concret qui sera réalisé par le Soumissionnaire ayant remis l'offre classée première sur base des critères d'attribution de l'accord-cadre définis dans le Cahier Spécial des Charges, et ce sous réserve de la passation de la commande par l'Adjudicateur Bénéficiaire".

Le Cahier des Charges prévoit également que la Partie Adverse ne garantit aucune quantité effectivement commandée puisque les Commandes des Adjudicateurs Bénéficiaires dépendront de leurs besoins et la faisabilité technique par rapport au projet concret abordé.

Le Cahier des charges présente une description des quantités présumées par lot comme suit [...]:

LOT	Désignation	Nombre de projets estimé/an ² avec suivi assuré par Sibelga	Critère du lot	Nombre d'Adjudicataires actifs	Nombre d'Adjudicataires de réserve
1	«Petites installations» (Travaux, garantie et maintenance de 2 ans inclus)	17	Projet dont le montant estimé > 50.000 € et ≤ à 250 k€	3	2
2	«Grandes installations» (Travaux, garantie et maintenance de 2 ans inclus)	8	Projet dont le montant estimé est > 250 k€	3	2

A cet égard, le Cahier des Charges indique expressément que les quantités mentionnées sont indicatives et que Sibelga ne s'engage pas à commander certaines quantités, car cela dépend également des souhaits des Adjudicateurs Bénéficiaires concernés [...]:

“ Le nombre de projets estimé par an avec suivi par Sibelga est mentionné à l'article 1.8.3 ci-dessus.

La valeur estimée totale par an (hors TVA) est pour le

* LOT 1: € 2.000.000 ;

* LOT 2 : € 3.000.000 ;

Les quantités susmentionnées sont uniquement reprises à titre indicatif afin de pouvoir évaluer le volume des prestations attendues dans le cadre de ce marché et donnent une image des quantités qui seront commandées par l'Adjudicateur/AB.

Sans préjudice du Chapitre II, Section 5, de l'AR du 14/01/2013 et en dérogation à l'AR du 14/01/2013, l'Adjudicateur ne prend aucun engagement quant aux quantités qui seront réellement commandées dans le cadre de ce marché sachant que la décision de faire appel ou non à l'accord-cadre appartient au Pouvoirs Publics Bénéficiaires et que celle-ci dépend notamment des résultats l'éventuelle étude de faisabilité technique.

Aucune indemnité ne sera due à l'Adjudicataire si les quantités prestées ne correspondent pas à ses attentes.”

10. En outre, il ressort également du tableau ci-dessus que ces projets seront divisés entre 3 adjudicataires actifs et éventuellement 2 adjudicataires de réserve. Le Cahier des charges précise à cet égard que [...]:

“ Pour des raisons de garantie de continuité des prestations, l'Adjudicateur conclura un accord-cadre avec trois Adjudicataires ☐actifs☐ pour le lot 1 et avec trois Adjudicataires ☐actifs☐ pour le lot 2.

Chaque marché subséquent sera remis en concurrence entre les 3 Adjudicataires actifs du lot concerné.

Un Candidat sélectionné pour le lot 1 et le lot 2 et ayant remis offre pour les 2 lots, ne pourra se voir attribuer qu'un seul des deux lots comme Adjudicataire actif à savoir le lot de son choix. *A contrario*, il pourra se voir attribuer l'autre lot comme Adjudicataire de réserve.

Il est en effet essentiel que la charge de travail soit répartie entre plusieurs opérateurs économiques afin de pouvoir assurer la continuité des prestations dans le cadre de ce Marché.”

11. Dans le cadre de l'accord-cadre lui-même, il est prévu que les soumissionnaires doivent soumettre leur(s) offre(s) sur base d'un test-case.

A cet égard, le Cahier des Charges indique que [...]:

“ La qualité des installations proposées par le Soumissionnaire dans le cadre de ce marché est évaluée au travers d'un test-case par LOT, conformément aux dispositions du chapitre 8 du présent CSCh. Chaque soumissionnaire devra proposer dans son offre une solution de réalisation sur laquelle il sera coté pour le test-case. Tous les Soumissionnaires se voient soumettre les mêmes cas.

Les test-cases (un test-case par LOT) concernent des cas réels à réaliser dans les conditions réelles du projet (sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale) par les Soumissionnaires à qui le marché aura été attribué tenant compte des règles énoncées ci-après :

le Soumissionnaire le mieux classé en ordre utile exécutera le ☐ test-case ☐ pour lequel il a obtenu la meilleure cote, sous réserve de confirmation de la commande par l'AB. L'Adjudicataire réalisera le chantier conformément à la solution et au prix proposés dans son Offre, sous réserve de la validation finale de cette solution par l'Adjudicateur / AB.”

À travers cette disposition du Cahier des Charges, il est clair que l'offre des soumissionnaires doit être établie sur base d'un test-case et qu'elle sera évaluée au travers de ce test-case par lot.

12. La description des critères d'attribution indique aussi clairement que l'attribution se fera en référence aux critères évalués sur base du test-case. Nous nous référons à cet égard à l'article 8 du Cahier des Charges dont nous rajoutons un extrait ci-après [...]:

8.3.1 DÉFINITION DES CRITÈRES D'ATTRIBUTION LOT 1 ET LOT 2

Les critères et pondérations ci-dessous seront d'application.

Critères & sous-critères	Pondérations
1. Prix test case (maintenance 2 ans inclus)	40
2. Qualité technique du Test case	50
2.1. Maîtrise technique du problème	50
2.2. Approche organisationnelle	30
2.3. Approche sécurité	20
3. Qualité de l'Offre de services	10
3.1. Flexibilité et modalités organisationnelles	50
3.2. Garanties / services offerts	50
Total	100

13. En outre, le Cahier des Charges précise également que [...]:

“ Les Offres de prix pour les test-cases sont valables pendant 180 jours calendrier à compter du 1^{er} jour suivant la date limite de remise de l'Offre.

Lorsque l'Adjudicateur Bénéficiaire passe commande dans le délai susmentionné, l'Offre de prix ☐ hors maintenance ☐ est ferme et aucune demande de révision de prix ne sera acceptée sous réserve des dispositions de l'article 13.1.3 du CSCh.

Lorsque l'Adjudicateur Bénéficiaire ne passe pas commande endéans les 180 jours calendrier suivant la date limite de remise de l'Offre, l'Offre de prix ☐ hors maintenance ☐ du Soumissionnaire le mieux classé en ordre utile pourra être indexée sur base de la formule de révision suivante : [...].”

14. Le 2 novembre 2022, la Partie Requérante a remis une offre pour le Lot 2. À cette occasion, elle a proposé son prix, comme demandé par le Cahier des charges, pour le test-case [...].

