CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE

A R R Ê T

n^o^ 260.614 du 13 septembre 2024

A. 241.016/VI-22.730

En cause : **la société anonyme EQUANS SERVICES**,
ayant élu domicile chez
M^es^ François VISEUR et Véronique VANDEN ACKER, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles,

contre :

la Commission communautaire française,
représentée par son collège.
ayant élu domicile chez
M^es^ Anne FEYT et Nathan MOURAUX, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme TPF UTILITIES,
ayant élu domicile chez
M^e^ Emmanuel VAN NUFFEL, avocat,
avenue Louise 81
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 janvier 2024, la partie requérante demande l'annulation de « la décision d'attribution du marché de services concernant l'entretien, le contrôle périodique et le dépannage des installations thermiques, de climatisation et de réfrigération des bâtiments de la partie adverse, adoptée le 14 décembre 2023 et aux termes de laquelle le marché est attribué à la société TPF Utilities, l'offre de la partie requérante ayant été déclarée irrégulière ».

II. Procédure

L’arrêt n° 258.950 du 28 février 2024 a accueilli la requête en intervention introduite par la société TPF Utilities, a ordonné la suspension de l’exécution de l’acte attaqué et a réservé les dépens (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.258.950).

L’arrêt a été notifié aux parties.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d’État, a rédigé une note, le 11 avril 2024, demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l’article 11/2 du règlement général de procédure.

Par des courriers du 12 avril 2024, le greffe a informé les parties que la chambre allait statuer sur l’annulation de l’acte dont la suspension a été ordonnée à moins que l’une d’elles ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

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. Mise en œuvre de la procédure accélérée prévue à l’article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d’État

Selon l’article 17, § 6, des lois sur le Conseil d’État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif peut annuler l’acte dont la suspension de l’exécution est demandée si, dans les trente jours de la notification de l’arrêt qui ordonne la suspension ou confirme la suspension provisoire, la partie adverse ou celui qui a intérêt à la solution de l'affaire n’a pas introduit une demande de poursuite de la procédure.

Ni la partie adverse, ni la partie intervenante n’ont introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti.

L’auditeur rapporteur a en conséquence demandé la mise en œuvre de l’article 11/2 du règlement général de procédure.

Aucune des parties n’a demandé à être entendue.

Il convient dès lors d'apprécier si le premier moyen, qui a été jugé sérieux en sa première branche par l'arrêt de suspension n° 258.950 du 28 février 2024, justifie l'annulation de l'acte attaqué. Dans l'affirmative, celui-ci pourra être annulé en application de la procédure abrégée visée à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

IV. Examen de la première branche du premier moyen

La requérante soulève un premier moyen « pris de l'excès de pouvoir et de la violation du principe de transparence et du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires (Loi du 17 juin 2016 art. 4) ainsi que de la violation de l'article 76 de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques », « [e]n ce que ni les documents du marché, ni les informations apportées par la partie adverse en cours de procédure d'attribution, ne permettent aux soumissionnaires de remettre sérieusement un prix cohérent dans le cadre du marché litigieux », « [a]lors que, première branche, les principes d'égalité de traitement et de transparence imposent au pouvoir adjudicateur de mettre à disposition des soumissionnaires des documents de marché précis et univoque ».

Elle fait valoir en substance que les documents du marché ne définissent pas clairement ce qui est compris dans le prix forfaitaire remis pour chaque installation dont la maintenance fait l'objet du marché, de ce qui ne l'est pas. Selon elle, ces incertitudes portent sur la question de savoir si la levée d'observations ou non- conformités antérieures au commencement de l'exécution du marché doit être à inclure dans le prix forfaitaire remis pour chaque installation. À son estime, les dispositions du cahier spécial des charges incitaient à répondre par la négative ; elle a toutefois interrogé la partie adverse et les réponses obtenues de celle-ci laisseraient entendre que la levée des remarques des organismes agréés préalables à la conclusion du marché entrait dans le champ contractuel et devrait donc être considérée par l'adjudicataire comme une part de son prix. Ces questions et les réponses auxquelles elles ont donné lieu se présentaient comme suit :

«

- Dépannages et réparation : est-ce bien en régie ? Oui
- Organisme agréé : faut-il inclure les visites de ces OA dans notre prix pour toutes les techniques du métré ? Oui
- Levée de remarques faites par els OA : est-ce bien à prévoir dans notre offre ? (difficilement chiffrable...) Oui
- Les remarques déjà existantes sont-elles à inclure dans notre prix ? Oui
- A-t-on les rapports des organismes agréés afin de pouvoir se faire une idée de l'ampleur des remarques ?Oui
- La prise en charge du contrat commence bien 3 mois avant le démarrage officiel du contrat ? Le délai d'exécution prend cours le premier jour du mois qui suit la date à laquelle la conclusion du marché a eu lieu.
- Les remarques formulées lors de la prise en charge et l'état des lieux peuvent-elles bien être levées en régie ou sur base d'offres ? Sur base d'offres de prix

».