Étant donné que la valeur de son offre est inférieure à EUR 10.000.000,00 [...], la Partie Requérante a fait signer son offre par Monsieur [C. S.] (en tant que Division Manager) et [F. D.] (en tant que Department Manager).

Il ressort de la délégation de pouvoirs et de signature de la Partie Requérante que ces personnes sont habilitées à signer l'offre [...], dont vous trouverez un extrait ci-dessous :

“

Les contrats commerciaux et offres dont la valeur est inférieure ou égale à 10.000.000 EUR peuvent être valablement signés par les personnes suivantes, agissant conjointement deux à deux :

1^{re} signature
Administrateur
Délégué
Division Manager (cf. annexe 1)

2^e signature
Department Manager (cf. annexe 1)
Olivier GROSFILS
Michel BOLLEN, Thomas BUELENS, Paul CELIS, Kurt DE PEUTER, Ivan JANSSEN, Niels HAVERBEKE,
Johan VAN UYTVEN, Berten VANDEBROEK, Samuel WORTHY
Sven JORISSEN, Marc VAN CUTSEM, Harald VAN DEN BRANDEN

Ces documents de délégation de pouvoirs et de signatures [...] ont été joints à l'offre de la Partie Requérante [...].

15. Cependant et de façon non fondée, la Partie Adverse décide d'écarter l'offre de la Partie Requérante pour le Lot 2 du Marché pour les motifs suivants indiqués dans le Premier Acte attaqué [...]:

“ Equans Services S.A ne respecte pas les dispositions en matière de signature électronique des offres de l'AR du 18/04/2017 relatif à la passation des marchés publics dans les Secteurs Classiques.
En effet, l'article 44 de l'AR du 18/04/2017 prévoit que ☐ Les signatures visées à l'article 43 sont émises par la ou les personne(s) compétente(s) ou mandatée(s) à engager le soumissionnaire ☐. Or l'Offre déposée par Equans Services sur la plateforme E-Tendering n'est pas signée par une personne habilitée à engager le Soumissionnaire.
Comme en atteste le rapport de dépôt des offres, l'Offre d'Equans Services a été signée par messieurs [F. D.] et [C. S.].
La valeur totale estimée du marché pour le lot 2 est de 12.000.000 € hors TVA. (cf. montant publié au BDA et JOUE).
Or, la délégation de pouvoirs d'Equans Services publiée au *Moniteur belge* du 17/10/2022 suite au Conseil d'administration du 25 avril 2022 conformément aux statuts coordonnés du 23/12/2021 prévoit explicitement que les contrats commerciaux et Offres dont la valeur est supérieure à 10.000.000 € doivent être signés par les Administrateurs et les Délégués, agissant conjointement deux à deux, ou un Administrateur / Délégué conjointement avec un Division Manager pour être valable signés.
[C. S.] est Division Manager et [F. D.] est Département manager. Aucun des 2 signataires de l'Offre n'est repris dans la délégation de pouvoirs publiée au *Moniteur belge* du 17/10/2022 suite au Conseil d'administration du 25 avril 2022 en qualité d'Administrateur ou de Délégué.
Tenant compte de ce qui précède, l'Offre d'Equans Services n'est pas signée par des personnes habilitées à engager la société pour un montant supérieur à 10.000.000 € et est donc entachée d'une irrégularité substantielle. Elle est donc manifestement irrégulière. Elle est de ce fait irrecevable et rejetée.”

16. À travers le Deuxième Acte attaqué, la Partie Adverse décide d'attribuer le Lot 2 aux sociétés Cegelec, Druart et EEG.

17. En ce que la décision de déclarer l'offre de la Partie Requérante irrégulière n'est nullement fondée et par conséquent la décision d'attribution du Marché, la Partie Requérante s'adresse à Votre Conseil pour faire valoir sa défense contre les Actes attaqués ».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, qui se présente comme suit :

« 6.1.1 Exposé du moyen

30. Le premier et unique moyen est pris :

- a. De la violation des articles 4, 5 et 8 de la Loi Recours ;
- b. De la violation des articles 2 et 3 de la Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs (la Loi Motivation) ;
- c. De la violation des articles 4 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (la Loi Marchés Publics) ;
- d. De la violation des articles 44 et 76 de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (l'AR Passation) ;
- e. Des principes généraux du droit, notamment les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence ;
- f. Du principe général de bonne administration, en particulier du principe de motivation des actes administratifs, de transparence et d'égalité ;
- g. Du principe "*patere legem quam ipse fecisti*" ;
- h. De l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation de la Partie Adverse ;
- i. De l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs,

En ce que, la Partie Adverse (i) a considéré l'offre de la Partie Requirante comme irrégulière au motif qu'elle n'est pas signée par des personnes habilitées à engager la société pour un montant supérieur à EUR 10.000.000,00 et a écarté l'offre de la Partie Requirante ; (ii) pour se faire, s'est basée de façon erronée sur la valeur totale estimée du Marché de EUR 12.000.000,00 et (iii) a décidé d'attribuer le Lot 2 à Cegelec, Druart et EEG.

Alors que :

- a. Première branche, l'offre de la Partie Requirante est régulière et a été dûment signée car elle est inférieure à EUR 10.000.000,00. Il s'agit de la valeur de l'offre, telle qu'établie sur la base d'un test-case comme exigé par le Cahier des Charges, qui doit être prise en considération.
- b. Deuxième branche, dans le cas où il aurait fallu prendre en considération une autre valeur que celle de l'offre pour évaluer la signature de la Partie Requirante (*quod non*), il n'y a de toute façon pas lieu de prendre en considération la valeur totale estimée du Marché qui est indéterminée.

6.1.2 Développement du moyen unique

- a. Première branche, l'offre de la Partie Requirante est régulière et a été dûment signée car elle est inférieure à EUR 10.000.000,00. Il s'agit de la valeur de l'offre, telle qu'établie sur la base d'un test-case comme exigé par le Cahier des Charges, qui doit être prise en considération

(a) Le Cahier des Charges prévoit que l'offre doit de toute façon être basée sur un test-case et est donc régulière

31. Comme expliqué précédemment, le Cahier des charges prévoit clairement que les soumissionnaires doivent soumettre leur(s) offre(s) sur base d'un test-case [...]:

“ La qualité des installations proposées par le Soumissionnaire dans le cadre de ce marché est évaluée au travers d’un test-case par LOT, conformément aux dispositions du chapitre 8 du présent CSCh. Chaque soumissionnaire devra proposer dans son offre une solution de réalisation sur laquelle il sera coté pour le test-case. Tous les Soumissionnaires se voient soumettre les mêmes cas.