Elle ajoute que, malgré ses demandes répétées de se voir transmettre les rapports des organismes agréés qui auraient seuls permis de déterminer un prix correspondant à l'objet précis et complet du marché, la partie adverse n'a envoyé que quelques rapports qui ne sont pas des rapports légaux, sans autre précision quant à la nature des remarques à lever. Ces différents éléments l'incitent à soutenir que l'objet du marché est insuffisamment défini.

L'arrêt n° 258.950 du 28 février 2024 a jugé ce moyen sérieux en sa première branche pour les motifs suivants :

« En sa première branche, le premier moyen dénonce en substance une méconnaissance du principe de transparence dans la formulation des prescriptions du marché, en raison de la définition imprécise de l'objet de celui-ci, qui – selon la requérante – aurait indéniablement eu une influence sur la détermination d'éléments essentiels des offres, dont le prix.

A. Quant à la recevabilité du moyen

L'exception d'irrecevabilité opposée au moyen repose sur ce que, à l'estime de la partie adverse, le grief qui y est formulé ne l'a pas été dans le courant de la procédure de passation et n'a pas empêché la requérante de déposer une offre, ce qui impliquerait qu'elle ait ainsi reconnu la légalité du cahier spécial des charges. Le grief serait donc tardif, à suivre la partie adverse.

L'ambiguïté du cahier spécial des charges, tel que lu à la lumière des réponses apportées par la partie adverse en cours de procédure de passation, n'a certes pas empêché la requérante de faire offre, en assortissant toutefois celle-ci de la réserve qui lui est finalement reprochée au titre d'irrégularité substantielle. C'est précisément cette sanction, prise au stade de la décision d'attribution du marché, qui a permis à la requérante de comprendre – au travers de la motivation de son éviction – le sens des prescriptions relatives à l'objet de celui-ci, que la partie adverse entendait retenir en définitive. C'est donc seulement à ce stade, et au vu de cette décision d'éviction, qu'a pu prendre sens, à ses yeux, le grief de manque de clarté du cahier spécial des charges, sur lequel porte le moyen, en sa première branche.

Dans ces circonstances, il ne peut être reproché à la requérante de formuler une telle critique à l'appui du recours qu'elle dirige contre la décision d'attribution du marché, et de ne pas l'avoir fait à un stade antérieur, en cours de procédure de passation. En déposant son offre assortie de la réserve litigieuse, la requérante ne peut être présumée ni avoir accepté la légalité du cahier spécial des charges, ni, *a fortiori*, avoir renoncé à critiquer les prescriptions relatives à l'objet du marché et aux exigences techniques dans le cadre d'un recours à diriger, le cas échéant, contre la décision d'attribution du marché.

La thèse de laquelle procède l'exception d'irrecevabilité appelle des observations de deux ordres.

D'une part, la sanction qui – selon la partie adverse – devrait s'attacher à l'absence d'objection adressée au pouvoir adjudicateur porterait une atteinte excessive au droit reconnu au soumissionnaire d'exercer les recours juridictionnels prévus par la loi. C'est d'autant plus le cas lorsque la disposition du cahier spécial des charges n'empêche pas celui-ci de participer utilement à la procédure de passation du marché en cause, fût-ce – comme en la présente cause

– dans conditions qui l'ont amené à assortir son offre d'une réserve. Il convient de rappeler le contexte d'une telle procédure où le soumissionnaire se concentre avant tout sur la préparation de l'offre elle-même. Il ne peut, en principe, sauf le cas de la mauvaise foi, lui être reproché de ne pas passer au crible chaque disposition du cahier en vue d'éventuels litiges juridiques et de ne pas saisir immédiatement le pouvoir adjudicateur ou un juge.

D'autre part, la thèse de la partie adverse risque de compromettre le nécessaire équilibre entre les préoccupations respectives des opérateurs économiques et autorités adjudicatrices face à l'organisation des procédures de recours juridictionnels dans le contentieux de la passation des marchés publics et concessions. En effet, sanctionner par une décision d'irrecevabilité un moyen dénonçant l'illégalité de l'une des prescriptions du marché au seul motif que cette illégalité n'aurait pas été dénoncée à un stade de la procédure antérieur à l'adoption de la décision d'attribution du marché aurait pour effet de contraindre les opérateurs économiques à introduire des recours juridictionnels susceptibles d'entraver le bon déroulement des procédures de passation, et ce à un moment où ils ne seraient pas encore et nécessairement déterminés quant à l'opportunité de recourir à de telles procédures dans le cadre de la passation du marché qu'ils cherchent à obtenir. Telle ne peut avoir été l'intention des auteurs de la Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux. L'objectif d'organiser, en faveur des opérateurs économiques, un recours juridictionnel effectif et efficace n'autorise, en effet, pas à ignorer la nécessité pour les autorités adjudicatrices de mener leurs procédures à bonne fin : en ce sens, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré, au point 51 de son arrêt *eVigilo* du 12 mars 2015 (ECLI:EU:C:2015:166) que "la réalisation complète de l'objectif poursuivi par le directive 89/665 serait compromise s'il était loisible aux candidats et aux soumissionnaires d'invoquer à tout moment de la procédure d'adjudication des infractions aux règles de passation des marchés, obligeant ainsi le pouvoir adjudicateur à reprendre la totalité de la procédure afin de corriger ces infractions". La même préoccupation de réalisation complète de l'objectif poursuivi par la directive 89/665 précitée fait obstacle à ce que les autorités adjudicatrices soient inutilement exposées au risque de recours juridictionnels qui, sans être nécessairement dilatoires, seraient prématurés, en ce sens qu'ils ne seraient motivés, dans le chef des opérateurs économiques concernés, que par la seule crainte de voir déclarée irrecevable, au motif de sa tardiveté, une critique de légalité des prescriptions du marché qui ne serait formulée qu'après l'adoption de la décision d'attribution du marché, soit à un stade où, en connaissance suffisante de cause, ils peuvent apprécier l'opportunité de recourir à une procédure juridictionnelle.

Dans ces circonstances, l'argument tiré de l'absence d'objection adressée à la partie adverse à un stade antérieur de la procédure, ne peut être admis. Il s'ensuit que l'exception d'irrecevabilité opposée au premier moyen, en sa première branche, et ainsi argumentée par la partie adverse, ne peut être accueillie.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

Les prescriptions des documents du marché définissant l'objet des prestations – et censées permettre aux soumissionnaires de déterminer ce qui doit être compris dans les prix forfaitaires de chacune de ces prestations – sont énoncées, pour l'essentiel, sous les titres "3.1. Description de la mission" et "3.4. Prescriptions techniques" du cahier spécial des charges. Ces prescriptions n'imposent certes pas expressément au prestataire d'assumer la responsabilité des observations et non- conformités qui auraient été relevées par un organisme agréé antérieurement

à l'établissement de l'état des lieux qu'il lui incombe de dresser au cours de la phase de prise en charge du contrat ouverte durant les trois premiers mois d'exécution de celui-ci. Il ressort, par ailleurs, de la description de cette phase de prise en charge du contrat présentée sous le titre "II.6 Durée" que "l'Adjudicataire n'est pas tenu responsable de défauts dans les installations dont la cause est autre que l'exécution de ses obligations contractuelles".

Il ressort toutefois des prescriptions énoncées sous le titre 3.4. précité que sont imposées au prestataire des obligations liées au contrôle périodique obligatoire par des organismes agréés. De telles obligations ne relèvent, *prima facie*, pas des prestations d'entretien des installations faisant l'objet de ce qui s'entend usuellement d'un service de maintenance d'installations.

C'est dans ce contexte que la partie adverse a été interrogée durant la procédure de passation du marché et a répondu comme suit aux questions qui lui étaient soumises :

«

- Dépannages et réparation : est-ce bien en régie ? Oui
- Organisme agréé : faut-il inclure les visites de ces OA dans notre prix pour toutes les techniques du métré ? Oui
- Levée de remarques faites par els OA : est-ce bien à prévoir dans notre offre ? (difficilement chiffrable...) Oui
- Les remarques déjà existantes sont-elles à inclure dans notre prix ? Oui
- A-t-on les rapports des organismes agréés afin de pouvoir se faire une idée de l'ampleur des remarques ?Oui
- La prise en charge du contrat commence bien 3 mois avant le démarrage officiel du contrat ? Le délai d'exécution prend cours le premier jour du mois qui suit la date à laquelle la conclusion du marché a eu lieu.
- Les remarques formulées lors de la prise en charge et l'état des lieux peuvent-elles bien être levées en régie ou sur base d'offres ? Sur base d'offres de prix

».

Les réponses ainsi apportées par la partie adverse – en particulier à la question de l'inclusion des remarques déjà existantes dans les prix offerts – sont dépourvues de toute ambiguïté, en dépit de ce que pouvaient laisser entendre – en sens contraire – les prescriptions du cahier spécial des charges. Ces réponses ne sont, par ailleurs, assorties d'aucune réserve, dont celle qu'aurait, par exemple, dû appeler l'interprétation défendue à l'audience par la partie adverse à la suite de l'intervenante, selon laquelle incombaient au prestataire les levées d'observations ou non-conformités susceptibles de ressortir aux prestations ordinaires d'un contrat de maintenance tandis qu'échappaient aux obligations contractuelles de ce prestataire les levées imposant des modifications structurelles de ces installations.