Les test-cases (un test-case par LOT) concernent des cas réels à réaliser dans les conditions réelles du projet (sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale) par les Soumissionnaires à qui le marché aura été attribué tenant compte des règles énoncées ci-après :

le Soumissionnaire le mieux classé en ordre utile exécutera le □test-case□ pour lequel il a obtenu la meilleure cote, sous réserve de confirmation de la commande par l’AB. L’Adjudicataire réalisera le chantier conformément à la solution et au prix proposés dans son Offre, sous réserve de la validation finale de cette solution par l’Adjudicateur / AB.”

À travers cette disposition du Cahier des Charges, il est clair que l’offre des soumissionnaires doit être établie sur base d’un test-case et qu’elle sera évaluée au travers de ce test-case par lot.

32. La description des critères d’attribution indique aussi clairement que l’attribution se fera en référence aux critères évalués sur base du test-case. Nous nous référons à cet égard à l’article 8 du Cahier des Charges dont nous rajoutons un extrait ci-après [...]:

8.3.1 DÉFINITION DES CRITÈRES D’ATTRIBUTION LOT 1 ET LOT 2

Les critères et pondérations ci-dessous seront d’application.

Critères & sous-critères	Pondérations
1. Prix test case (maintenance 2 ans inclus)	40
2. Qualité technique du Test case	50
2.1. Maîtrise technique du problème	50
2.2.Approche organisationnelle	30
2.3. Approche sécurité	20
3. Qualité de l’Offre de services	10
3.1. Flexibilité et modalités organisationnelles	50
3.2. Garanties / services offerts	50
Total	100

33. En outre, le Cahier des Charges précise également que [...]:

“ Les Offres de prix pour les test-cases sont valables pendant 180 jours calendrier à compter du 1^{er} jour suivant la date limite de remise de l’Offre.

Lorsque l’Adjudicateur Bénéficiaire passe commande dans le délai susmentionné, l’Offre de prix □hors maintenance□ est ferme et aucune demande de révision de prix ne sera acceptée sous réserve des dispositions de l’article 13.1.3 du CSCh.

Lorsque l’Adjudicateur Bénéficiaire ne passe pas commande endéans les 180 jours calendrier suivant la date limite de remise de l’Offre, l’Offre de prix □hors maintenance□ du Soumissionnaire le mieux classé en ordre utile pourra être indexée sur base de la formule de révision suivante : [...]”.

34. Il ressort de ce qui précède que la Partie Adverse évalue les offres qui ont été soumises et leur validité uniquement sur base d’un test-case. Il faut donc prendre en compte uniquement la valeur de l’offre soumise sur base du test-case et non la valeur totale estimée du Marché (qui par ailleurs n’est pas déterminable comme expliqué ci-après) pour évaluer la signature de l’offre.

35. Il s'en déduit que l'offre remise par la Partie Requérante est régulière puisque le montant de l'offre se base sur un test-case et que les offres sont évaluées sur base de ce test-case. Il faut donc prendre en considération le montant de l'offre de la Partie Requérante pour évaluer la signature de l'offre.

(b) Les personnes qui ont signé l'offre sont compétentes pour signer une offre d'un montant inférieur ou égal à EUR 10.000.000,00

36. La délégation de pouvoirs et de signature de la Partie Requérante prévoit qu'un Division Manager peut signer conjointement avec un Department Manager toutes les offres dont la valeur est inférieure ou égale à EUR 10.000.000,00 EUR [...].

37. Cette délégation indique que :

Les contrats commerciaux et offres dont la valeur est inférieure ou égale à 10.000.000 EUR peuvent être valablement signés par les personnes suivantes, agissant conjointement deux à deux :

1re signature
Administrateur
Délégué
Division Manager (cf. annexe 1)

2e signature
Department Manager (cf. annexe 1)
Olivier GROSFILS
Michel BOLLEN, Thomas BUELENS, Paul CELIS, Kurt DE PEUTER, Ivan JANSSEN, Niels HAVERBEKE,
Johan VAN UYTVEN, Berten VANDEBROEK, Samuel WORTHY
Sven JORISSEN, Marc VAN CUTSEM, Harald VAN DEN BRANDEN

38. L'offre en question remise dans le cadre du Marché a été signée par [F. D.] qui est Department Manager et [C. S.] qui est Division Manager au sein de la société de la Partie Requérante [...].

39. Votre Conseil constatera que l'offre remise par la Partie Requérante est d'un montant très largement inférieur à EUR 10.000.000,00 [...]. Ainsi, Monsieur [C. S.] (en tant que Division Manager) et [F. D.] (en tant que Department Manager) sont donc tout simplement habilités à signer l'offre en vertu des délégations de pouvoirs et de signature.

Il est clair que l'offre remise par la Partie Requérante doit être déclarée régulière, en ce qu'elle a été signée par les bonnes personnes et engage donc incontestablement la Partie Requérante pour l'offre soumise dans le cadre du Marché pour le Lot 2.

b. Deuxième branche, dans le cas où il aurait fallu prendre en considération une autre valeur que celle de l'offre pour évaluer la signature de la Partie Requérante (*quod non*), il n'y a de toute façon pas lieu de prendre en considération la valeur totale estimée du Marché qui est indéterminée

(a) La réglementation ne prévoit pas de prendre en considération la valeur totale maximale estimée du Marché pour évaluer la signature de l'offre

40. Pour déclarer l'offre de la Partie Requérante irrégulière au motif que les personnes qui ont signé l'offre ne sont pas habilitées à engager la Partie Requérante, la Partie Adverse se base sur la valeur totale estimée du Marché pour le Lot 2, prétendument fixée à EUR 12.000.000,00 dans le Premier Acte attaqué.

41. Or, aucune réglementation ne prévoit de prendre en considération la valeur totale estimée du marché en question pour déterminer la validité de la signature de l'offre d'un soumissionnaire.

En réalité et vu les spécificités du Marché, cette valeur totale, quand bien même elle serait déterminable (*quod non* – voir ci-dessous), elle ne serait jamais atteinte puisqu'il est impossible de déterminer les Commandes qui seront effectivement passées par les Adjudicateurs Bénéficiaires et le nombre de Commandes qui seront répartis entre les 3 adjudicataires actifs désignés.
C'est donc de façon erronée que la Partie Adverse se fonde sur la valeur totale du Marché pour déclarer l'offre de la Partie Requérante irrégulière.

(b) Le mécanisme de l'accord-cadre rend la valeur du Marché indéterminable

42. Tel que défini par l'article 2, 35° de la Loi Marchés Publics, l'accord-cadre est l'accord entre un ou plusieurs adjudicateurs et un ou plusieurs opérateurs économiques ayant pour objet d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée, notamment en ce qui concerne les prix et, le cas échéant, les quantités envisagées.

L'accord-cadre est une procédure d'attribution en deux phases. L'accord-cadre consiste à effectuer une première mise en concurrence qui aboutit à l'attribution de l'accord-cadre à un ou plusieurs adjudicataires. Les commandes subséquentes sont attribuées dans un second temps à plusieurs reprises, durant la durée de l'accord-cadre.

Ainsi, lors de l'attribution de l'accord-cadre, il n'est pas encore possible de déterminer les commandes qui seront effectivement passées par le pouvoir adjudicateur.

À cet égard, la doctrine précise en effet que :

“ L'accord-cadre a pour caractéristique essentielle de fixer – comme son nom l'indique – le cadre des conditions propres à un marché public dont l'objet a été déterminé par le pouvoir adjudicateur, mais dont tous les termes peuvent ne pas être nécessairement fixés à ce moment. Ils le seront ultérieurement, lorsque le pouvoir adjudicateur décidera de conclure un marché fondé sur cet accord-cadre et de passer une commande spécifique. À ce moment, la commande fera l'objet soit d'une remise en concurrence, soit d'une attribution à l'adjudicataire ou à un des adjudicataires retenus dans la première phase de l'accord-cadre, soit d'une combinaison entre ces deux mécanismes.”

Par le mécanisme de l'accord-cadre, il n'est donc pas possible de déterminer avec certitude les commandes qui seront effectivement passées, ni la valeur totale de celles-ci pour l'ensemble du Marché.

43. L'argumentation ci-dessus est d'autant plus confirmée par les dispositions du Cahier des Charges [...]:

- Il ressort du tableau ci-dessous [...] que le Lot 2 concerne les projets dont le montant estimé est supérieur à EUR 250.000,00 et que le nombre de projets estimé par an est porté au nombre de 8.

LOT	Désignation	Nombre de projets estimé/an ² avec suivi assuré par Sibelga	Critère du lot	Nombre d'Adjudicataires actifs	Nombre d'Adjudicataires de réserve
1	«Petites installations» (Travaux, garantie et maintenance de 2 ans inclus)	17	Projet dont le montant estimé > 50.000 € et ≤ à 250 k€	3	2
2	«Grandes installations» (Travaux, garantie et maintenance de 2 ans inclus)	8	Projet dont le montant estimé est > 250 k€	3	2

Sur base de ces chiffres (pas de montant maximal), il n'est donc pas possible d'estimer la valeur totale du Lot 2 par an ni sur une durée de 6 ans, correspondant à la durée de l'accord-cadre.

- Il ressort également du tableau ci-dessus que ces projets seront divisés entre 3 adjudicataires actifs et éventuellement 2 adjudicataires de réserve. L'article 1.8.3 du Cahier des charges précise à cet égard que [...]:

“ Pour des raisons de garantie de continuité des prestations, l'Adjudicateur conclura un accord-cadre avec trois Adjudicataires □actifs□ pour le lot 1 et avec trois Adjudicataires □actifs□ pour le lot 2.

Chaque marché subséquent sera remis en concurrence entre les 3 Adjudicataires actifs du lot concerné.

Un Candidat sélectionné pour le lot 1 et le lot 2 et ayant remis offre pour les 2 lots, ne pourra se voir attribuer qu'un seul des deux lots comme Adjudicataire actif à savoir le lot de son choix. *A contrario*, il pourra se voir attribuer l'autre lot comme Adjudicataire de réserve.

Il est en effet essentiel que la charge de travail soit répartie entre plusieurs opérateurs économiques afin de pouvoir assurer la continuité des prestations dans le cadre de ce Marché.”

Il ressort de ce qui précède que l'ensemble des projets ne se verra, en tout état de cause, pas attribuer à un seul adjudicataire.

Sur base de cette répartition entre les 3 adjudicataires actifs (et potentiellement les adjudicataires de réserve), il n'est donc pas possible d'estimer le nombre de projets qui sera attribué à un adjudicataire actif par an ni sur une durée de 6 ans, correspondant à la durée de l'accord-cadre. Par conséquent la valeur totale estimée du Lot 2 pour ce Marché n'est tout simplement pas déterminable.

- Le Cahier des charges indique également que les quantités mentionnées sont purement indicatives :

“ Les quantités susmentionnées sont uniquement reprises à titre indicatif afin de pouvoir évaluer le volume des prestations attendues dans le cadre de ce marché et donnent une image réaliste des quantités qui seront commandées par l'Adjudicateur / AB.

Sans préjudice du Chapitre II, Section 5, de l'AR du 14/01/2013 et en dérogation à l'Art. 81 de l'AR du 14/01/2013, l'Adjudicateur ne prend aucun engagement quant aux quantités qui seront réellement commandées dans le cadre de ce marché sachant que la décision de faire appel ou non à l'accord-cadre appartient au Pouvoirs Publics Bénéficiaires et que celle-ci dépend notamment des résultats l'éventuelle étude de faisabilité technique.

Aucune indemnité ne sera due à l'Adjudicataire si les quantités prestées ne correspondent pas à ses attentes.” [...];

et

“ Il y a lieu de noter que les Pouvoirs Publics Bénéficiaires n'ont ni l'obligation de passer par Sibelga pour les marchés subséquents, ni l'obligation de passer par la centrale d'achat pour leurs travaux, fournitures et services dans le cadre de l'amélioration de l'efficacité énergétique de leurs infrastructures et installations” [...].

- De plus, même pour des travaux similaires à ceux du présent Marché, les Adjudicateurs Bénéficiaires gardent la liberté de choisir de passer leur propre marché et de façon tout à fait indépendante du présent Marché.

À cet égard, le Cahier des Charges prévoit en effet que [...]:

“ Il y a lieu de noter que les Pouvoirs Publics Bénéficiaires n'ont ni l'obligation de passer par Sibelga pour les marchés subséquents, ni l'obligation de passer par la centrale d'achat pour leurs travaux, fournitures et services dans le cadre de l'amélioration de l'efficacité énergétique de leurs infrastructures et installations”.

44. Ainsi, la valeur totale du Marché pour le Lot 2 n'est en réalité pas déterminable puisqu'il n'est pas possible de fixer :

- (i) le nombre de projets qui seront menés par an, ainsi que sur une durée de 6 ans ;
- (ii) le montant maximal des grandes installations pour le Lot 2 en ce que ce montant est simplement défini comme étant supérieur à EUR 250.000,00 [...];
- (iii) les besoins réels des Adjudicateurs Bénéficiaires et donc les travaux qui seront effectivement commandés ;

Dès lors, la valeur totale du Marché pour le Lot 2 est simplement indéterminable au regard de la validité de la signature de l'offre.