Ces réponses font passer pour évidente une obligation de levée des observations ou non-conformités constatées avant le début de l'exécution du marché, alors que cette obligation n'était pas expressément imposée au titre de l'objet des prestations et pouvait sembler exclue à la lecture de la mention selon laquelle "l'Adjudicataire n'est pas tenu responsable de défauts dans les installations dont la cause est autre que l'exécution de ses obligations contractuelles". En outre, ce qui est ainsi présenté comme relevant de l'évidence est contredit par le fait – souligné par la partie adverse, elle-même – que "les installations faisant l'objet du marché n'ont pas été soumises aux contrôles de conformité légalement prévus". La partie adverse ne pouvait, dans ces circonstances, laisser entendre – au travers des réponses précédemment évoquées – que des remarques existaient déjà et affirmer qu'elle disposait des rapports des organismes agréés à ce sujet.

La partie adverse fait valoir, au titre de la première de cinq observations, que c'est au pouvoir adjudicateur qu'il appartient d'interpréter les prescriptions des documents du marché. Si elle estime que les réponses apportées aux questions sont compatibles avec l'interprétation qu'appelaient les prescriptions relatives à l'objet de la mission et aux exigences techniques, alors que ces réponses ne prennent pas appui sur les termes du cahier spécial des charges et sont – à tout le moins pour certaines d'entre elles – contredites par les précisions de la note

d’observations, il faut alors constater que l’objet du marché n’a pas été défini et explicité en des termes suffisamment intelligibles pour permettre aux opérateurs économiques intéressés de déposer, dans le respect des principes d’égalité et de concurrence, une offre établie en connaissance de cause des prestations auxquelles ils s’engageraient et de proposer des prix appropriés à ces prestations. Il s’impose donc de conclure, comme le soutient le moyen en sa première branche, que les prescriptions du marché méconnaissent le principe de transparence consacré par l’article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Les deuxième, troisième et quatrième observations procèdent globalement de la thèse selon laquelle – eu égard à son expertise et à sa connaissance particulière des installations concernées par le marché – la requérante ne pourrait se prévaloir de l’absence de mise à disposition de rapports d’organismes agréés pour soutenir qu’elle n’était pas en mesure d’intégrer dans ses prix forfaitaires le coût de la levée des observations ou non-conformités constatées antérieurement. Ces observations ne sont pas de nature à affecter le constat qui vient d’être posé, selon lequel l’objet du marché et les prescriptions techniques n’ont pas été définis en des termes suffisamment intelligibles, ce qui suffit à retenir la méconnaissance du principe de transparence. Par identité de motifs, ne peut davantage prospérer la cinquième observation de la partie adverse : à la supposer vérifiable, la circonstance que l’attributaire du marché aurait pu remettre une offre intégrant la levée des remarques et infractions ne change rien au reproche de manque de clarté qu’encourt la formulation des prescriptions du marché. Ce manque de clarté est d’autant plus évident que – dans le contexte d’échange des questions-réponses et en l’absence, finalement reconnue par la partie adverse, de rapports d’organismes certifiés – des lectures contradictoires des prescriptions du cahier spécial des charges ont pu être données par les deux soumissionnaires, sans que l’une doive nécessairement exclure l’autre. À ce sujet, si la thèse de l’intervenante au sujet de l’inclusion de la levée des observations ou non-conformités ne paraît pas nécessairement dépourvue de sens et peut être défendue, elle n’autorise pas, dans les circonstances de l’espèce, à considérer que celle défendue par la requérante manquerait, elle, de sens.

Il suit de l’ensemble de ces considérations que le premier moyen doit être déclaré sérieux en sa première branche ».

Il n’y a pas lieu de se départir de ce qui a été jugé par l’arrêt n° 258.950 précité. Le premier moyen est ainsi jugé fondé en sa première branche. En application des articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d’État et 11/2 du règlement général de procédure, il convient d’annuler l’acte attaqué.

V. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

Par ailleurs, en raison de l’annulation de l’acte attaqué, les autres dépens sont mis à la charge de la partie adverse, à l’exception de ceux relatifs à l’intervention qui sont laissés à la charge de la partie intervenante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La décision du 14 décembre 2023 attribuant le marché de services concernant l'entretien, le contrôle périodique et le dépannage des installations thermiques, de climatisation et de réfrigération des bâtiments de la Commission communautaire française à la société TPF Utilities est annulée.

Article 2.

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

La partie adverse supporte les autres 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 requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 13 septembre 2024, par la VIe chambre du Conseil d'État, composée de :

Florence Piret,	conseillère d'État, présidente f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	La Présidente,
Vincent Durieux	Florence Piret