Il y a lieu de prendre en compte la montant de l'offre de la Partie Requérante applicable à chaque commande subséquente pour déterminer si les personnes ayant signé l'offre sont habilitées à engager la Partie Requérante. Après tout, c'est à ce moment-là qu'un marché effectif est passé. L'offre de la Partie Requérante devait donc être déclarée régulière.

(c) La jurisprudence néerlandaise appliqué au cas d'espèce nous enseigne que l'accord-cadre est de valeur indéterminée

45. Dans une affaire similaire, le Tribunal de Groningen s'est déjà prononcé sur la question.

L'affaire concernait un accord-cadre pour la fourniture de services d'ingénierie. Il s'avère que le nombre et le contenu des marchés subséquents n'étaient pas encore fixés. Il est difficile pour le pouvoir adjudicateur d'indiquer une estimation de la valeur totale de l'ensemble des marchés subséquents car la croissance et le développement de l'Energy Park était un élément incertain. Le pouvoir adjudicateur indiquait toutefois que la valeur totale estimée (minimale) sera d'au moins EUR 2.000.000,00. Il s'avère que la société soumissionnaire a remis une offre pour cet accord-cadre. Cette offre a été signée selon une procuration autorisant de représenter la société jusqu'à un maximum de EUR 1.000.000,00. L'offre en question a alors été déclarée irrégulière en ce que la valeur estimée du contrat était de EUR 2.000.000,00.

Le Tribunal de Groningen a tranché la question de savoir si la procuration en question était suffisante pour engager la société soumissionnaire.

Par décision du 31 août 2007, le Tribunal de Groningen a décidé ce qui suit [...]:

Traduction libre :

“ 4.2. Groningen Seaports fait valoir que la valeur minimale des marchés subséquents est de EUR 2,0 millions. Il résulte de l'article 14 alinéa 4 du BASS que la valeur maximale de l'ensemble des marchés subséquents détermine la valeur de l'accord-cadre. Le tribunal relève toutefois que Groningen Seaports a indiqué dans les documents de marché que la valeur des marchés subséquents est encore incertaine. Ainsi, l'article 3.2.5 des documents de marché indique la valeur minimale estimée des marchés subséquents. La question est de savoir si la valeur minimale estimée des marchés subséquents est suffisamment déterminable pour être considérée comme la valeur de l'accord-cadre.

À cet égard, Groningen Seaports fait valoir que la valeur des marchés subséquents est actuellement indéterminable, car elle dépend d'un certain nombre de facteurs incertains, tels que les souhaits des clients de Groningen Seaports. Cette valeur peut donc être supérieure ou inférieure.

Il ressort également explicitement des articles 3.2.2 et 3.2.3 des documents de marché que Groningen Seaports se réserve le droit de ne pas attribuer de marchés subséquents et qu'il n'y a pas non plus d'obligation de commande pour Groningen Seaports. Le juge des référés considère donc que l'affirmation de Groningen Seaports selon laquelle elle est obligée de lancer les marchés subséquents est incompatible avec le contenu des documents de marché. Il n'est donc pas certain que l'ensemble des marchés subséquents représentera finalement une valeur de EUR 2,0 millions et le tribunal dans le cadre de la procédure de référé est donc d'avis que la valeur minimale estimée des marchés subséquents est simplement une prévision et non un fait acquis.

4.3. Compte tenu de ce qui précède, le juge des référés estime, à titre provisoire, que, en l'espèce, la valeur minimale estimée des marchés subséquents ne peut être considérée comme la valeur de l'accord-cadre. L'accord-cadre a actuellement une valeur indéterminée. Le fait que Groningen Seaports le suppose *de facto* ressort de sa déclaration lors de l'audition selon laquelle, si la valeur des marchés subséquents s'avère être supérieure à EUR 2,0 millions, la procuration ne sera pas examinée par la suite, même si elle s'avère alors ne pas correspondre à la valeur de l'accord-cadre qui ne pourra

être déterminée définitivement qu'à ce moment-là. Il faut donc en conclure que la valeur minimale estimée des marchés subséquents n'affecte pas la procuration requise.

Le juge des référés estime donc que Groningen Seaports aurait dû inclure explicitement la procuration souhaitée dans les documents de marché afin de pouvoir attacher des conséquences à la validité des offres émises.

4.4. Sur la base de ce qui précède, le juge des référés est parvenu à la conclusion qu'il ne ressortait pas suffisamment clairement de l'accord-cadre que Groningen Seaports avait l'intention d'exiger que la procuration porte sur une valeur minimale de EUR 2,0 millions. Le tribunal, dans le cadre de la procédure de référé, est donc d'avis que Groningen Seaports a déclaré à tort l'offre de Haskoning irrégulière. Le juge des référés ordonne donc à Groningen Seaports d'admettre Haskoning à la procédure de passation en ce qui concerne la participation à l'accord-cadre. En conséquence, il sera interdit à Groningen Seaports d'attribuer définitivement l'accord-cadre aux quatre soumissionnaires déjà sélectionnés tant que l'offre de Haskoning n'aura pas été définitivement évaluée."

46. La Partie Requérante fait totalement sienne cette analyse. Cette affaire tranchée par le Tribunal de Groningen est tout à fait similaire à la présente affaire, eu égard aux points suivants (voir également les faits au point 2 de la présente requête) :

- Il s'agit également d'un accord-cadre sur base duquel des marchés subséquents seront conclus [...];
- Le nombre de marchés subséquent qui va être concrétisé dépend de facteurs incertains et n'est pas fixé [...];
- Il n'y a aucune obligation de commande [...];
- L'offre doit être signée par une personne compétente et le pouvoir adjudicateur a pris en compte la valeur minimale estimée du marché pour déclarer l'offre irrecevable au motif que le signataire n'est pas compétent pour la valeur estimée. Or, la valeur (même minimale) du marché n'est en réalité pas déterminable [...].

47. De cette décision du Tribunal de Groningen, il peut être conclu que :

- La valeur de l'accord-cadre est indéterminée étant donné que la conclusion des marchés subséquents dépendait de facteurs trop incertains ;
- La valeur d'une procuration ne peut être déterminée qu'au moment où les marchés subséquents sont effectivement passés ;
- Il est interdit de déclarer une offre irrégulière au motif que la personne signant l'offre n'est pas habilitée sur base d'une valeur de l'accord-cadre qui reste indéterminée.

48. Étant donné que la présente affaire est similaire à l'affaire tranchée par le Tribunal de Groningen et que cette dernière interprète des dispositions néerlandaises découlant des directives européennes en matière de marchés publics applicable en Belgique, le raisonnement du Tribunal de Groningen doit être suivi et appliqué au cas d'espèce.

49. Par conséquent, la motivation de la Partie Adverse dans le Premier Acte attaqué de se fonder sur une valeur totale estimée du marché de EUR 12.000.000,00 manque en droit et en fait. L'offre remise par la Partie Requérante est régulière en ce que la valeur totale de l'accord-cadre est indéterminable.

(d) La réglementation relative à l'agrément d'entrepreneurs de travaux prévoit que les conditions d'agrément sont déterminées au moment des commandes effectivement passées sur base de cet accord-cadre. Le même principe s'applique par analogie pour la signature des offres

50. La réglementation relative à l'agrément d'entrepreneur de travaux en matière d'accord-cadre prévoit que la classe requise est déterminée par le

montant de la commande, tel qu'il est finalement attribué à l'entrepreneur et qui ne peut donc être déterminé au moment de l'attribution de l'accord-cadre.

51. En d'autres termes, la classe pour laquelle l'entrepreneur doit être agréé doit être déterminée en fonction du montant à approuver pour chaque marché subséquent, et non en fonction du montant total estimé du marché global.

52. Le Conseil d'État a d'ailleurs affirmé cela dans un arrêt du 25 janvier 2011 [...]:

Traduction libre :

“ Selon l'art. 3 loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, les conditions d'agrément semblent devoir être remplies au moment de l'adjudication. Ensuite, d'après l'art. 3 de l'AR du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, les conditions d'agrément semblent définitivement fixées par le montant de la soumission dont il résulte que la désignation des conditions d'agrément dans le cahier des charges semble précaire.

[...]

En cas de contrat-cadre avec des marchés partiels à adjuger, il semble devoir être admis que le montant à approuver d'un marché (partiel) ne peut être déterminé qu'en fonction des commandes effectivement passées dans le cadre de ce contrat-cadre et que la classe pour laquelle l'entrepreneur doit être agréé est déterminée en fonction du montant à approuver de chaque marché partiel et pas en fonction du montant total estimé du marché global. Ce n'est qu'au moment des commandes que les quantités exactes d'un marché partiel concret seront claires et que le montant de la soumission sera établi. Une telle option semble bien impliquer qu'aucun marché partiel qui dépasse le montant de la classe 2 ne peut être adjugé au soumissionnaire choisi si celui-ci ne dispose alors que d'une agrément de classe 2.”

Dans deux autres arrêts respectivement de 2015 et de 2020, le Conseil d'État a réaffirmé cela [...]:

“ Ce n'est dès lors qu'au moment de la conclusion de chaque marché passé en application de l'accord-cadre, et donc en fonction du montant et des caractéristiques de chacun de ces marchés particuliers, que le respect des dispositions légales et réglementaires en matière d'agrément peut être vérifié. Il en résulte que c'est au moment de la passation de chaque marché particulier qu'il conviendra de vérifier si le soumissionnaire retenu dispose bien concrètement de l'agrément requis.” ;

“ Dans le cas d'un accord-cadre, c'est au moment de la conclusion de chaque marché passé en application de l'accord-cadre, et donc en fonction du montant et des caractéristiques de chacun de ces marchés particuliers, qu'il convient d'apprécier le respect des dispositions légales et réglementaires en matière d'agrément. Il en résulte que c'est au moment de la passation de chaque marché particulier qu'il convient de vérifier si le soumissionnaire retenu dispose bien concrètement de l'agrément requis”.

53. Il n'y a pas lieu de s'écarter de ce raisonnement qui s'applique par analogie en ce qui concerne la signature des offres. Seule la valeur des commandes subséquentes doit être déterminante pour la signature des offres. L'accord-cadre en lui-même ne garantit pas de commande effectuée et ne contient que les conditions qui régiront les commandes subséquentes.

54. Les Commandes subséquentes ne seront effectivement passées par les Adjudicateurs Bénéficiaires qu'après remise des offres à un stade ultérieur et sur base de critères d'attribution distincts.

Le Cahier des Charges l'indique clairement [...]:

• “8.4.2 CRITÈRES D'ATTRIBUTION DES MARCHÉS SUBSÉQUENTS

Après avoir vérifié la régularité des Offres reçues et avoir procédé à l'évaluation qualitative des Offres, l'Adjudicateur établira le classement des

Offres en vue de l'attribution du marché subséquent tenant compte des règles mentionnées ci-dessus sur base des critères d'évaluation et des pondérations ci-dessous.

L'Adjudicateur ou l'AB choisira l'Offre régulière qu'il juge économiquement la plus avantageuse en tenant compte des critères et des pondérations ci-dessous.

L'Adjudicateur / AB se réserve le droit d'écarter les offres n'ayant pas obtenu un score minimum de 23 points sur 35 pour le critère "Qualité technique de l'Offre".

[...]

Critères & sous-critères		Pondérations
1.	Prix	65
2.	Qualité technique de l'Offre	35
2.1	Etude d'exécution	60
2.2	Modalités organisationnelles du projet et Sécurité	40
Total		100

[...]

et • "Le délai de remise d'une offre sera fonction de la complexité du projet sera précisé par l'Adjudicateur dans le mail de demande d'offre.

L'absence de remise d'offre ou le non-respect des délais susmentionnés entraîneront l'application des amendes de retard ainsi que des SLA et pénalités tels que prévus au chapitre 9 du présent CSCh." [...]

• "L'Adjudicateur ou l'AB transmet à tous les Adjudicataires actifs de l'accord-cadre du lot concerné une demande d'offre par mail comprenant une description détaillée des travaux à réaliser (Spécifications Techniques) conformément aux dispositions du présent CSCh et de ses annexes.

Dans ce mail seront repris la date et l'heure pour la visite obligatoire du site, la date limite jusqu'à laquelle l'Adjudicataire pourra poser des questions, la date à laquelle l'Adjudicateur y répondra, ainsi que la date limite pour la remise de l'Offre.

Des questions écrites pourront être posées par l'Adjudicataire à l'Adjudicateur / AB qui dressera un document récapitulatif de toutes les questions posées et des réponses correspondantes et transmettra ce document à tous les Adjudicataires concernés par la remise d'offre.

L'adjudicateur se réserve le droit de ne pas répondre aux questions des Adjudicataires.

L'adjudicataire transmettra son Offre par mail à l'adresse mail suivante : PublicProcurement@sibelga.be" [...].

Par conséquent, afin de déterminer si les personnes qui ont signé l'offre sont habilitées à le faire, il faut donc prendre en compte le montant de la commande effectivement passée car ce n'est qu'au moment des commandes que les quantités exactes d'un marché subséquent concret seront claires et que le montant de la soumission sera établi.

55. Il s'en déduit que l'offre remise par la Partie Requérante est régulière puisque la valeur concrète de l'offre n'est déterminée qu'au moment où la commande est effectivement passée.

(e) Dans tous les cas, la Partie Adverse n'est pas en mesure de déterminer elle-même la valeur totale estimée du Marché

56. Quand bien même il aurait fallu prendre en compte la valeur totale estimée du Marché pour évaluer la signature de l'offre (*quod non*), force est de constater que la Partie Adverse n'est elle-même pas en mesure de la déterminer.

57. Il y a plusieurs valeurs totales estimées indiquées de part et d'autre dans les documents du marché et les correspondances de la Partie Adverse. Les valeurs totales estimées indiquées ou pouvant être déduites de part et d'autre dans les

documents du marché et les correspondances de la Partie Adverse divergent de façon tellement substantielle, de sorte qu'il est impossible de fixer la valeur totale estimée pour ce Marché.

En effet, les éléments suivants l'attestent :

- Le Premier Acte attaqué indique que [...] :
“ La valeur totale estimée du marché pour le lot 2 est de 12.000.000 € hors TVA. (cf. montant publié au BDA et JOUE).”
 - L'article 1.8.5 du Cahier des charges prévoit par contre que [...] :
“ Le nombre de projets estimé par an avec suivi par Sibelga est mentionné à l'art. 1.8.3 ci-dessus.
- la valeur estimée totale par an (hors TVA) est pour le
- LOT 1 : 2.000.000 € ;
 - LOT 2 : 3.000.000 €”

Étant donné que la durée de l'accord-cadre est de 6 ans [...], la valeur totale estimée pour toute la durée de l'accord-cadre serait par conséquent égale à EUR 18.000.000,00, soit EUR 6.000.000,00 de plus que le montant indiqué dans le Premier acte attaqué. Il s'agit d'une différence non négligeable (!).

58. Par conséquent, les éléments de la présente affaire témoignent indubitablement que :

- La Partie Adverse n'est pas en mesure elle-même de déterminer la valeur totale estimée du Marché pour le Lot 2. Les valeurs mentionnées par la Partie Adverse de part et d'autre durant toute la procédure de passation diffèrent significativement les unes des autres. Partant, elle viole le principe de “*patere legem quam ipse fecisti*” en n'appliquant pas les règles qu'elle avait fixé elle-même dans le Cahier des Charges ;
- Le nombre de projets qui sera attribué par adjudicataire actif (qui sont au nombre de 3) sur un an et sur une durée de 6 ans et donc la valeur totale estimée pour laquelle un soumissionnaire doit pouvoir s'engager lors de la remise de son offre n'est pas déterminée par la Partie Adverse (voir ci-dessus).

59. Partant de ces constatations, l'offre de la Partie Requérante ne peut être déclarée irrégulière au titre qu'elle n'est pas signée par des personnes habilitées à engager la société pour un montant supérieur à EUR 10.000.000,00 et ce, sur base de la valeur totale du Marché prétendument estimée (pour des motifs qui nous échappent) à EUR 12.000.000,00.

60. En conclusion, les dispositions et principes précités ont été violés. L'offre de la Partie Requérante respecte l'article 44 de l'AR Passation et son offre ne contient pas d'irrégularité substantielle puisqu'elle a été correctement signée et engage indubitablement la Partie Requérante. L'offre de la Partie Requérante ne doit donc pas être sanctionnée par les dispositions prévues à l'article 76 de l'AR Passation et ne peut être écartée.

Il est incontestable que la motivation du Premier Acte Attaqué est irrégulière. La motivation de la Partie Adverse dans le Premier Acte attaqué, en ce qu'elle se fonde sur la valeur totale estimée du marché (en l'occurrence de EUR 12.000.000,00) manque en droit et en fait.

La motivation du Premier Acte attaqué n'est par conséquent pas adéquate et repose sur une erreur factuelle manifeste. La Partie Adverse a fait une erreur manifeste d'appréciation lors de l'examen de la régularité des offres.

Le Premier Acte attaqué viole les articles 4, 5 et 8 de la Loi Recours, les articles 2 et 3 de la Loi Motivation ainsi que le principe général de motivation des actes administratifs.

Les motifs du Premier Acte attaqué s'en trouvent en effet entachés d'erreur, d'insuffisance et de contrariété.

Il serait totalement incompatible avec le principe général de bonne administration de déclarer une offre irrégulière au motif que les personnes qui l'ont signée ne

sont pas habilitées à le faire sur base d'une valeur totale estimée du marché indéterminable et que la Partie Adverse elle-même n'arrive effectivement pas à déterminer.

De cela découle que la Partie Requérante s'est vue imposée un traitement différent des autres soumissionnaires et constitue une discrimination manifeste puisque son offre a été déclarée irrégulière et n'a pas été évaluée et comparée avec l'offre des autres soumissionnaires. La Partie Requérante s'est vue perdre la chance de se voir remporter le Marché pour le Lot 2.

Par conséquent, le Deuxième Attaqué est également illégal puisqu'il attribue le Marché pour le Lot 2 à trois soumissionnaires, sans prendre en compte l'offre régulière de la Partie Requérante.

61. Le moyen unique est sérieux ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

En substance, la requérante soutient que son offre a été régulièrement signée au regard de la valeur à prendre en compte, et ce en considération de ce qu'elle portait sur le seul projet faisant l'objet du *test case* exigé par les documents du marché.

Contrairement à ce que suppose ainsi le moyen, l'objet du marché (et, partant, de l'engagement de chaque soumissionnaire qui fait offre) n'est pas le projet tenant lieu de *test case* pour les besoins de la comparaison et de l'évaluation des offres. La circonstance que l'offre faite pour l'exécution du projet faisant l'objet du *test case* devrait lier, à l'égard de celui-ci, le soumissionnaire choisi ne permet pas d'accueillir la thèse de la requérante quant au fait que son engagement était limité à l'exécution des prestations se rapportant à ce *test case*. Les offres que les soumissionnaires étaient invités à déposer ne portaient, en effet, pas sur ce seul projet et la hauteur de l'engagement qu'ils prenaient en faisant offre était plus importante : ainsi, chaque soumissionnaire s'engageait-il notamment – dès le stade de mise en concurrence en vue de la conclusion de l'accord-cadre – à remettre des offres pour les marchés subséquents, obligation dont la méconnaissance éventuelle l'exposerait au risque d'une pénalité de 500 euros par offre non remise, et ce conformément à l'article « 9.4.3.4. Infractions aux obligations contractuelles autres que celles mentionnées ci-dessus » du cahier spécial des charges.

Il ne peut donc être retenu que la valeur de l'offre à prendre en considération pour juger de sa régularité au regard de l'exigence de signature était celle du projet tenant lieu de *test case*. Le moyen qui, en cette première branche, repose sur ce postulat n'est pas sérieux.

Quant à la deuxième branche

En sa deuxième branche, le moyen reproche à la partie adverse d'avoir retenu la valeur estimée du marché pour le lot 2 (à savoir 12.000.000 €), pour considérer, au regard de celle-ci, que l'offre n'avait pas été signée par des personnes disposant du pouvoir d'engager la requérante par le dépôt d'une offre estimée à ce montant.

L'exposé du moyen, en sa deuxième branche, est articulé en cinq points identifiés de a) à e) et repose sur des griefs formulés – en substance – sous a) et b), les autres éléments n'ayant, pour les uns, d'autre portée que de développer l'argumentation sous-jacente à ces deux griefs (pour les points c) et d)) et ne consistant pas en l'exposé de griefs et, pour le dernier (sous e)), n'ayant pas à proprement parler pour objet de formuler une critique de légalité, puisque les développements tendent seulement à prétendre que la partie adverse ne serait pas « en mesure de déterminer elle-même la valeur totale estimée du marché ».

Le grief exposé sous a) appelle à être traité comme suit : de ce que la législation applicable aux accords-cadre n'imposerait pas, par dispositions expresses, de prendre en considération la valeur totale maximale estimée du marché pour « évaluer la signature de l'offre », il ne pourrait – en toute hypothèse – se déduire automatiquement que la partie adverse aurait eu erronément égard à cette valeur pour apprécier la validité de l'offre de la requérante au regard des pouvoirs de la personne qui l'a signée. La requérante n'établit pas, au titre de l'exposé de ce grief, en quoi la partie adverse aurait concrètement commis une erreur.

Le grief exposé sous b) repose sur le postulat que le mécanisme de l'accord-cadre rendrait indéterminable la valeur du marché concerné. La requérante y fait plus particulièrement valoir, d'une part, qu'il ne serait pas possible, lors de l'attribution de cet accord-cadre, de déterminer les commandes qui seront effectivement passées (point 42 de la requête) et, d'autre part, qu'il doit être tenu compte du montant de l'offre se rapportant à chaque commande subséquente, étant entendu que c'est seulement à ce stade qu'un marché effectif est passé (point 44 de la requête).

Si le recours au mécanisme de l'accord-cadre génère inévitablement des incertitudes quant à l'objet et à l'ampleur des travaux et services que le soumissionnaire concerné sera tenu d'exécuter au titre de chacune des commandes qui lui auront été passées, il ne peut être considéré, contrairement à ce que soutient et tente de démontrer la requérante, que la valeur d'un tel marché serait nécessairement indéterminable.

Dans l'avis de marché complété avec les mentions que le formulaire d'avis lui impose d'indiquer, la partie adverse a annoncé que la valeur estimée du marché, pour le lot concerné de l'accord-cadre, était de 12.000.000 €.

L'annonce de la valeur estimée d'un accord-cadre revêt une importance particulière en raison de ce qu'il relève du mécanisme de l'accord-cadre que la conclusion de celui-ci aura pour effet de restreindre la concurrence dans l'attribution des marchés subséquents, s'inscrivant dans le cadre de son exécution. Cette annonce dans l'avis de marché répond à des préoccupations qui se déduisent des principes de concurrence et d'égalité d'accès des soumissionnaires à la commande publique : elle permet, d'une part, de fixer la valeur maximale au-delà de laquelle l'accord-cadre prendra fin et, d'autre part, de s'assurer – au regard de cette valeur maximale – de la validité des engagements pris en amont par les soumissionnaires.

En ce qui concerne le premier argument, il procède notamment, d'une part, de ce que les quantités annoncées l'ont été à titre indicatif et, d'autre part, de l'affirmation que les marchés subséquents pourront – le cas échéant – être attribués à chacun des « adjudicataires actifs » retenus par lot (« pour des raisons de garantie de continuité des prestations », selon l'article 1.8.3. du cahier spécial des charges), de manière à répartir la charge de travail entre plusieurs opérateurs économiques. Il ne se déduit toutefois des prescriptions des documents du marché ni qu'une telle répartition opérera nécessairement à la faveur des procédures de mise en concurrence propres à chaque commande subséquente ni, *a fortiori*, qu'un des « adjudicataires actifs » ne pourrait se voir attribuer l'ensemble de ces commandes subséquentes effectivement passées, et ce à hauteur de la valeur estimée de l'accord-cadre, telle qu'elle a été annoncée ; le choix de retenir trois « adjudicataires actifs » n'est d'ailleurs pas justifié par une volonté de diversification, mais bien – comme déjà relevé – par la préoccupation de garantie de continuité des prestations. Il ne peut donc être tenu pour déraisonnable, dans le chef de la partie adverse, de prendre en compte la valeur de l'accord-cadre annoncée dans l'avis, pour s'assurer de la portée de l'engagement du soumissionnaire et de sa validité au regard de l'objet sur lequel il porte.

S'agissant du deuxième argument selon lequel un marché effectif n'est passé qu'au stade de chaque commande subséquente, il se confond avec le grief formulé par la première branche du moyen et ne peut, en conséquence, prospérer, pour les motifs qui conduisent à déclarer le moyen non sérieux en cette première branche.

En toute hypothèse, quand bien même la valeur du marché et, partant, de l'engagement serait indéterminable, comme le soutient la requérante, celle-ci ne

pourrait se prévaloir de la délégation de pouvoirs pour les contrats et offres dont la valeur est inférieure ou égale à 10.000.000 €. Or, si celle-ci invoque cette délégation dont la limite est ainsi précisée, elle n'établit pas que les personnes qui ont signé l'offre de la requérante, déposée dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux, disposaient bien du pouvoir de l'engager sans limitation de valeur, ce qu'imposerait précisément un engagement dont la valeur ne peut être déterminée. Le Conseil d'État n'aperçoit dès lors pas en quoi – à la supposer vérifiée – l'illégalité dénoncée aurait pu léser la requérante. Celle-ci, en pareille hypothèse, n'aurait pas intérêt au grief.

Pour les motifs ainsi exposés, le moyen n'est pas davantage sérieux en sa deuxième branche.

V. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de trois extraits de son offre, qui constituent la pièce 1 de l'« Inventaire des pièces confidentielles jointes ».

La partie adverse dépose à titre confidentiel les pièces A à E du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VI. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement d'une indemnité de procédure s'élevant à 770 euros.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

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 soient laissés à la requérante.

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

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3

Les pièces 1 de l'« Inventaire des pièces confidentielles jointes » à la requête et A à E du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 22 mars 2023, par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy