



Chronique de jurisprudence des chambres francophones du Conseil d'État en matière de marchés publics

Période : août 2021 – septembre 2022

Tables des matières

I. Principes Généraux	3
II. Le marché : structure, documents et procédures	6
III. La sélection	11
IV. L'analyse des offres (y inclus la régularité) et l'attribution du marché	27
V. Questions choisies de procédure	65

Oratrices



Bérénice Wathelet
Counsel
T: +32 (2) 500 15 93
M: +32 (4) 93 49 89 17
berenice.wathelet
@dlapiper.com



Maëlle Rixhon
Avocate
T: +32 (2) 500 15 47
M: +32 (4) 76 97 39 03
maelle.rixhon@dlapiper.com

I. Principes généraux



C.E., arrêt n° 254.209 du 1 juillet 2022, s.r.l. *Jambes Casernes Equilis* (extrême urgence)

Qualification de marché public de travaux ?

Dans cette affaire, le Conseil d'État a été amené à **examiner si le marché en question était bien un marché public de travaux.**

« Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (...), la **qualification de marché public de travaux** qu'est susceptible de recevoir une opération **implique**, d'une part, **que le pouvoir adjudicateur reçoive une prestation consistant dans la réalisation des travaux qu'il vise à obtenir et qui comporte un intérêt économique direct pour lui** et, d'autre part, **que la prestation soit reçue moyennant une contrepartie**. Il est, par ailleurs, considéré que lorsqu'un contrat comporte à la fois des éléments ayant trait à un marché public de travaux et des éléments ayant trait à un autre type d'opération, il convient de se référer à son **objet principal** pour déterminer sa qualification juridique (Cf. not. C.J.U.E., arrêt du 22 avril 2021, Commission européenne c. République d'Autriche du 22 avril 2021, C 537/19 ; arrêt du 25 mars 2010, Helmut Müller, C 451/08).

Il doit, en outre, être relevé que l'intérêt économique de l'autorité ne se confond pas avec l'intérêt général qui, le cas échéant, peut déterminer celle-ci à fixer des exigences plus ou moins précises dans le cadre de l'opération concernée.

En l'espèce, il n'apparaît pas que l'opération litigieuse aurait été conçue pour répondre à un besoin lié au fonctionnement ou aux missions de la partie adverse. (...) En toute hypothèse, à supposer qu'il faille avoir égard à la rétrocession prévue en faveur de la partie adverse et que cette rétrocession confère à la partie adverse un titre juridique à l'égard des biens sur lesquels elle porte, il n'est pas établi, dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence, que cet aspect de l'opération représenterait l'objet principal de celle-ci, au point de justifier la qualification de marché public.

Dès lors que ne peut être établi, en extrême urgence, un intérêt économique que l'opération litigieuse comporterait dans le chef de la partie adverse, il est vain de faire état de l'influence que celle-ci peut exercer dans le cadre du projet, en édictant des exigences fonctionnelles ou techniques, de telles exigences ne pouvant être pertinentes pour retenir la qualification de marché public de travaux que pour autant que soit établi **l'intérêt économique requis.** »

C.E., arrêt n° 254.257 du 8 juillet 2022, *s.a. Lesuco* (extrême urgence)

Estimation du marché

« Il résulte des pièces du dossier que **la partie adverse a bien procédé, au moment du lancement du marché, à l'estimation de celui-ci**, séparément pour chaque lot (options exigées comprises) ainsi que pour le total des deux lots (options exigées comprises). Ainsi, le conseil communal de la partie adverse a, par décision du 26 février 2021, approuvé le lancement du marché litigieux et estimé celui-ci, pour ses deux lots, avec options, à 3.150.977,47 euros HTVA et, pour le lot 1, avec options,

La requérante paraît également reprocher à la partie adverse de ne pas avoir fait figurer cette estimation dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges. Le grief est cependant irrecevable, à défaut pour la requérante de préciser le principe ou la disposition légale ou réglementaire qui imposerait une telle publication. En toute hypothèse, la requérante ne démontre pas que l'absence de mention de l'estimation du marché dans l'avis ou le cahier a pu lui causer grief, cette absence étant étrangère à son éviction du marché litigieux. Le premier moyen n'est pas sérieux. »

II. Le marché : structure, documents et procédures



C.E., arrêt n° 252.751 du 25 janvier 2022, *a.s.b.l. COHEZIO* (extrême urgence)

Service sociaux – passation – régime assoupli

- Le marché avait « pour objet « **des services sociaux et d'autres services spécifiques** » au sens de l'article 88 » de la loi du 17 juin 2016 ». La procédure choisie était « la procédure négociée sans publication préalable » conformément « à l'article 89, § 1er, 2°, de la même loi ».
- La passation de ce type de marché étant « soumise à un **régime assoupli** », « les articles 89, § 3, de la loi et 4, § 2, 2°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 (...) listent les dispositions que le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter, en précisant que les autres ne sont applicables que si les documents du marché le prévoient expressément. [L]'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ne fait pas partie des dispositions visées [audit] article 4 (...). Il n'est, par ailleurs, pas visé par les documents du marché. En tant qu'il invoque la violation de cette disposition, **le moyen est, dès lors, irrecevable.** »

La saga des accords-cadres

Obligation d'indication des quantités maximales ?

- **CJUE, 19 décembre 2018, C-216/17, *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato – Antitrust, Coopservice Soc. coop. Arl c. Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Vallecamonica – Sebino (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale del Garda (ASST), Azienda Socio-Sanitaria Territoriale della Valcamonica (ASST)* et **CJUE, 17 juin 2021, C-23/20, *Simonsen & Weel A/S c. Region Nordjylland og Region Syddanmark***
 - **L'accord-cadre doit, dès l'origine, déterminer le volume maximal de fournitures ou de services qui pourront faire l'objet des marchés subséquents.**
 - **Le pouvoir adjudicateur ne pourrait s'abstenir d'indiquer, dans l'avis ou dans les documents de marché, une valeur maximale des fournitures et services à fournir en vertu d'un accord-cadre.****
- C.E., arrêt n° 249.203 du 11 décembre 2020, *s.r.l. Assistance et Gestion Environnementale* (extrême urgence) et C.E., arrêt n° 251.293 du 20 juillet 2021, *La société de droit français Lattitude Geosystems* (extrême urgence)
 - **La conclusion répétée du Conseil d'État selon laquelle les quantités présumées ou sommes à réserver paraissent, *prima facie*, suffire semble difficilement conciliable avec les arrêts de la Cour.**

La saga des accords-cadres

Obligation d'indication des quantités maximales ?

- **CJUE, 14 juillet 2022, C-274/21 et C-275/21, EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H./ République d'Autriche**
- « *Par ses sixièmes questions, point 1, dans les affaires C-274/21 et C-275/21, la juridiction de renvoi demande, en substance, si l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur peut encore se fonder, pour attribuer un nouveau marché, sur un accord-cadre dont la quantité et/ou la valeur maximale des travaux, fournitures ou services concernés qu'il fixe a ou ont déjà été atteinte(s).* »
- « *À cet égard, il ressort clairement de la jurisprudence de la Cour que, en concluant un accord-cadre, un pouvoir adjudicateur ne peut s'engager que dans la limite d'une quantité et/ou d'une valeur maximale des travaux, fournitures ou services concernés, de sorte que, une fois cette limite atteinte, cet accord-cadre aura épuisé ses effets (arrêt du 17 juin 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, point 68).* »
- « *Partant, ainsi que l'ont souligné le gouvernement autrichien et la Commission dans leurs observations écrites, plus aucun marché ne peut être légalement attribué en application de l'article 33, paragraphe 2, de la directive 2014/24 sur la base d'un accord-cadre dont ladite limite a été dépassée et qui, dès lors, est privé d'effets, **sauf si cette attribution ne modifie pas substantiellement ce dernier, au sens de l'article 72, paragraphe 1, sous e), de la directive 2014/24 (voir, en ce sens, arrêt du 17 juin 2021, Simonsen & Weel, C-23/20, EU:C:2021:490, point 70).*** »
- « *Il convient donc de répondre aux sixièmes questions, point 1, que l'article 33, paragraphe 3, de la directive 2014/24 doit être interprété en ce sens qu'un pouvoir adjudicateur ne peut plus se fonder, pour attribuer un nouveau marché, sur un accord-cadre dont la quantité et/ou la valeur maximale des travaux, fournitures ou services concernés qu'il fixe a ou ont déjà été atteinte(s), à moins que l'attribution de ce marché n'entraîne pas une modification substantielle de cet accord-cadre, ainsi que le prévoit l'article 72, paragraphe 1, sous e), de cette directive.* »

C.E., arrêt n° 253.997 du 14 juin 2022, *s.a. Ecoterres* (extrême urgence)

Accords-cadres: absence de quantités maximales

Dans cette affaire, le pouvoir adjudicateur avait rejeté l'offre de la partie requérante en la qualifiant de substantiellement irrégulière. La partie requérante, quant à elle, relevait « **le défaut d'indication dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges d'une quantité ou valeur maximale de l'accord-cadre** », moyen qu'elle considérait comme d'ordre public.

Le Conseil d'État a répondu en ces termes:

*« Il n'apparaît cependant pas que l'exigence de mention, dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges, d'une valeur ou d'une quantité maximale des services à fournir en exécution d'un accord-cadre constitue une règle d'ordre public. (...) Comme le relève la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt *Simonsen & Weel A/S / Region Nordjylland og Region Syddanmark* du 17 juin 2021 (C-23/20) – cité par la requérante –, le manquement du pouvoir adjudicateur à son obligation de mentionner l'étendue d'un accord-cadre ne peut être assimilé à la situation où un marché est conclu sans publication préalable d'un avis de marché alors que cet avis est obligatoire. »*

C.E., arrêt n° 253.997 du 14 juin 2022, *s.a. Ecoterres* (extrême urgence)

Accords-cadres: absence de quantités maximales

*« Du point de vue de la Cour, le premier manquement cité, à la différence du second, n'entre pas dans les hypothèses les plus graves de violations du droit de l'Union en matière de marchés publics (points 81 à 90 de l'arrêt). **Pour les mêmes motifs, il ne semble pas prima facie que l'illégalité dénoncée dans le premier moyen relève de l'ordre public belge.***

*En droit interne, sont, en effet, des moyens d'ordre public ceux qui sont pris de la violation d'une règle qui vise à promouvoir ou préserver un intérêt public fondamental, c'est-à-dire une **règle qui concerne des valeurs essentielles de la vie en société ou qui touche de manière fondamentale au fonctionnement de l'État de droit** et qui, pour ces raisons, doit toujours être garantie au profit de la société dans son ensemble.*

Il n'est pas établi que l'exigence de communication d'une quantité ou valeur maximale de l'accord-cadre, même si elle est de nature à assurer le respect des principes de transparence et d'égalité de traitement et à empêcher les atteintes à la concurrence, touche aux fondements juridiques au point que le défaut de cette mention dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges doive être soulevé d'office par le Conseil d'État, sans obligation pour la partie requérante de justifier d'un intérêt spécifique à dénoncer ce manquement. »

III. La sélection



C.E., arrêt n° 251.896 du 20 octobre 2021, *s.r.l. Marcel Barattucci, Ingénieur Architecte et Associés & s.r.l. Architecture et Création* (annulation et extrême urgence)

Cause d'exclusion facultative

En l'espèce, **un autre pouvoir adjudicateur** que celui dont question dans la présente affaire avait **résilié le marché public qui le liait avec les parties requérantes**. De ce fait, **le pouvoir adjudicateur du présent marché avait décidé d'exclure les parties requérantes** du marché dont question dans la présente affaire.

« [L]es requérantes reprochent à la partie adverse de ne pas avoir mené des investigations qui lui eurent notamment permis de recueillir leur version des faits et de fonder sa décision sur un dossier complet, et non une information biaisée.»

Le Conseil d'État a décidé que : « [l]es requérantes ne peuvent raisonnablement reprocher à la partie adverse de ne pas avoir entrepris des recherches tendant à obtenir des informations qu'il leur incombait, pour l'essentiel, au premier chef de lui livrer et qu'elles se sont toutefois abstenues de lui fournir sans pourtant faire état de circonstances qui justifieraient cette négligence. **En s'abstenant de déclarer spontanément qu'elles se trouvaient dans une situation susceptible de constituer une cause facultative d'exclusion et de fournir à cette occasion les informations qu'elles estimaient utiles, les requérantes se sont elles-mêmes privées d'une possibilité de faire utilement valoir leur point de vue.** »

C.E., arrêt n° 252.154 du 18 novembre 2021, *s.a. JUMATT* (extrême urgence)

Dettes fiscales supérieures à 3000 EUR - absence de preuve valable de régularisation

Dans cette affaire, « l'attestation fournie par l'application Télémarc indiquait l'existence d'une **dette fiscale supérieure à 3000 euros** » dans le chef de la partie requérante.

Le pouvoir adjudicateur avait alors donné l'opportunité à la partie requérante de fournir une preuve de « **régularisation de sa situation fiscale** ». À cet effet, la partie requérante avait fourni au pouvoir adjudicateur un document portant « **la mention « not sent »**, ce qui sembl[ait] indiquer que le paiement y renseigné n'a[vait] pas encore été exécuté », sans plus d'explications et sans que le pouvoir adjudicateur n'ait pu « vérifier que le montant repris sur ce document concern[ait] effectivement la dette fiscale affichée sur l'attestation Télémarc ».

Le Conseil d'État a, dès lors, décidé que « **la partie adverse a valablement pu considérer que la participation de la requérante à la procédure de passation du marché litigieux devait être exclue** ».

C.E., arrêt n° 254.211 du 1 juillet 2022, *s.a. Jette Clean* (extrême urgence)

Absence de décision de sélection dans une procédure en deux phases

« En l'espèce, l'absence de critères de sélection ne permettait pas à la partie adverse de se dispenser d'adopter une décision de sélection avant d'inviter les soumissionnaires à déposer offre.

En effet, la sélection est un préalable obligatoire à tout stade ultérieur de la passation d'un marché (invitation à remettre une offre ou attribution), quelle que soit la procédure de passation choisie, sauf les exceptions prévues par la loi, non applicables en l'espèce.

(...) [L]a sélection des candidats doit notamment permettre d'exclure les candidats sur la base des motifs d'exclusion visés aux articles 67 à 69 de la loi, nonobstant l'absence éventuelle de critères de sélection.

*Pour rappel, le marché litigieux est passé par **procédure négociée avec mise en concurrence préalable**, c'est-à-dire **nécessairement en deux phases distinctes, successives dans le temps et indépendantes l'une de l'autre**. Les personnes qui sont invitées à déposer **offre** sont **uniquement celles qui ont été préalablement sélectionnées**. L'article 147, § 6, de la loi du 17 juin 2016 qui permet de différer, après l'examen des offres, le contrôle approfondi des motifs d'exclusion et des critères de sélection, n'est applicable qu'à la procédure ouverte et la procédure négociée directe avec mise en concurrence préalable, pas aux marchés passés en procédure restreinte ou en deux étapes, comme c'est le cas en l'espèce. »*

C.E., arrêt n° 253.314 du 23 mars 2022, *s.r.l. EZEE EUROPE et consorts* (extrême urgence)

Niveau d'exigence du critère de capacité économique et financière

« À supposer (...) que le seuil de capacité puisse s'identifier dans le montant à préfinancer, lequel pourrait être établi sur la base des prix de l'inventaire, il s'imposerait alors de constater qu'**à défaut de prescription des documents du marché imposant, en toute transparence, l'utilisation d'une méthode unique d'évaluation de la capacité de financement sur la base du montant à préfinancer, applicable par chaque établissement financier sollicité**, le critère litigieux n'est pas assorti d'un niveau d'exigence fixé par le pouvoir adjudicateur dans le respect des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence. »

« Compte tenu de ce qui, prima facie, apparaît être **l'absence de fixation d'un niveau d'exigence**, au sens des alinéas 3 et 4 de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, pour le critère litigieux, il doit être constaté que la partie adverse n'a pas assorti celui-ci d'un autre critère de même type se prêtant à la fixation d'un niveau d'exigence, et ce en méconnaissance de l'alinéa 4 précité. »

C.E., arrêt n° 254.318 du 9 août 2022, *société de droit autrichien PROCOMCURE BIOTECH* (extrême urgence)

Capacité économique et financière

« Conformément à l'article 67, §3, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, le seuil imposé pour déterminer la capacité financière des soumissionnaires au regard de leur chiffre d'affaires annuel **ne peut dépasser le double de la valeur estimée du marché**, soit en l'espèce 127.200.000 euros. En imposant aux soumissionnaires, comme critère de sélection relatif aux moyens financiers, d'avoir réalisé « au cours des trois derniers exercices un chiffre d'affaires total au moins égal à 100.000.000 euros », la partie adverse n'a donc pas méconnu cette disposition. »

C.E., arrêt n° 251.896 du 20 octobre 2021, *s.r.l. Marcel Barattucci, Ingénieur Architecte et Associés & s.r.l. Architecture et Création* (annulation et extrême urgence)

Critères de sélection - capacité technique et professionnelle

En l'espèce, un des **sous-traitants** de l'adjudicataire, « *certificateur agréé BREEAM* », s'était engagé « **à mettre à disposition ses capacités particulières** ».

« La partie adverse soutient avec vraisemblance que, dans le cadre de leur formation, les certificateurs BREEAM sont amenés à se familiariser avec certains aspects de la durabilité d'un bâtiment qui sont relatifs à la circularité et au réemploi des matériaux. »

Le moyen ne peut donc être déclaré sérieux en tant qu'il laisse entendre que la certification BREEAM ne permettrait pas d'établir la capacité requise à l'aide d'un des modes de démonstration fixés par les documents du marché, à savoir l'attestation de formation suivie dans le domaine du réemploi des matériaux. »

C.E., arrêt n° 252.833 du 31 janvier 2022, *s.a. Alarmes Coquelet* (extrême urgence)

Critères de sélection: application de l'article 71 en PNSPP

« En l'occurrence, le marché litigieux a été passé par la **procédure négociée sans publication préalable**, en sorte que **l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 ne peut s'y appliquer que si une disposition en sens contraire a été formulée dans les documents de marché.** (...) »

Il ressort du cahier spécial des charges que le pouvoir adjudicateur a décidé de ne prévoir aucun critère de sélection, que ce soit à propos de la capacité économique et financière du soumissionnaire ou de sa capacité technique et professionnelle. **Les exigences de certification** sur lesquelles la requérante fonde sa critique **ne constituent donc pas**, contrairement à ce qu'elle soutient, **des critères de sélection qualitative**. Il peut être relevé d'ailleurs qu'il ne résulte nullement des prescriptions en cause qu'il s'agirait de conditions auxquelles il devrait être répondu au jour du dépôt des offres et qu'en outre, le cahier spécial des charges n'infère aucune conséquence du non-respect de ces conditions. **Il s'ensuit que le moyen paraît manquer en droit** en ce qu'il dénonce la violation de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 ainsi que les articles 65 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. »

C.E., arrêt n° 251.491 du 14 septembre 2021, *s.r.l. Privacy Praxis* (extrême urgence)

Sélection: confusion critère de sélection et d'attribution

« Il ressort de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics que, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur **peut déterminer des critères portant notamment sur l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché**, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché. L'article 68, § 4, 6°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques identifie, parmi les moyens de preuve attestant les capacités techniques des opérateurs économiques l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise, **à condition que ces éléments ne soient pas évalués comme critères d'attribution.** (...) »

Pour ce qu'un examen de la cause en extrême urgence permet d'en juger, la partie adverse semble pouvoir être suivie lorsqu'elle soutient que **les éléments respectivement mobilisés par la partie adverse pour les critères de sélection et d'attribution ne sont pas identiques**, dès lors qu'au titre de la sélection qualitative est prise en considération l'expérience en tant qu'« IT Manager », alors que les critères d'attribution impliquent la valorisation de compétences qui ne sont pas nécessairement liées à l'exercice de la fonction d'« IT Manager », mais réfèrent aux besoins plus spécifiques de la partie adverse, auxquels le marché en cause a plus particulièrement vocation à pourvoir. »

C.E., arrêt n° 251.866 du 15 octobre 2021, *s.r.l. Oupeye Voirie Services* (extrême urgence)

Sélection: confusion critère de sélection et d'attribution

En l'espèce, la partie requérante reprochait au cahier spécial des charges d'opérer « *une **confusion** entre le quatrième **critère de sélection** relatif à la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire et le troisième **critère d'attribution** ».*

Après avoir rappelé les distinctions à faire entre la phase de sélection et celle d'attribution, le Conseil d'État a constaté qu'en l'espèce, de la documentation technique était exigée dans le cadre d'un des critères de sélection si le soumissionnaire entendait obtenir des points pour un des critères d'attribution.

Une telle manière de faire n'a toutefois pas mené le Conseil d'État à conclure à l'existence d'une confusion. Il a simplement fait remarquer que « [s]'il eut été **plus avisé** d'exiger la production de la documentation technique pertinente **uniquement** dans l'exposé du troisième **critère d'attribution**, cette **maladresse** dans la rédaction du cahier spécial des charges n'a **pas causé grief** à la requérante, puisqu'elle a déposé son offre et a été sélectionnée, sans avoir communiqué la[dite] documentation technique ».

C.E., arrêt n° 254.281 du 15 juillet 2022, s.r.l. *Privacy Praxis* (extrême urgence et annulation)

Sélection: confusion critère de sélection et d'attribution

« Dans une procédure de passation de marché public, les étapes de la sélection qualitative des soumissionnaires et de la comparaison des offres au regard du ou des critères d'attribution sont distinctes, étant régies par des règles différentes et répondant à des objectifs différents. Ceci implique notamment que les mêmes critères ne peuvent pas être utilisés indifféremment à l'un ou l'autre stade de la procédure. L'attribution du marché se fait après la vérification de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché et, à ce stade, ce n'est plus le soumissionnaire qui est évalué, mais la qualité de son offre. Les critères d'attribution ont pour objet de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il ressort de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics que, pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur peut déterminer des critères portant notamment sur « l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché » lorsque « la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ». Tel paraît être le cas du présent marché qui a pour objet « la désignation de consultants dans le cadre de la mise en conformité au RGPD ». Pour ce type de marché, il semble permis, dans le cadre des critères d'attribution, de prendre en compte et d'apprécier l'expérience ou d'autres éléments de capacité des équipes assignées, ces éléments pouvant affecter de manière significative la qualité de l'exécution du marché. »

C.E., arrêt n° 254.281 du 15 juillet 2022, *s.r.l. Privacy Praxis* (extrême urgence et annulation)

Sélection: confusion critère de sélection et d'attribution

« Les requérantes se limitent à énumérer ces différents « critères » sans spécifier en quoi, à leur estime, ils consisteraient en des critères de sélection qualitative. Pour ce qu'un examen de la cause en extrême urgence permet d'en juger, la partie adverse semble pouvoir être suivie lorsqu'elle soutient que les éléments respectivement mobilisés par elle pour les critères de sélection et d'attribution ne sont pas identiques.

Du reste, les requérantes ne soutiennent pas que la partie adverse aurait, à l'occasion de l'évaluation des offres, fait une application incorrecte des critères de sélection et d'attribution prévus par le cahier spécial des charges ou que l'appréciation faite des différentes offres et de leur offre, en particulier, procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation.

Le moyen (...) n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet. »

C.E., arrêt n° 253.728 du 12 mai 2022, *s.a. Entreprises Jacques Pirlot* (annulation)

Agrément tardif + agrément v. agréation

Par l'un de ses moyens, **la partie requérante reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir écarté son offre alors que celle-ci satisfait aux critères de sélection** qui avaient été fixés.

Plus précisément, la requérante « *fait valoir en substance qu'un arrêté ministériel du 17 octobre 2017 lui a accordé l'agrément en qualité de transporteur de déchets toxiques en application du décret wallon du 27 juin 1996 relatif aux déchets et que si cet **agrément lui a été octroyé après la date d'ouverture des offres** (à savoir le 8 août 2017), il l'a été **avant celle du rapport d'examen des offres** (à savoir le 23 novembre 2017). Elle considère que, pouvant au moment de l'examen des offres s'informer de la situation des soumissionnaires au regard des exigences de sélection qualitative, **la partie adverse était en mesure de constater que la requérante disposait alors de l'agrément requis et aurait dû, partant, sélectionner celle-ci.** »*

La partie requérante fait ensuite une **analogie** à ce qui est prévu en matière d'**agréation** des entrepreneurs dans le cadre des marchés de travaux en indiquant « *que le respect de l'exigence d'agrément devait, à l'instar de ce qui est prévu en matière d'agréation des entrepreneurs dans le cadre des marchés de travaux, **être vérifié au moment de la conclusion du marché*** ».

C.E., arrêt n° 253.728 du 12 mai 2022, *s.a. Entreprises Jacques Pirlot* (annulation)

Agrément tardif + agrément v. agréation

Le Conseil d'État a tranché en décidant que « **L'agréation des entrepreneurs de travaux, régie par la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation des entrepreneurs de travaux, n'est pas une autorisation conditionnant l'exercice d'une activité professionnelle en général, mais une exigence spécifiquement requise pour soumissionner à certains marchés publics de travaux.**

(...) La différence de traitement dénoncée par la requérante résulte de l'article 3 de la loi précitée, qui permet à l'entrepreneur de justifier de son agréation seulement au moment de la conclusion du marché. **La différence de nature entre cette agréation et les autres agréments professionnels, de même que les différences entre les marchés publics de travaux et les autres marchés ainsi que l'existence de cadres normatifs différents, justifient prima facie la différence de traitement (...).** »

C.E., arrêt n° 253.025 du 17 février 2022, s.a. *Etablissements Dumay-Mior* (extrême urgence)

Société non agréée

« Il ressort donc de l'instruction du dossier (...) que la requérante n'est **pas autorisée à effectuer une partie des prestations du lot 1 du marché** qu'elle s'est, de manière illicite, engagée, dans son offre, à réaliser. La requérante **ne pouvait pas légalement se voir attribuer ce lot.**

*Au vu de ces circonstances particulières et dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, il y a lieu de considérer que la requérante **ne justifie pas d'un intérêt légitime** « à obtenir » le marché considéré, intérêt à la vérification de laquelle est subordonnée, en vertu des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée, la recevabilité des recours ouverts par ces dispositions. »*

C.E., arrêt n° 253.728 du 12 mai 2022, *s.a. Entreprises Jacques Pirlot* (annulation)

Recours à la capacité d'un sous-traitant

La partie requérante reproche au pouvoir adjudicateur de ne pas l'avoir sélectionnée au mépris de la possibilité prévue dans les documents du marché de faire évacuer les déchets par un sous-traitant disposant de l'agrément requis.

A ce sujet, le Conseil d'État a rappelé que « *la possibilité admise par les documents du marché de faire appel à la capacité d'un sous-traitant est celle qui était prévue par l'article 74, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, applicable au marché en cause.* »

En poursuivant : « *Conformément à cette disposition et dans le respect du principe d'égalité, **un soumissionnaire peut invoquer la capacité d'un sous-traitant uniquement s'il est en mesure d'établir qu'au jour de l'ouverture des offres, il disposait d'un engagement en ce sens du sous-traitant à son égard.*** »

Le Conseil d'État a finalement jugé qu'« *en l'espèce, la requérante ne prétend pas et il ne résulte pas plus du dossier administratif qu'au jour de l'ouverture des offres, elle disposait d'un engagement d'un sous-traitant agréé afin de procéder à l'évacuation des déchets dangereux dans le cadre du marché litigieux. Le grief formulé à titre subsidiaire ne peut dès lors prospérer* ».

IV. L'analyse des offres (y inclus la régularité) et l'attribution du marché



C.E., arrêt n° 251.664 du 29 septembre 2021, *s.a. RENOTEC* (extrême urgence)

Irrégularité substantielle – absence de motivation

Dans cet arrêt, le Conseil d'État a tout d'abord rappelé sa jurisprudence constante en ces termes : « **En présence d'une irrégularité dans l'offre**, au sens de l'article 76, § 1er, alinéa 3 [de l'arrêté royal du 18 avril 2017], le pouvoir adjudicateur doit en **constater l'existence, qualifier cette irrégularité** de substantielle ou de non substantielle et **énoncer les motifs sur lesquels il se fonde pour le faire**. Il doit tirer les conséquences de cette qualification et, en cas d'irrégularité qualifiée de non substantielle, **motiver sa décision** d'écartier ou non l'offre en raison de cette irrégularité. **L'exigence de motivation est par ailleurs renforcée en cas de dérogation alléguée au cahier spécial des charges**, le pouvoir adjudicateur devant se prononcer sur le caractère substantiel ou non de l'irrégularité et le cas échéant, exposer les motifs pour lesquels il décide d'écartier ou de retenir une offre affectée d'une irrégularité considérée comme non substantielle. »

En l'espèce, l'adjudicataire avait rendu une offre dérogeant aux prescriptions du cahier spécial des charges, ce qui avait été relevé par les pouvoirs adjudicateurs. « *En dépit [de cela], les parties adverses ont admis la régularité de l'offre de ce soumissionnaire sans indiquer expressément la qualification qu'appelaient, selon elles, l'irrégularité ainsi constatée, ni a fortiori ce qui les déterminait à la qualifier de substantielle ou non substantielle, et sans exposer la raison pour laquelle cette irrégularité ne justifiait pas d'écartier l'offre qui en était affectée. En l'absence de motivation formelle appropriée, les parties adverses ne permettent, par ailleurs, pas au Conseil d'État de vérifier qu'elles se sont acquittées des obligations qui s'imposaient à elles à l'instar de tout pouvoir adjudicateur qui se trouve confronté à une offre irrégulière.* »

C.E., arrêt, n° 254.069 du 22 juin 2022, *s.r.l. Jacobs Douwe Egberts Pro Be* (extrême urgence)

Régularité

Dans cette affaire, la partie requérante soutenait que l'offre remise par l'adjudicataire du marché était entachée d'une irrégularité substantielle et que celle-ci aurait du conduire à son écartement.

Le Conseil d'État a d'abord rappelé que :

*« Conformément à l'article 83 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, **le pouvoir adjudicateur est tenu de vérifier la régularité des offres**, c'est-à-dire leur conformité avec l'ensemble des exigences de la réglementation et des documents du marché, ce qui comprend notamment les spécifications techniques qui figurent dans ces documents ».*

Le Conseil d'État a ensuite souligné que :

*« **Hormis les hypothèses où les documents du marché indiquent expressément qu'il s'agit d'une exigence minimale ou substantielle, une disposition a ce caractère lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle peut avoir pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché.** »*

C.E., arrêt, n° 254.069 du 22 juin 2022, *s.r.l. Jacobs Douwe Egberts Pro Be* (extrême urgence)

Régularité

« Si le pouvoir adjudicateur constate des dérogations aux prescriptions issues des documents du marché, il lui revient de les examiner, de qualifier les irrégularités de substantielles ou non substantielles, d'en tirer les conséquences quant à l'écartement de l'offre concernée et d'indiquer, dans la décision d'attribution, les motifs qui justifient sa décision. Par ailleurs, si une décision positive qui constate la régularité d'une offre peut comporter une motivation plus succincte qu'une décision qui constate l'irrégularité d'une offre, c'est à la condition que l'examen de sa régularité n'ait suscité aucune difficulté. Dès que le pouvoir adjudicateur a été confronté à une difficulté, il est, à tout le moins, contraint d'explicitier les raisons pour lesquelles il a estimé que l'offre était régulière au regard de cette difficulté. »

En l'espèce, il n'apparaissait pas clairement du dossier administratif pourquoi l'offre de l'adjudicataire avait pu être considérée comme régulière alors qu'elle comportait plusieurs dérogations aux documents du marché. *« Rien ne permet[ait] non plus de considérer que l'irrégularité en cause devrait, à l'évidence, être qualifiée d'irrégularité non substantielle. »* La partie requérante avait d'ailleurs fait remarquer *« que si elle avait su qu'elle pouvait déroger aux dimensions imposées dans le cahier spécial des charges, elle aurait pu proposer un autre modèle qui lui aurait permis d'obtenir plus de points dans le cadre de l'évaluation des offres »*.

« La partie adverse a prima facie manqué aux obligations de vérification et de motivation formelle qui lui incombent. Dans cette mesure, le premier moyen est sérieux. »

C.E., arrêt n° 253.677 du 6 mai 2022, *a.s.b.l. CIBES* (extrême urgence et annulation)

Vérification des prix – Objectif

« Le but de la vérification des prix est de rechercher des prix éventuellement anormaux. L'objectif est double : **d'une part, protéger le pouvoir adjudicateur** en lui permettant de s'assurer que les prix proposés garantissent une exécution du marché conforme aux exigences édictées par les documents du marché et aux prestations proposées par les soumissionnaires et exclure toute spéculation au détriment des intérêts fondamentaux du pouvoir adjudicateur et des deniers publics; **d'autre part, protéger les exigences d'une saine concurrence** en évitant que le pouvoir adjudicateur avalise des comportements qui y sont contraires et que des marchés publics soient finalement attribués à des soumissionnaires ayant remis des prix fantaisistes qui faussent, de ce fait, le jeu normal de la concurrence. Si la vérification des prix ne répond pas à la même logique devant des prix apparemment anormalement bas ou devant des prix apparemment anormalement élevés, la réglementation relative aux marchés publics ne fait pas la distinction. **Face à des prix apparemment anormalement élevés, elle veille, en particulier, à écarter le risque de spéculation au détriment des deniers publics.** (...) »

La partie adverse ayant sollicité des justifications pour des prix apparemment anormaux, il lui appartenait de procéder à un examen concret et effectif de celles-ci. (...) Rien ne permet de considérer que la partie adverse a pu vérifier que les prix proposés ne constituaient pas une charge exorbitante pour elle et ainsi écarter le risque de spéculation dénoncé par la requérante.

Si le grief vise plus particulièrement le lot 3 du marché, il paraît également pouvoir concerner le lot 1 de celui-ci. Il ressort, en effet, des pièces du dossier que la partie adverse a, sans aucune justification, modifié le contenu de l'offre de la partie intervenante en reportant sur le lot 3 de cette offre un poste que la partie intervenante avait expressément imputé sur le lot 1 de celle-ci, modifiant de la sorte sensiblement les prix de chaque lot. Une telle opération est prima facie de nature à influencer sur le contrôle des prix et, en particulier, sur la détection de prix éventuellement anormaux pour les lots 1 et 3 du marché. »

C.E., arrêts n° 251.695 et n° 251.696 du 30 septembre 2021, *s.r.l. Theis Marcel (extrême urgence)*

Prix anormaux et motivation formelle

« Le but de la **vérification des prix**, prévue par l'article 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, est de rechercher d'éventuels prix anormaux. **L'objectif** poursuivi par la réglementation est **double** : d'une part, **protéger l'adjudicateur** en lui donnant le moyen de s'assurer que le prix offert par les soumissionnaires permet réellement d'exécuter les obligations qui découlent du cahier spécial des charges ; d'autre part, **protéger les exigences d'une saine concurrence**

*En l'espèce, il semble que le moyen ne se limite pas à poser la question de savoir si le personnel ouvrier affecté à l'exécution du marché en cause peut, en vertu de la réglementation, être payé conformément aux barèmes de la commission paritaire 145, mais qu'il tend, plus largement, à reprocher au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir motivé les raisons pour lesquelles il a estimé qu'une telle situation était admissible eu égard aux objectifs de la vérification des prix. À cet égard, en ne faisant pas état de l'élément de justification, formulé par l'attributaire, relatif aux barèmes auxquels seront payés les ouvriers, alors même que rien ne permet, prima facie, de considérer qu'il s'agit d'un élément secondaire, **l'acte attaqué** paraît, dans les circonstances particulières de l'espèce, devoir être considéré comme étant **insuffisamment motivé.** »*

Dans le même sens, voy. C.E., arrêt n° 254.296 du 26 juillet 2022, *s.a. NELLES FRÈRES* (extrême urgence)

C.E., arrêt n° 252.640 du 14 janvier 2022, *s.a. Venturis* (extrême urgence et annulation)

Vérification des prix et des coûts

« Il ressort des dispositions précitées **qu'après rectification des offres** conformément à l'article 34, le pouvoir adjudicateur est tenu de procéder, **dans un premier temps**, à une **vérification des prix ou des coûts de l'offre** conformément à l'article 35 et, **en cas de suspicion de prix ou de coûts anormalement bas ou élevés**, de procéder, **dans un second temps**, à un **examen des prix et des coûts tel que visé à l'article 36**.

C'est dans le cadre de cet examen des prix et coûts, régi par l'article 36 et supposant une suspicion préalable d'anormalité de ces prix et coûts, que l'entité adjudicatrice est tenue **d'inviter les soumissionnaires concernés à fournir les justifications écrites nécessaires relatives à la composition du prix ou du coût considéré comme anormal**, de manière à se déterminer ensuite sur le caractère normal ou anormal des prix concernés et à en tirer les conséquences sur le plan de la régularité des offres concernées et du sort qui doit être réservé à celles-ci. (...)

Il doit, par ailleurs, être rappelé que, dans la conduite des opérations requises en vertu des dispositions précitées, le pouvoir adjudicateur dispose d'un **large pouvoir d'appréciation** pour procéder à un contrôle des prix, estimer le caractère apparemment anormal d'un prix, déterminer ceux à propos desquels il estime opportun de solliciter des justifications et examiner la validité des justifications apportées par le soumissionnaire concerné. **Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité, sauf à sanctionner une erreur manifeste d'appréciation.** »

C.E., arrêt n° 253.899 du 1 juin 2022, *s.r.l. Privacy Praxys et consorts* (extrême urgence)

Vérification des prix et erreurs arithmétiques

Le Conseil d'État a décidé en l'espèce que « *la seule vérification qui a été opérée est celle prévue au regard de l'article 86 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, qui vise la « correction des offres ».* (...) »

[C]e type de correction est étranger à la procédure de vérification des prix prévue par les articles 84 de la loi du 17 juin 2016 et 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. (...) [En outre,] le rapport d'analyse des offres se limite à indiquer qu'au terme de la vérification opérée, « [a]ucune erreur n'a été constatée dans les offres » - **ce type de constat étant tout à fait inadapté à un contrôle de la normalité des prix.** »

« *Aucun autre élément concernant une vérification des prix ne ressort des pièces du dossier administratif, en ce compris du premier acte attaqué. Dans ces conditions, il ne peut prima facie être considéré que la partie adverse aurait procédé concrètement à une vérification de la normalité des prix au sens des dispositions précitées. **S'il peut être admis qu'un pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'indiquer dans les motifs de sa décision la raison pour laquelle un prix proposé ne présente aucun caractère anormal, il n'en demeure pas moins qu'il doit ressortir de cette décision, ou à tout le moins, du dossier administratif qu'il a bien procédé à ce contrôle. Tel ne paraît pas être le cas en l'espèce.** »*

C.E., arrêt n° 251.639 du 28 septembre 2021, s.r.l. Alain Bordet (extrême urgence)

Déroulement de la procédure – Vérification des prix ou des coûts (art. 84 Loi 17/06/2016)

« [S]i la détermination du prix s'avère complexe – comme c'est clairement le cas dans la présente espèce –, **le pouvoir adjudicateur doit s'assurer d'être en possession de l'ensemble des éléments utiles lui permettant de comprendre le prix proposé et de vérifier concrètement sa normalité.** (...) »

Or, il n'apparaît pas que le pouvoir adjudicateur a disposé de l'ensemble des éléments utiles lui permettant de comprendre les prix proposés et de contrôler concrètement leur normalité. Par ailleurs, **la méthode appliquée par la partie adverse ne rend pas compte de ce qu'elle aurait vérifié que les prix offerts excluent toute spéculation ou ne sont pas de nature à porter atteinte à une saine concurrence**, alors que, comme il a déjà été constaté, les taux de commission remis présentent des écarts importants et les soumissionnaires des caractéristiques très différentes. (...) »

La partie adverse insiste (...) sur le fait que, pour conclure à la normalité des prix offerts, elle s'est **basée sur sa propre expérience**, en particulier sur un précédent marché de recouvrement de créances. **Cependant, cet élément ne permet pas, en soi, de pallier les erreurs et lacunes qui affectent la méthode de vérification des prix à laquelle elle a eu recours dans le cadre du présent marché (...).** »

C.E., arrêt n° 253.125 du 28 février 2022, *s.a. Ceba Confort* (extrême urgence)

Vérification des prix ou des coûts

« Le pouvoir adjudicateur avait considéré « *comme tardives les justifications transmises par la requérante le 7 mai 2021 [en se] repos[ant] sur le postulat que le délai de douze jours octroyé pour la communication des justifications de prix sollicitées a pris court à la date d'envoi de l'invitation à justifier les prix concernés (soit le vendredi 23 avril 2021) et que – le jour de cet envoi n'étant pas compté dans le délai – celui-ci venait à expiration le 5 mai 2021* ».

Le Conseil d'État a considéré que « **[l]es termes de [l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017] ne permettent pas de considérer que c'est exclusivement à la date d'envoi de l'invitation à justifier les prix que prend cours le délai de douze jours accordé au soumissionnaire concerné. Ils font, en revanche, clairement apparaître que le soumissionnaire invité à justifier des prix doit disposer d'au moins douze jours pour ce faire, le pouvoir adjudicateur ayant la faculté d'accorder un délai plus long** ».

C.E., arrêt n° 253.496 du 12 avril 2022, s.a. A2 (extrême urgence et annulation)

Vérification des prix ou des coûts

Dans cet arrêt, le Conseil d'État a rendu un enseignement sur la notion de « *postes non négligeable* ».

« **[L]e seul indice retenu** par la partie adverse pour décider du caractère non négligeable des postes concernés [était] celui de **l'impact financier** des « postes (anormaux) sur l'ensemble du marché ». Or, « [p]our retenir l'impact financier des six postes concernés sur l'ensemble du marché, la partie adverse s[était] fondée sur la valeur relative des prix proposés par la requérante pour ces postes, **au regard**, non du montant total de l'offre (ce qu'impliquait, *prima facie*, la référence expresse de l'acte attaqué à « l'ensemble du marché »), mais **du montant de la seule part de cette offre relative à l'entretien préventif**, ce qui a nécessairement eu pour effet d'influencer à la hausse cette valeur relative. »

C.E., arrêt n° 251.695 du 30 septembre 2021, *s.r.l. Theis Marcel* (extrême urgence)

Prix anormaux et motivation formelle

En effet, il convient de souligner que le cahier spécial des charges exigeait expressément une « *déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale* » par laquelle ils s'engagent à « *octroyer au moins le salaire minimum fixé par la Convention collective de travail du secteur de la Construction* » et que la société EUROGREEN a signé une telle déclaration.

« C'est apparemment à juste titre que la requérante soutient que, même à supposer que la société EUROGREEN peut rémunérer le personnel ouvrier affecté à l'exécution du marché en cause selon les barèmes de la commission paritaire 145, il incombait au pouvoir adjudicateur de vérifier si ce personnel ne serait pas « sous-payé ». »

*« Dans ces conditions, il semble que **le pouvoir adjudicateur devait s'interroger sur l'admissibilité de la justification en cause, spécialement au regard des exigences d'une saine concurrence**, cette question présentant, en l'espèce, un haut degré de pertinence.*

En ce qu'il dénonce une insuffisance de la motivation formelle, le moyen est sérieux. »

C.E., arrêt n° 254.242 du 7 juillet 2022, *s.a. KRINKELS* (extrême urgence)

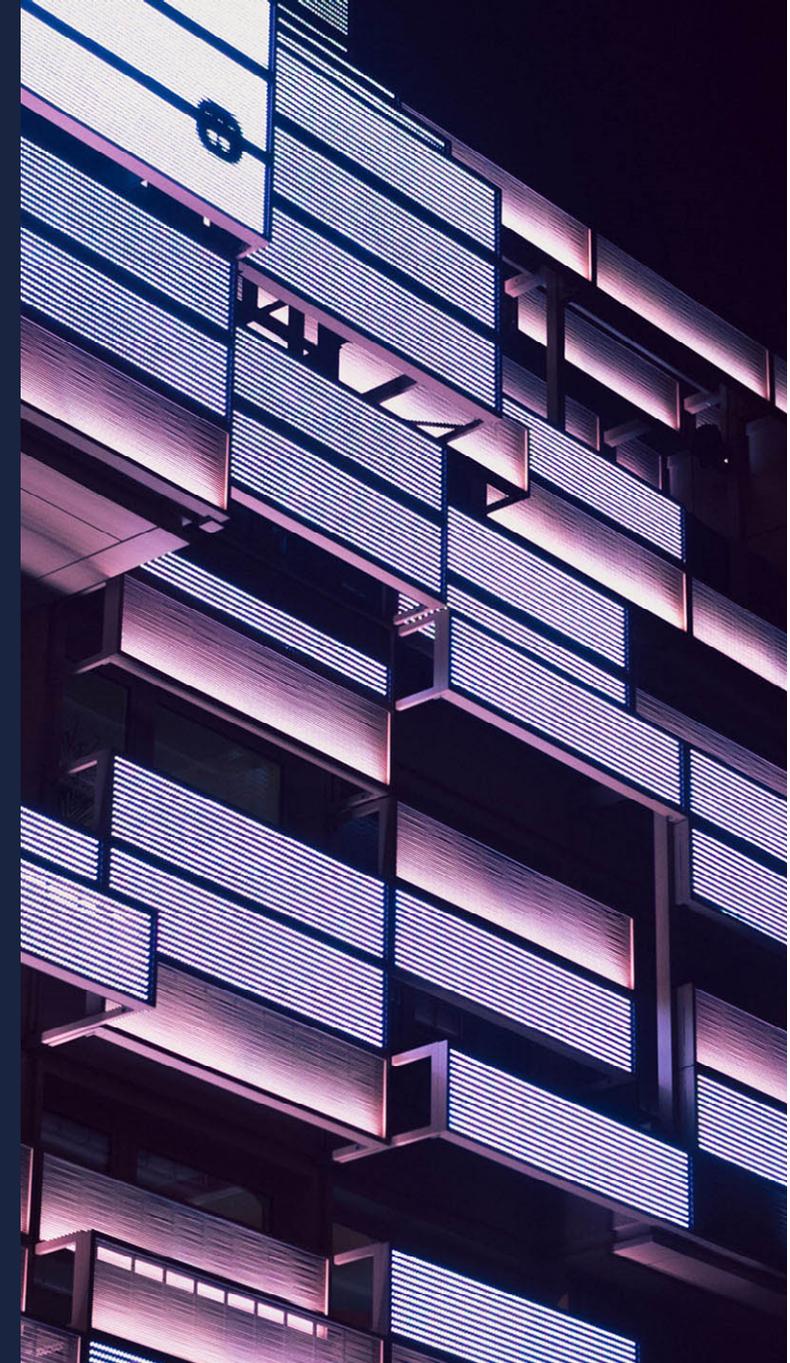
Vérification des prix ou des coûts

*« Les motifs du rapport d'analyse des offres, combinés aux explications fournies par l'auteur du projet dans la décision motivée d'attribution, permettent de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a finalement considéré comme normaux les prix des postes H1001 et H1002. **Ils confirment que la partie adverse s'est livrée à un examen concret et effectif des justifications données par l'attributaire du marché et que celle-ci a, à tout le moins, vérifié que les prix proposés ne constituaient pas une charge exorbitante pour elle et ainsi écarter le risque de spéculation.** Pour le reste, un prix apparemment anormalement élevé ne fait a priori pas craindre que le soumissionnaire qui l'a proposé ne serait pas en mesure d'exécuter les obligations qui découlent du cahier spécial des charges. »*

C.E., arrêt n° 254.242 du 7 juillet 2022, s.a. *KRINKELS* (extrême urgence)

Vérification des prix ou des coûts

*« De même, lorsqu'est vérifié **un prix anormalement haut**, la question de l'égalité entre les soumissionnaires et celle de la libre concurrence ne se posent pas avec la même acuité. Dans cette hypothèse, il semble qu'une attitude plus flexible du pouvoir adjudicateur dans l'acceptation des justifications de prix puisse être autorisée et, dans la foulée, une motivation plus succincte des raisons qui l'ont déterminé à décider que certains prix qui apparaissent anormalement hauts sont finalement tenus pour normaux. Il ne peut, par ailleurs, être reproché à la motivation de ne pas rendre compte de toutes les précisions que contiennent les explications données par l'attributaire du marché, dont certaines d'entre elles relèvent du secret des affaires et bénéficient, à ce titre, de la confidentialité. »*



C.E., arrêt n° 254.296 du 26 juillet 2022, *s.a. NELLES FRÈRES* (extrême urgence)

Vérifications des prix et des coûts – Motivation formelle

Dans un premier temps, le Conseil d'État a répété sa jurisprudence sur la vérification des coûts et à propos de l'obligation de motivation formelle et a ensuite dit pour droit que : « [l]'acte attaqué indique, à ce propos, que « **la façon de justifier** » **les montants suspectés d'anormalité manque de « rigueur** » et « **ne permet pas d'établir la confiance** ». Cette affirmation est fondée sur le constat que, dans les justifications remises, « une simple erreur d'encodage d'un taux horaire influence le rendement d'une équipe », ce qui *prima facie* paraît bien inadmissible et justifie que la partie adverse a rejeté « en bloc » les justifications apportées par la requérante pour les prix de ces postes. »

C.E., arrêt n° 252.543 du 23 décembre 2021, *s.a. Orange Belgium* (extrême urgence)

Vérification des prix + prix anormaux (0 EUR) (art. 33 et 35 AR 18/04/2017)

La requérante fait valoir dans sa requête qu'alors que l'adjudicataire en place proposait également un prix de 0 euro pour le même poste 1, la décision motivée d'attribution ne considère pas ce prix comme anormal, mais reproduit la justification donnée par Proximus.

Partant, la requérante estime que la partie adverse n'a pas traité de manière égale son offre et celle de l'adjudicataire. Cet argument ne paraît pas pouvoir être retenu. La décision motivée d'attribution indique à ce propos que Proximus justifie son prix pour le poste 1 par la circonstance qu'« ***étant l'opérateur actuel du SPW et rencontr[ant] déjà la totalité des besoins téléphoniques fixes et mobiles du SPW, tels que décrits dans le cahier des charges, aucun frais de transition n'est (...) applicable*** ».

La partie adverse en conclut que cette justification est conforme au libellé du cahier spécial des charges en soulignant notamment que « ***de nombreux passages du CSC décrivent le poste 1 comme un poste réservé au nouvel adjudicataire*** » et que « *le CSC ne mentionne aucune activité à l'entrée qui serait liée au changement de marché et non de prestataire, et qui seraient donc de nature à entraîner des frais dans son chef en tant qu'opérateur en place* ».

Il semble, prima facie, que le pouvoir adjudicateur a pu estimer que les justifications apportées par Proximus étaient satisfaisantes, cet opérateur se trouvant dans une situation différente de celle de la requérante, de sorte que les principes d'égalité et de non-discrimination ne sont pas violés.

C.E., arrêt n° 252.640 du 14 janvier 2022, s.a. Venturis (extrême urgence et annulation)

Vérification des prix et des coûts: prix à 0 EUR

*« En sa troisième branche, le moyen critique l'acte attaqué en tant qu'il a considéré que l'option « Forfait de gestion du règlement collectif de dettes » « constituait un **poste négligeable de sorte que le prix nul de ce poste « ne doit pas être considéré comme anormal ».***

*La lecture de l'acte attaqué ne permet pas de reconnaître à celui-ci le sens que lui prête la requérante sur ce point. **Il en ressort, en effet, que si la partie adverse a considéré que le prix de 0 € ne devait pas être considéré comme anormal, c'est en raison non seulement de ce que le poste concerné devait être considéré comme négligeable, mais également de ce que les justifications remises par les soumissionnaires concernés devaient être jugées satisfaisantes.** Ce faisant, elle s'est donc également fondée sur les justifications fournies dans les offres, même si – en raison de la confidentialité de celles-ci – elle n'est pas plus explicite sur le contenu de ces justifications.*

***Les éléments mis en évidence dans le rapport d'examen des offres ne permettent pas de déceler, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, une erreur en fait ou une erreur manifeste d'appréciation.** Il a pu être raisonnablement tenu compte du fait que les trois autres soumissionnaires que la partie requérante ont remis un prix de 0 euro pour le poste litigieux, tout comme relever le nombre limité de dossiers concernés et encore le montant limité proposé par la requérante au regard du montant annuel estimé du marché. Il ne peut, par ailleurs, être tiré argument du seul fait que la gestion des règlements collectifs de dettes représente une option obligatoire pour contester le caractère négligeable de ce poste, au sens de l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. »*

C.E., arrêt n° 252.640 du 14 janvier 2022, *s.a. Venturis* (extrême urgence et annulation)

Vérification des prix et des coûts: prix à 0 EUR

« Enfin, au point 35 de la requête, la requérante critique la justification apportée par l'intervenante pour le prix de 0 €, justification dont elle a connaissance par ce qu'en a rapporté la partie adverse dans la note d'observations déposée en l'affaire qui a donné lieu à l'arrêt n° 252.049 du 5 novembre 2020.

Elle conclut cette critique en soutenant que l'offre de l'intervenante « aurait dû être écartée pour cause d'irrégularité substantielle, conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ».

*Outre que, telle qu'exprimée, cette opinion de la requérante ne formule pas un grief précis à l'encontre de la légalité de l'acte attaqué, il ne peut être reproché à la partie adverse de n'avoir pas écarté l'offre de l'intervenante au terme de l'examen requis par l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, alors qu'elle n'a précisément pas procédé à cet examen pour les raisons qu'elle expose dans le rapport d'examen des offres. **Sur ce point, la critique paraît procéder d'une confusion entre les deux phases de vérification et d'examen des prix respectivement régies par les articles 35 et 36 de l'arrêté royal précité.***

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

C.E., arrêt n° 252.898 du 4 février 2022, *a.s.b.l. COHEZIO* (extrême urgence)

Prix – Prix à 0 EUR

« [U]n prix « zéro », qui revient prima facie à offrir gratuitement une prestation, doit, en règle, toujours être considéré comme étant un prix apparemment anormal, avec cette conséquence que le soumissionnaire concerné doit être expressément invité à justifier ce prix, que le pouvoir adjudicateur doit examiner avec la plus grande minutie et la plus grande diligence les justifications ainsi fournies, et qu'il doit clairement ressortir de la décision d'attribution du marché les motifs précis, acceptables, concrets et étayés en fait, pour lesquels il a accepté ces justifications et a donc pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation, que le prix considéré n'est pas anormalement bas. »

C.E., arrêt n° 252.898 du 4 février 2022, *a.s.b.l. COHEZIO* (extrême urgence)

Prix – Prix à 0 EUR

Et en a conclu que :

« la partie adverse s[était] approprié, sans plus, les justifications apportées par l'intervenante et ne rend[ait], à tout le moins, nullement compte – même d'une manière évasive qui lui permettrait de ne pas divulguer le contenu du courrier de l'intervenante – des considérations qui l[avaie]nt déterminée à admettre la normalité des prix unitaires concernés », méconnaissant, de la sorte, « l'obligation de motivation formelle ».

« Il suit de ces considérations que le moyen, qui dénonce une méconnaissance de l'obligation de motivation formelle, doit être déclaré sérieux. »

C.E., arrêt n° 253.545 du 21 avril 2022, *s.r.l. J.D.-CONSULT* (extrême urgence)

Régularité des offres – prix à 0 EUR

L'adjudicataire avait proposé dans son offre un prix à zéro pour critère : « *prix facturé aux pouvoirs adjudicateurs par mission confiée (40/100)* » et un prix substantiellement plus important pour « *prix demandé à l'huissier de justice pour utiliser la plateforme (10/100)* »

Sur ce prix, le Conseil d'État a estimé que : « *D'emblée, il y a lieu de relever que l'offre de la requérante n'a pas été écartée en application de la réglementation en matière de prix anormalement bas ou élevés, qu'il s'agisse du prix facturé aux pouvoirs adjudicateurs par mission confiée ou du prix total de l'offre de la requérante. Le rapport d'examen des offres conclut que l'offre de la requérante est entachée d'une irrégularité substantielle, faute pour elle de se conformer « aux exigences du cahier spécial des charges quant à la détermination et la répartition du prix des services prestés respectivement au bénéfice des huissiers et des pouvoirs adjudicateurs », cette irrégularité étant « en outre **de nature à fausser la comparaison des offres dès lors qu'elle a pour effet de reporter une partie du montant qui aurait dû être pris en considération au regard du premier critère d'attribution sur le montant évalué au regard du troisième critère d'attribution, ces deux critères n'ayant en outre pas une pondération identique** ».*

C.E., arrêt n° 254.054 du 21 juin 2022, s.a. *Sodexo Pass Belgium* (extrême urgence)

Régularité d'une offre avec un prix global de 0 EUR

En l'espèce, la partie requérante considère que la décision du pouvoir adjudicateur d'attribuer le marché à son concurrent pour un prix de 00,00 EUR est entachée d'illégalité. Selon le moyen, l'irrégularité d'un prix nul résulterait de ce que l'offre qui propose ce prix a notamment pour effet de porter atteinte au jeu normal de la concurrence et d'empêcher la comparaison des offres ainsi que le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le Conseil d'État a décidé que : *« L'offre faite au prix global nul ne peut, en soi, être davantage déclarée irrégulière en considération des effets que, selon la requérante, elle produirait sur le jeu de la concurrence, notamment par l'exclusion d'offres concurrentes basées sur un prix, « fût-il peu conséquent ». À supposer, en effet, que de tels effets soient vérifiés, ils seraient avant tout imputables aux prescriptions des documents du marché, en tant qu'elles fixent la formule de notation des offres, pondèrent les valeurs des critères d'attribution et n'excluent pas la remise d'une offre à prix global nul. Or le moyen ne critique pas ces prescriptions en tant que telles. »*

C.E., arrêt n° 252.751 du 25 janvier 2022, a.s.b.l. COHEZIO (extrême urgence)

Critères d'attribution

Le CSC prévoyait la possibilité pour l'adjudicateur d'« *écarter des délais jugés non tenables* » dans son évaluation du critère relatif aux délais d'exécution. Dans les faits en cause, l'attributaire du marché s'était pour « *dix-neuf délais sur les vingt annoncés, engagé à exécuter les prestations requises « immédiatement » (pour huit postes) ou « le jour même » (pour onze postes) »*, tandis que la partie requérante « *ne s'engage[ait], dans son offre, à s'exécuter « immédiatement » ou « le jour même » que pour cinq postes sur les vingt »*.

Le Conseil d'État a jugé qu' : « **[à] défaut de toute trace dans le dossier administratif de vérification du caractère tenable des délais proposés par les soumissionnaires dans leurs offres, il n'est pas possible au Conseil d'État d'exercer son contrôle de légalité et, en particulier, de vérifier si la partie adverse a régulièrement exercé son pouvoir d'appréciation et n'a pas violé les dispositions et principes visés au moyen, en considérant comme régulière l'offre de l'attributaire du marché »**.

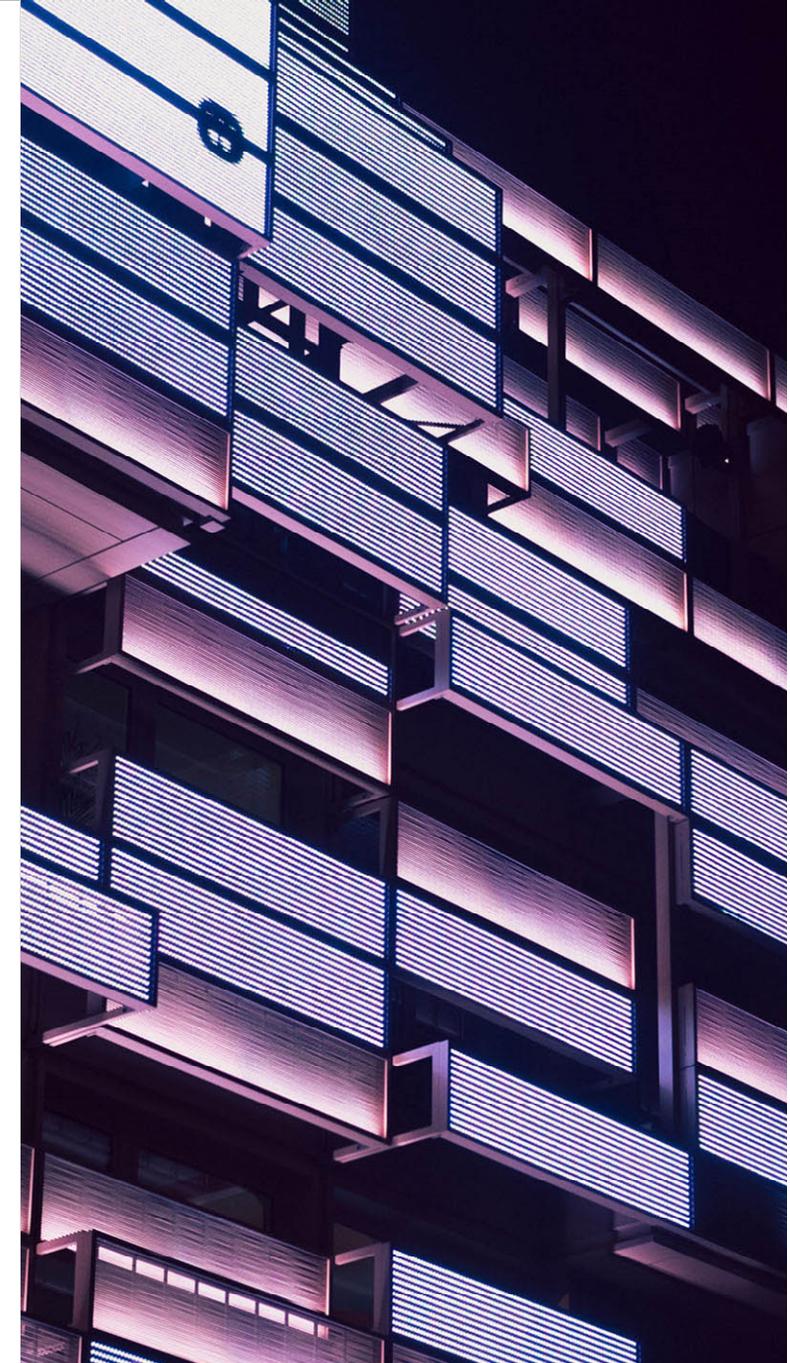
« *Il ne peut, à ce stade, être exclu que la partie adverse ait conclu – à tort – à la régularité de l'offre de l'attributaire du marché tandis qu'elle pouvait retenir comme régulière celle de la requérante. Dans cette mesure, le premier moyen est sérieux. Il n'y a pas lieu d'examiner les deux autres moyens de la requête. »*

C.E., arrêt n° 254.298 du 27 juillet 2022, *s.c.r.l. INTERMEDIANCE* (extrême urgence)

Critères d'attribution – Absence de prix

« Selon l'exposé des motifs de la loi du 17 juin 2016, précitée, « la décision d'attribution du marché ne peut être fondée exclusivement sur des critères autres que le coût » et « les critères doivent [...] toujours au moins compter un critère coût qui pourrait être, au choix du pouvoir adjudicateur, soit le prix, soit une approche coût/ efficacité telle que le coût du cycle de vie ». Il est toutefois précisé que **« dans des cas exceptionnels, l'évaluation du rapport qualité/prix pourrait se faire uniquement sur la base de critères autres que le prix ou la rémunération et ce, lorsque des dispositions nationales établissent la rémunération de certains services ou imposent un prix fixe pour certaines fournitures ».**

Dans le cas présent, le CSC indiquait « le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur (Rapport qualité/prix) », mais il ne prévoit aucun critère relatif au prix ou au coût. »



C.E., arrêt n° 254.298 du 27 juillet 2022, *s.c.r.l. INTERMEDIANCE* (extrême urgence)

Critères d'attribution – Absence de prix

En ce qui concernait le marché public de services de huissiers de justice, l'absence de prix était justifiée par le fait que les tarifs des huissiers de justice étaient réglementés et fixé par arrêté royal.

Le Conseil d'État a décidé qu' « [i]l ressort de ce qui précède que le marché portait, notamment, sur des prestations non monopolistiques, liées à la phase amiable de recouvrement des créances, ne faisant pas l'objet de la tarification définie par l'arrêté royal du 30 novembre 1976 fixant le tarif des actes accomplis par les huissiers de justice en matière civile et commerciale ainsi que celui de certaines allocations.

À supposer même que l'importance relative de ces prestations par rapport à l'ensemble du marché soit limitée – ce qui ne ressort pas à l'évidence du dossier administratif –, elles devaient faire l'objet d'une évaluation sur la base d'un critère étant soit le prix, soit le coût selon une approche coût/efficacité, conformément à l'article 81 de la loi du 17 juin 2016, précitée.

Le premier critère d'attribution, qui vise à identifier « la méthodologie la plus efficace », ne permet pas de valoriser le prix le plus bas, puisque les différents prix offerts par les soumissionnaires pour la phase amiable ne sont pas pris en considération dans l'analyse des offres. Le deuxième moyen est sérieux. »

C.E., arrêt n° 252.690 du 19 janvier 2022, *s.a. Spie ICS Document Solutions S.A.* (extrême urgence)

Pondération des (sous-)sous-critères, *patere legem quam ipse fecisti*

Concernant la pondération des (sous-)sous-critères d'attribution, le Conseil d'État a estimé que :

« Cette grille d'évaluation mentionne, pour chacun des trois sous-critères d'attribution, **différents éléments que le pouvoir adjudicateur s'impose d'évaluer systématiquement et de coter suivant une pondération spécifique.** Ces éléments paraissent pouvoir être **qualifiés de sous-sous-critères d'attribution.** »

« [L]e pouvoir adjudicateur doit respecter cette pondération et attribuer les résultats chiffrés obtenus par chacune des offres pour chacun de ces éléments, conformément à ce qui est défini dans le cahier spécial des charges. »

« En l'espèce, **rien ne permet prima facie de considérer que la partie adverse a bien procédé à la cotation de chacun des (sous-)sous-critères d'attribution, en respectant l'importance des éléments appréciés comme il a été annoncé dans le cahier spécial des charges.** Le fait que la partie adverse indique avoir « pris connaissance » des « grilles complétées » par les soumissionnaires et que la décision d'attribution épingle des points d'attention pour chacune des offres ne suffit pas à établir qu'elle a respecté la pondération de points prescrite à l'annexe 4 du cahier spécial des charges. »

« Rien ne permet, en particulier, d'établir, au regard des pièces du dossier administratif, que la démonstration qui figure dans la note d'observations de la partie adverse, relativement au deuxième sous-critère d'attribution (plan de maintenance), correspond bien au raisonnement effectivement suivi lors de l'évaluation des offres. »

C.E., arrêt n° 252.899 du 4 février 2022, *s.a. ARTBEL* (extrême urgence et annulation)

Critères d'attribution environnementaux

« Il appartient au pouvoir adjudicateur qui décide de privilégier l'offre économiquement la plus avantageuse « en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix » de choisir la meilleure offre sur la base du prix, mais aussi pour ses « **aspects qualitatifs, environnementaux** ou sociaux liés à l'objet du marché concerné », conformément à ce que prévoit l'article 81, § 2, alinéa 1er, 3°, de la loi du 17 juin 2016 ».

« La partie adverse a pu estimer que, par le remplacement, à intervalles réguliers, du matériel, celui-ci répondra à des normes d'émissions plus récentes (et donc plus sévères) et aura moins d'« effets secondaires indésirables » concernant, par exemple, les nuisances sonores et la pollution engendrée. **Les considérations que la requérante émet sur les effets environnementaux d'un renouvellement trop fréquent et les critiques qu'elle fait d'une politique « encourageant la consommation à outrance » relèvent du grief de l'opportunité, qui échappe au contrôle du Conseil d'État. »**

C.E., arrêt n° 253.860 du 24 mai 2022, *s.a. Krinkels* (extrême urgence)

Evaluation des offres – norme ISO 14001

Le Conseil d'État a jugé que : « **Cette certification peut prima facie être considérée comme un élément prévisible d'appréciation de ce critère.** »

« D'une part, le renvoi dans le cahier spécial des charges aux éléments de « quantités, types et motorisation (ex. : matériels sur batteries...) » introduits par l'abréviation « e.a. » n'est donné qu'à titre illustratif.

La partie adverse pouvait donc prendre en considération d'autres éléments pour évaluer les offres au regard du critère d'attribution [dont question], à condition notamment de ne pas modifier la nature de ce critère. Par ailleurs, le cahier spécial des charges indique que la partie adverse s'inscrit dans « une démarche environnementale » et qu'il est exigé de l'adjudicataire « la plus grande précaution » au motif notamment que « certaines prestations sont à réaliser sur des sites de prises d'eau » et que « la SWDE utilise une ressource naturelle essentielle et fragile » (...). Le point 3.2 du cahier spécial des charges opère, quant à lui, un lien direct entre la démarche environnementale, le matériel utilisé et la manière de s'en servir. »

C.E., arrêt n° 253.860 du 24 mai 2022, *s.a. Krinkels* (extrême urgence)

Evaluation des offres – norme ISO 14001

« D'autre part, la requérante a elle-même joint à son offre les certifications (VCA, ISO 9001, etc.) dont elle est titulaire. Plus précisément, quant au critère d'attribution [dont question], l'offre de la requérante met spécifiquement en avant, sous l'intitulé « empreinte écologique – sécurité environnementale », une série d'éléments qui lui permettent d'agir sur ses moyens matériels et leurs utilisations afin de « diminuer [son] empreinte écologique ». Il est notamment fait état des pratiques de management et des plans de développement durable que la requérante a mis en place.

Dès lors, pour apprécier les offres au regard du critère d'attribution [dont question], la partie adverse a, sans modifier la nature de ce critère et sans surprendre la requérante, pu valablement avoir égard, entre autres éléments, « au fait d'avoir une démarche environnementale structurée au bénéfice du marché », comme le précise le rapport d'examen des offres. »

Le Conseil d'État a finalement conclu que le moyen n'était pas sérieux et que : *« La requérante ne conteste pas ce motif, en tant que tel, ni la plus-value que peut représenter ce type de contrôle externe, pour lequel la partie adverse a prima facie valablement pu décider d'accorder deux points supplémentaires à la partie intervenante. »*

C.E., arrêt n° 253.677 du 6 mai 2022, *a.s.b.l. CIBES* (extrême urgence et annulation)

Exigence minimale - RGPD

« [L]a question du respect du RGPD concern[ait], certes, l'exécution du contrat, mais constitu[ait] également une « spécification technique » du marché. De par sa nature, cette spécification constitu[ait] une « **exigence minimale** » à laquelle les offres remises d[evai]ent nécessairement satisfaire » et dont le « respect d[evait]t, dès lors, être vérifié par le pouvoir adjudicateur au stade du contrôle de la conformité des offres, avant d'attribuer le marché »

« Au vu des difficultés précitées, en particulier du transfert avéré de données confiées à la partie intervenante vers un sous-traitant ultérieur établi en Russie, rien ne permettait d'affirmer à l'évidence que l'offre de la partie intervenante était régulière en mentionnant, sans autres explications, « régularité : oui ». **Il incombait à la partie adverse d'opérer les vérifications qui s'imposaient et d'indiquer les raisons pour lesquelles elle pouvait estimer que cette offre présentait les « garanties suffisantes » permettant de considérer que les données et les informations confiées seraient traitées en toute confidentialité « conformément à la législation RGPD »**, comme le requiert l'article 5.4 du cahier spécial des charges au titre d'« exigence minimale » du marché. »

« La partie adverse a manqué aux obligations de vérification et de motivation formelle qui lui incombent. Dans cette mesure, le deuxième moyen (...) est sérieux ».

C.E., arrêt, n° 254.054 du 21 juin 2022, *s.a. Sodexo Pass Belgium* (extrême urgence)

Evaluation des offres: méthode de notation

Dans cette affaire, la partie requérante a estimé que l'appréciation des offres aux critères d'attribution ne reflète pas leurs qualités et défauts respectifs et ne permet dès lors pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

En ce qui concerne le critère du prix, le Conseil d'État a décidé que :

*« (...) il convient d'observer que la méthode de notation choisie a bien permis de déterminer l'offre régulière la moins disante. Ainsi que cela ressort de l'examen du premier moyen, l'offre du soumissionnaire Edenred Belgium est régulière au regard du prix; celui-ci est plus bas que celui proposé par la requérante, de sorte que ce soumissionnaire devait obtenir le maximum de points, note nécessairement supérieure à ce à quoi pouvait prétendre son seul concurrent (la requérante en l'occurrence), dont le prix proposé était plus élevé. **Pour le surplus, il n'apparaît, prima facie, pas que le choix de la méthode de notation procède d'une erreur manifeste d'appréciation.** »*

C.E., arrêt, n° 254.054 du 21 juin 2022, *s.a. Sodexo Pass Belgium* (extrême urgence)

Evaluation des offres: méthode de notation

Dans cette affaire, la partie requérante a estimé que l'appréciation des offres aux critères d'attribution ne reflète pas leurs qualités et défauts respectifs et ne permet dès lors pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse

En ce qui concerne les critères d'appréciation qualitative, le Conseil d'État a décidé que :

« La requérante ne peut, par ailleurs, être suivie lorsqu'elle suggère, dans les développements du moyen, que le seul critère du prix serait déterminant dans l'attribution du marché; ce faisant, elle laisse entendre qu'il n'y aurait plus de comparaison utile des offres au regard des cinq critères d'attribution d'appréciation qualitative, qui représentent 55/100 des points à attribuer.

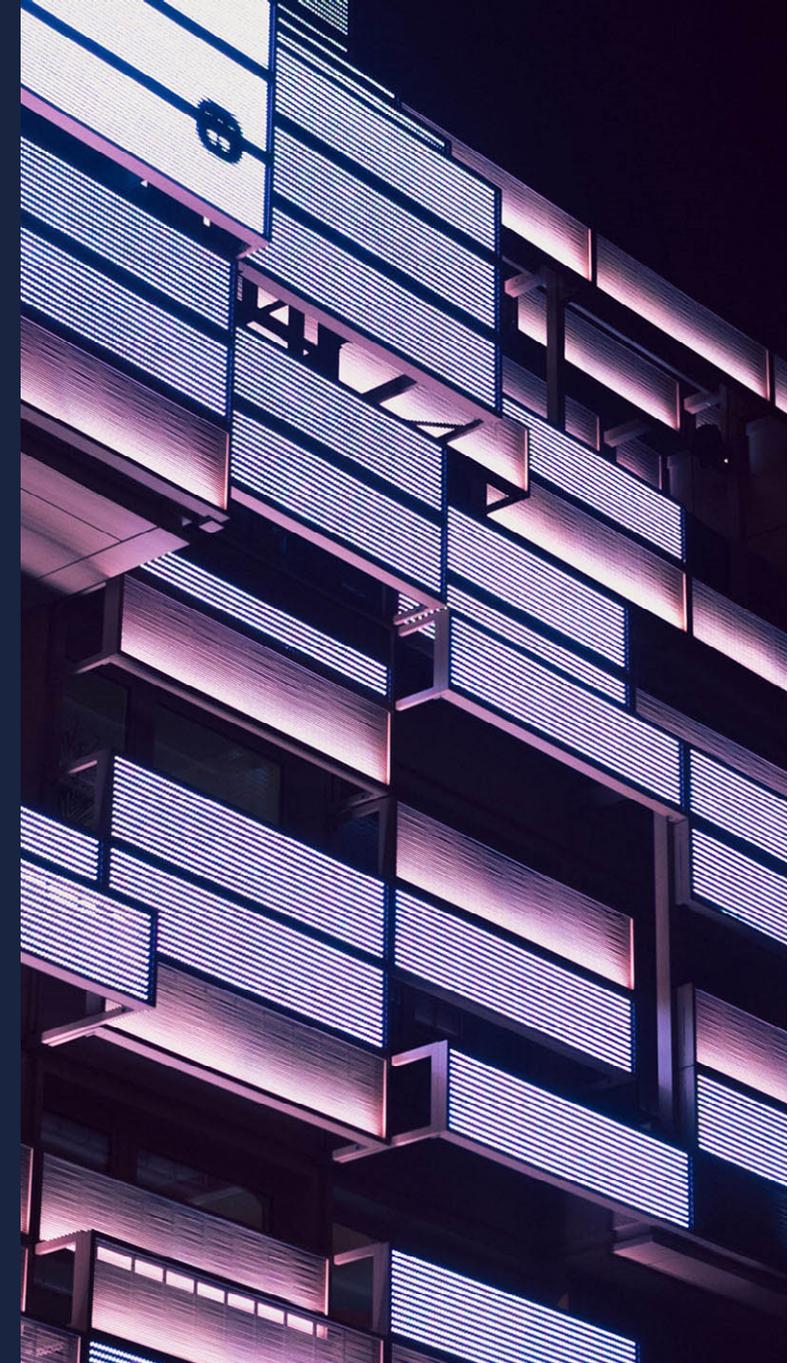
*Force est de constater que le soumissionnaire Edenred Belgium a obtenu 44/55 points pour l'ensemble de ces cinq critères, tandis que la requérante a bénéficié de 37,92/55 points. L'offre de ce soumissionnaire a donc été jugée comme étant économiquement la plus intéressante, en raison de ce qu'elle bénéficiait de la note globale la plus élevée, en considération tant du critère du prix que de l'ensemble des cinq critères d'appréciation qualitative. **Il est donc inexact de soutenir que le critère du prix serait le seul qui conditionne l'attribution du marché; ce critère n'aurait pu être considéré comme un facteur d'exclusion automatique, ce que semble suggérer la requérante, que si sa mise en œuvre avait dû conduire la partie adverse à attribuer le marché à l'offre la moins-disante, mais présentant la moins bonne qualité. Tel n'est, en toute hypothèse, pas le cas en l'espèce. »***

C.E., arrêt n° 252.899 du 4 février 2022, s.a. ARTBEL (extrême urgence et annulation)

Évaluation des offres – valeur intrinsèque de l’offre

« La requérante n’établit pas que la méthode d’évaluation mise en œuvre revêtirait « un caractère arbitraire ou incohérent », qu’elle aurait pour effet de « dénaturer les critères annoncés dans les documents du marché » ou que « l’écart de points attribués sur base de ce système de calcul » conduirait à des résultats qui seraient « disproportionnés, discriminatoires et contraires au principe de concurrence ».

En attribuant deux points sur huit à une offre pour un sous-critère d’attribution, la partie adverse reconnaît, suivant les termes du cahier spécial des charges, que l’offre « est acceptable, mais ne diffère pas de celle des autres soumissionnaires ». Une note de « deux points sur huit » ne représente pas la valeur intrinsèque d’une offre, mais ses mérites comparés avec ceux des autres offres, de manière à identifier l’offre économiquement la plus avantageuse, conformément au prescrit légal. Le moyen unique, en sa première branche, n’est pas sérieux. »



C.E., arrêt n° 253.452 du 1 avril 2022, *s.a. ÉTABLISSEMENT JORDAN* (extrême urgence et annulation)

Evaluations des offres

« Dans sa note d'observations, la partie adverse précise qu'elle a « attribué 40 points au premier classé, 30 points au deuxième classé et 20 points au dernier classé ». (...) Par ailleurs, **une telle méthode paraît prima facie contraire à l'exigence d'évaluer la valeur intrinsèque des offres pour les comparer entre elles**. En l'occurrence, les notes attribuées pour le deuxième critère sont censées représenter l'appréciation globale portée sur les mérites distinctifs de chaque offre, dans ses différents aspects, pour les avantages qu'elle offre afin d'optimiser l'exécution du marché. Ce sont les notes attribuées et les appréciations formulées par le pouvoir adjudicateur qui doivent justifier le classement des offres et non le classement des offres qui peut déterminer une attribution forfaitaire de points (40 points pour la meilleure offre, 30 points pour l'offre intermédiaire et 20 points pour la moins bonne offre). »

C.E., arrêt n° 253.452 du 1 avril 2022, *s.a. ÉTABLISSEMENT JORDAN* (extrême urgence et annulation)

Motivation de la décision

« En l'espèce, s'agissant de **l'évaluation du critère du prix** (60 points), la décision attaquée se limit[ait] à annoncer les points attribués à chaque offre (...), **sans indiquer, d'une part, la formule de notation utilisée – celle-ci n'étant pas non plus annoncée dans les documents du marché – et sans préciser, d'autre part, les différents « montants globaux des inventaires » pris en compte pour l'attribution de ces points.** »

« [I]l ne pouvait être attendu, sur la base de la seule mention figurant en toute fin de décision du prix de l'offre de l'attributaire, que la requérante devinât, avec certitude, la formule de notation utilisée par la partie adverse pour s'assurer ensuite que celle-ci avait procédé à une évaluation correcte des offres pour ce qui concerne le critère du prix ».

C.E., arrêt n° 253.452 du 1 avril 2022, *s.a. ÉTABLISSEMENT JORDAN* (extrême urgence et annulation)

Motivation de la décision

« [L]es différents aspects évoqués dans le cahier spécial des charges le sont à titre indicatif et non exhaustif. Clairement attesté par l'usage du terme « Exemples » et de l'abréviation « etc. », ce **caractère indicatif** s'explique par le fait que chaque soumissionnaire est libre d'exposer, de la manière qui lui paraît la plus adéquate, les avantages proposés dans son offre afin d'optimiser l'exécution du marché. Ceci implique que, dans l'évaluation des offres, le pouvoir adjudicateur, d'une part, peut mettre en évidence d'autres éléments offerts par les soumissionnaires et, d'autre part, n'est pas tenu de procéder à un examen systématique de chaque élément d'appréciation énoncé à titre indicatif dans le cahier. »

« **Ceci étant, le choix de ne retenir qu'une partie de ces éléments ne peut être arbitraire ou incohérent. Il ne peut, non plus, méconnaître le principe d'égalité entre les soumissionnaires.** »

Le Conseil d'État en a conclu que : « **[l]es motifs de l'acte attaqué manquent de transparence et de cohérence à cet égard » et qu'il n'était « pas possible de comprendre les points accordés à chaque offre ».**

C.E., arrêt n° 252.191 du 23 novembre 2021, *s.c.r.l. Intermédiance & Partners* (annulation)

Offres spontanées

« L'article 93, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 (...) dispose que « [d]ans le cadre d'une **procédure négociée sans publication préalable, les offres spontanées sont rejetées par le pouvoir adjudicateur, sauf décision contraire expressément motivée.**

Si l'**option prise par le Roi** en adoptant cette disposition diffère de la jurisprudence antérieure du Conseil d'État, elle **ne viole pas, pour autant, le principe d'ouverture à la concurrence**, invoqué par la requérante.

En effet, en procédure négociée sans publication préalable, ce principe est (...) nécessairement limité aux **candidats que le pouvoir adjudicateur choisit**, sur la base de critères objectifs, exacts et pertinents, **de consulter**. (...) [Cet article] ne méconnaît pas non plus le principe d'égalité consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 et les articles 10 et 11 de la Constitution.

Les opérateurs économiques qui, en application des articles 2, 26°, et 42 de la même loi, sont (...) choisis par le pouvoir adjudicateur pour remettre une offre, ne se trouvent pas dans une situation comparable aux opérateurs qui ne sont pas consultés. La disposition réglementaire précitée **ne viole pas non plus le principe de transparence** (...). Contrairement à ce qu'affirme la requérante, il existe bien un motif qui justifie de rejeter les offres ou demandes de participation spontanées et donc de ne pas communiquer à leurs auteurs les documents du marché : conformément aux articles 2, 26°, et 42 de la loi du 17 juin 2016, la participation à une telle procédure et donc l'accès aux documents du marché sont limités aux opérateurs que le pouvoir adjudicateur a préalablement décidé de consulter. »

C.E., arrêt n° 252.690 du 19 janvier 2022, *s.a. Spie ICS Document Solutions* (extrême urgence)

Absence de désignation d'un deuxième adjudicataire

En ce qui concerne la désignation d'un second adjudicataire tel qu'il était prévu dans le CSC, le Conseil d'État a estimé que : « ***l'absence de désignation d'un second adjudicataire pour chacun des dix lots de l'accord-cadre a bien lésé ou risqué de léser la requérante, puisque son offre occupe la deuxième place*** » et a fait remarquer que : « [l]'affirmation de la partie adverse selon laquelle « elle sollicitera l'adjudicataire classé en seconde position » si « les hypothèses identifiées [dans le cahier spécial des charges] sont rencontrées » apparaît comme purement gratuite ».

V. Questions choisies de procédure



C.E., arrêt n° 253.410 du 30 mars 2022, *s.r.l. Association des Yernaux* (annulation)

Compétence du Conseil d'État – Concession de services

« **Une requête portée devant le Conseil d'État n'a pour objet véritable et direct une contestation ayant pour objet un droit subjectif qu'autant que soient cumulativement réunies deux conditions.**

En premier lieu, il faut que l'acte attaqué consiste dans le refus d'une autorité administrative d'exécuter une obligation correspondant à un droit subjectif dont le requérant se prétend titulaire. Cette condition n'est remplie que dans la seule hypothèse où la compétence de l'administration est **entièrement liée** par la réglementation qui octroie un droit subjectif au requérant. **En second lieu, il convient de prendre en considération le motif d'annulation invoqué, en ce que le Conseil d'État n'est incompétent que dans les cas où, en raison du moyen invoqué, il ne pourrait statuer sur la légalité de l'acte attaqué sans nécessairement statuer sur l'existence ou l'étendue d'un droit subjectif.** »

C.E., arrêt n° 253.410 du 30 mars 2022, *s.r.l. Association des Yernaux* (annulation)

Compétence du Conseil d'État – Concession de services

« *En l'espèce, la décision attaquée d'adopter les documents de base d'une concession de services publics **ne consiste pas** dans le refus de la partie adverse d'exécuter une obligation qui résulterait d'une **compétence entièrement liée** dans son chef. Si la partie adverse a l'obligation de mettre en concurrence l'attribution des prestations de services de recouvrement de créances, elle **dispose d'une certaine marge de manœuvre** dans la définition des modalités de cette mise en concurrence et d'un pouvoir d'appréciation quant au choix de l'attributaire. »*

C.E., arrêt n° 253.452 du 1 avril 2022, *s.a. ÉTABLISSEMENT JORDAN* (extrême urgence et annulation)

Compétence du Conseil d'État

« Une personne morale de droit public, instituée et qualifiée comme telle par le législateur », « même s'il [la] contraint, dans le même temps, à adopter une forme déterminée empruntée au droit privé », est « une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er des [LCCE]. »

Le Conseil d'État a précisé qu'« [i]l import[ait] peu que la décision d'attribution du marché public ne crée pas d'obligation à l'égard des tiers ou que le personnel de la partie adverse soit engagé sous contrat de travail ».

C.E., arrêt n° 253.376 du 28 mars 2022, s.a. *WYCOTEC* (extrême urgence et annulation)

Compétence du Conseil d'État – Autorité administrative

Le Conseil d'État a rejoint la thèse de la partie adverse, le CHU UCL Namur. Ce dernier estimait qu'il n'était pas une autorité administrative en ce que : le CHU « *ne peut exercer une compétence que la loi ne lui a pas conférée pour le seul motif que la partie adverse a informé erronément la requérante qu'elle pouvait former un recours devant le Conseil d'État* ».

C.E., arrêt n° 253.368 du 25 mars 2022, *COSTER et consorts* (annulation)

Compétence du Conseil d'État

« Il est de jurisprudence bien établie que le Conseil d'État est, en règle, **sans compétence** pour censurer l'acte par lequel une autorité administrative met fin à un contrat lorsque cet acte procède de l'exécution dudit contrat, pour contrôler la validité d'un contrat, faire disparaître ou constater sa nullité, ou pour se prononcer sur les conséquences qu'une annulation de la décision d'attribution d'un marché peut impliquer au regard des obligations contractuelles liant les parties. **Le Conseil d'État ne peut être ni le juge ni l'interprète du contrat. Ce pouvoir incombe au seul juge de l'ordre judiciaire. En revanche, le Conseil d'État se déclare, en règle, compétent pour connaître d'un recours dirigé contre une décision unilatérale, prise d'autorité, de résilier unilatéralement un contrat administratif pour des motifs d'intérêt général, qui sont étrangers au pouvoir de résiliation contractuelle ou aux conditions de validité du contrat.** »

En l'espèce, le Conseil d'État a rouvert les débats pour que les parties puissent s'exprimer à ce sujet.

C.E., arrêt, n° 252.749 du 25 janvier 2022, s.a. *Jette Clean* (extrême urgence)

Incompétence du Conseil d'Etat

« En vertu de l'article 24 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, la section du contentieux administratif du Conseil d'État est compétente pour connaître de la demande de suspension de l'exécution de la décision d'attribution d'un marché public lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité visée à l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

La qualité d'autorité adjudicatrice, au sens de la loi précitée 17 juin 2013, n'emporte pas nécessairement et immédiatement la qualification d'autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, précité.

La partie adverse, créée par une initiative privée et dirigée par des personnes de droit privé, appartient au réseau de l'enseignement libre subventionné qui comprend les hautes écoles créées et organisées par des personnes privées. Cette circonstance n'exclut toutefois pas qu'une telle haute école puisse être considérée comme une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'État précitées, spécialement lorsqu'elle remplit une mission de service public que lui confient les pouvoirs publics et prend, dans ce cadre, des décisions contraignantes à l'égard des tiers. »

La partie adverse était, en l'espèce, l'EPHEC (École Pratique des Hautes Études Commerciales).

C.E., arrêt, n° 252.749 du 25 janvier 2022, s.a. Jette Clean (extrême urgence)

Incompétence du Conseil d'Etat

« En l'espèce, il n'est pas établi qu'en adoptant l'acte attaqué, la partie adverse a pris une décision contraignante à l'égard de tiers. La qualité d'autorité administrative – au sens précédemment rappelé – ne peut donc lui être reconnue dans le cadre de l'examen du recours formé contre cet acte.

Sans doute, la requérante fait-elle valoir, en termes de plaidoiries, **deux arguments** qui justifieraient, selon elle, de remettre en cause l'application, au cas d'espèce, des lignes directrices qui conduisent à reconnaître ou exclure la qualité d'autorité administrative.

D'une part, elle suggère que le **visa du commissaire du gouvernement** produit, en tant que pièce confidentielle, au dossier administratif rendrait compte du **contrôle général qu'exerceraient les pouvoirs publics** sur le fonctionnement de la partie adverse. (...)

D'autre part, elle fait valoir que l'indice du pouvoir de **prendre des décisions contraignantes à l'égard des tiers serait dénué de pertinence**, dès lors que, même **pour les personnes créées, dirigées et contrôlées par les collectivités politiques, l'exercice d'une telle prérogative n'est pas vérifié à l'égard des décisions qu'elles adoptent pour l'attribution de marchés publics**. Ce raisonnement **ne peut être suivi**, dès lors que l'indice de qualification litigieux a été **spécialement retenu** pour reconnaître la qualité d'autorité administrative à des personnes qui – nonobstant le **caractère privé** qui les distingue des personnes créées, dirigées et contrôlées par les collectivités politiques – sont amenées à **adopter des actes en exerçant un tel imperium**, de sorte qu'elles ne sont reconnues en cette qualité d'autorités administratives que dans le cadre des recours formés contre de tels actes, ce qui exclut de suivre la requérante sur la comparaison qu'elle opère. Par ailleurs, et plus généralement, admettre le raisonnement de la requérante reviendrait nécessairement à **priver de sens la répartition des compétences entre le Conseil d'État et le juge judiciaire**, telle que l'a organisée le législateur dans les termes de l'article 24 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

Dès lors que la qualité d'autorité administrative, au sens de l'article 14, § 1er, des lois sur le Conseil d'État, ne peut être reconnue à la partie adverse, le Conseil d'État n'est pas compétent pour connaître de la demande. »

C.E., arrêt, n° 254.069 du 22 juin 2022, s.r.l. Jacobs Douwe Egberts Pro Be (extrême urgence)

Recevabilité - intérêt

« L'article 15 de 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 dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions **que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation « ayant lésé » ou « risquant de léser » la requérante.**

En l'espèce, l'intérêt de la requérante au présent recours n'est prima facie pas contestable. La requérante est un opérateur économique qui **a fait offre** pour le marché considéré. Par sa requête, elle tend à établir que des illégalités commises lors la sélection et l'examen de la régularité des offres ont conduit la partie adverse à retenir irrégulièrement, et à son désavantage, l'offre de la société Illico, placée juste avant elle dans le classement des offres. Elle démontre ainsi concrètement la lésion que lui auraient causée ou risqué de lui causer les violations alléguées dans sa requête.

L'exception d'irrecevabilité du recours, tirée du défaut d'intérêt à agir de la requérante, ne peut être accueillie. »

Dans le même sens, voy. C.E., arrêt n° 253.314 du 23 mars 2022, s.r.l. EZEE EUROPE et consorts (extrême urgence) ; C.E., arrêt n° 253.677 du 6 mai 2022, a.s.b.l. CIBES (extrême urgence et annulation) ; C.E., arrêt, n° 253.997 du 14 juin 2022, s.a. Ecoterres (extrême urgence) ; C.E., arrêt, n° 254.054 du 21 juin 2022, s.a. Sodexo Pass Belgium (extrême urgence) ; C.E., arrêt n° 254.211 du 1 juillet 2022, s.a. Jette Clean (extrême urgence).

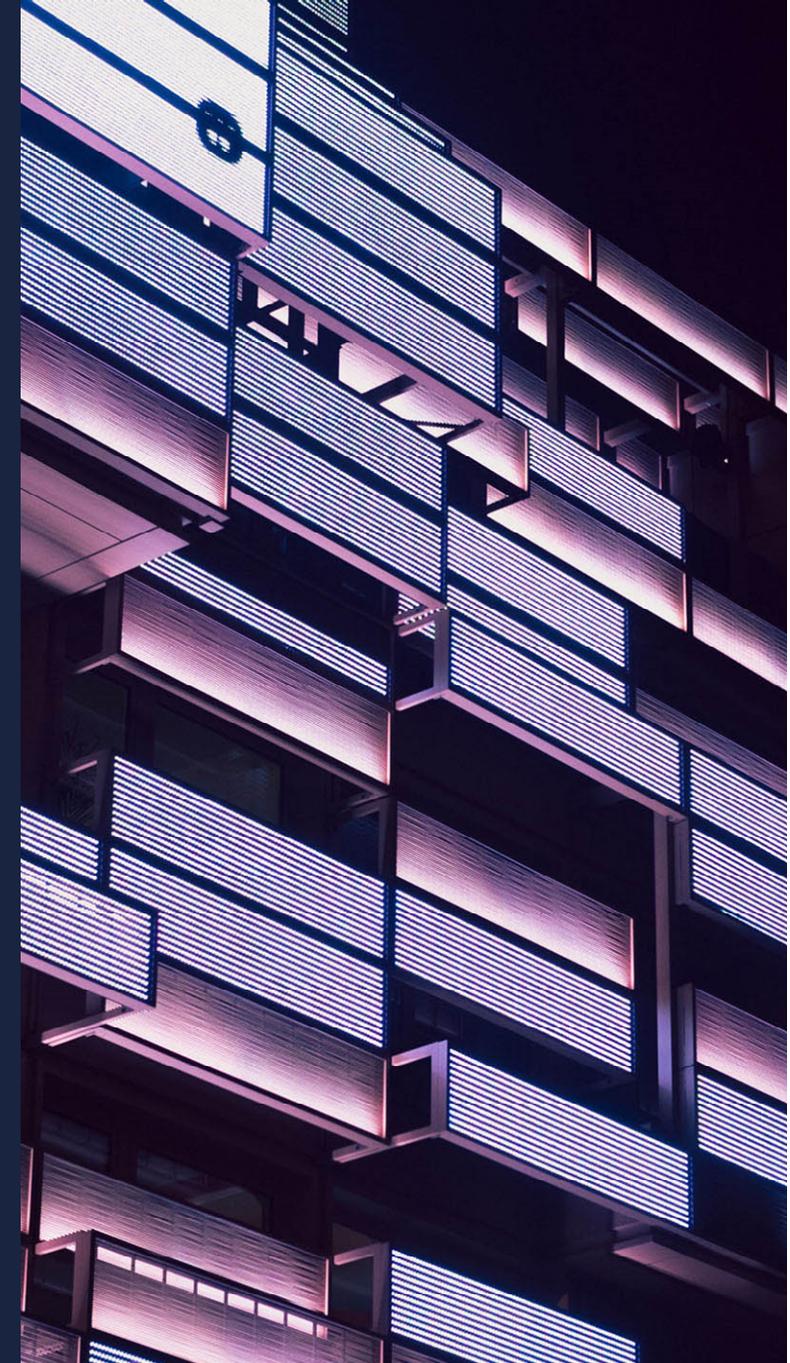
C.E., arrêt n° 253.545 du 21 avril 2022, *s.r.l. J.D.-CONSULT* (extrême urgence)

Confidentialité et secret d'affaires

« Il est utile de rappeler que, même dans le cas d'une procédure d'extrême urgence, le dossier administratif ne se compose pas, mais se dépose dans son intégralité. **Sous la seule réserve des informations confidentielles, il n'appartient pas aux parties adverses d'empêcher les autres parties d'accéder aux éléments de ce dossier, parce qu'elles estiment qu'ils seraient « étrangers au présent recours ».**

Contrairement à ce que semblent affirmer les parties adverses, en exigeant la production de l'ensemble des motifs de la décision d'attribution du marché, sauf les données confidentielles qu'elle contient, la requérante ne cherche pas à contourner les dispositions de la loi du 17 juin 2013 précitée. **La possibilité d'une communication limitée de la décision motivée d'attribution, prévue par l'article 8, § 1er, de cette loi, n'a aucune incidence sur le contenu du dossier administratif qui doit être produit dans le cadre de la procédure devant le Conseil d'État, laquelle doit garantir le respect des droits de la défense dans la mesure la plus large possible.**

Si des limitations à l'exercice des droits de la défense sont admissibles lorsqu'il s'agit de sauvegarder des intérêts fondamentaux comme le secret des affaires, il ne peut en aucun cas être admis qu'une partie adverse décide en opportunité de soustraire à la connaissance de la partie requérante des informations non confidentielles. »



C.E., arrêt n° 253.545 du 21 avril 2022, *s.r.l. J.D.-CONSULT* (extrême urgence)

Confidentialité et secret d'affaires

« Ceci étant, si le caractère confidentiel de plusieurs passages caviardés du rapport d'examen des offres apparaît comme tout à fait discutable, la requérante n'expose pas concrètement – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – en quoi la divulgation de ces informations (par hypothèse, non confidentielles) pourrait avoir un effet utile dans l'exercice de ses droits de la défense. Dans le cadre des procédures d'extrême urgence, où le Conseil d'État ne peut intervenir qu'à contre-courant d'une demande de levée de la confidentialité – ce qui a immanquablement pour effet de retarder l'issue de la procédure –, il incombe à la partie requérante d'étayer un tant soit peu sa demande de levée de la confidentialité. »

C.E., arrêt n° 252.751 du 25 janvier 2022, a.s.b.l. COHEZIO (extrême urgence)

Balance des intérêts

Le C.E. a estimé que **la balance des intérêts ne trouvait pas à s'appliquer** dans ce cas car la situation factuelle ayant donné lieu aux faits de la cause était du propre fait de l'adjudicateur. Plus particulièrement, il a jugé que: « *Il y a toutefois lieu de constater que la situation qu'elle dénonce, aujourd'hui à l'audience, trouve son origine dans des choix qu'elle a elle-même posés, à savoir :*

- **d'une part** et alors qu'elle savait que le précédent contrat arrivait à échéance à la fin de l'année, **elle a tardé à organiser le lancement d'un nouveau marché et laissé s'écouler plus de deux mois entre l'établissement du rapport d'examen des offres et l'adoption de la décision d'attribution attaquée;**

- **d'autre part, elle a décidé de conclure le nouveau contrat sans attendre l'échéance du délai pour l'introduction d'un recours;** l'impossibilité qu'invoque la partie adverse de prolonger la collaboration établie avec la requérante dans le cadre du précédent marché résulte, à tout le moins, du choix de conclure immédiatement le nouveau contrat avec l'ASBL Cesi.

Il n'y a pas lieu de faire droit à la demande de mise en balance des intérêts sollicitée par la partie adverse. »

C.E., arrêt n° 254.317 du 8 août 2022, *société de droit autrichien PROCOMCURE BIOTECH* (extrême urgence)

Balance des intérêts

« *En tout état de cause, la demande d'activation de la balance des intérêts est exclusivement fondée sur une référence – formulée en des termes lapidaires et incantatoires – à la situation issue de la pandémie de COVID-19, sans que la partie adverse fasse état d'éléments concrets susceptibles de justifier qu'il soit fait obstacle, nonobstant le constat qu'un des moyens de la requête doit être déclaré sérieux, à une suspension de l'exécution de l'acte attaqué. Alléguée sans être concrètement étayée quant aux impératifs qu'elle imposerait de prendre en considération pour justifier qu'il soit fait obstacle à la suspension demandée, **la préoccupation de santé publique ne peut être retenue en l'espèce**, sauf à méconnaître le caractère exceptionnel que doit nécessairement revêtir une activation de la balance des intérêts, fondée sur l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée. »*

C.E., arrêt n° 251.965 du 27 octobre 2021, *société de droit néerlandais Lightwell B.V.* (extrême urgence)

Délégation de pouvoir – gestion journalière – incompétence de l’auteur de l’acte

Les délégations de pouvoirs doivent être précises et sont de stricte interprétation.

« Contrairement à ce qu’affirme la partie adverse, la délibération du 22 janvier 2014 n’autorise pas le cumul des secteurs et ne permet pas à l’administrateur délégué de la SC ORES de passer – tous secteurs confondus – des marchés de 80.000.000 euros.

*Pour relever de la gestion journalière au sens de la délibération du 22 janvier 2014, les marchés publics doivent être inférieurs à 10.000.000 euros par secteur. **Il n’est pas établi qu’en l’espèce, cette limite ait été respectée, tandis que l’estimation totale de l’accord-cadre dépasse incontestablement ce montant.** »*

Le Conseil d’État en a conclu que l’acte attaqué avait été pris par un auteur incompétent.

C.E., arrêt, n° 253.997 du 14 juin 2022, *s.a. Ecoterres* (extrême urgence)

Incompétence de l'auteur de l'acte

« À l'occasion de l'examen de la recevabilité du recours, il a déjà été constaté que l'illégalité soulevée dans le moyen nouveau est de nature à causer grief à la requérante. Par ailleurs, le **moyen pris de l'incompétence de l'auteur de l'acte est d'ordre public**. Il peut dès lors être soulevé à tout moment de la procédure jusqu'à la clôture des débats, dans le respect du principe de loyauté procédurale. En l'espèce, le conseil de la requérante a pris soin d'informer, avant l'audience, par courriel, le Conseil d'État et le conseil de la partie adverse de la teneur du moyen nouveau qu'il développerait lors des plaidoiries. Le moyen a, par ailleurs, pu être débattu en tous ses aspects à l'audience.

Le moyen nouveau est recevable. »

C.E., arrêt 253.376 du 28 mars 2022, *s.a. WYCOTEC* (extrême urgence et annulation)

Introduction de la requête en intervention – Société momentanée

Il est admis qu'une société momentanée, adjudicataire du marché, ne puisse pas introduire une requête en intervention si l'ensemble des sociétés qui la composent n'a pas « *décidé régulièrement et simultanément d'agir en justice* ».

C.E., arrêt, n° 252.050 du 5 novembre 2021, *le Groupement d'intérêt économique Vecteur A* (annulation) ; C.E., arrêt n° 252.082 du 9 novembre 2021, *la S.A. Klinkenberg & C.E.*, arrêt n° 252.083 du 9 novembre 2021, *groupement Louvain-La-Neuve DB Nouvelle Piscine*

Présomption de désistement

« L'article 17, § 7, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, dispose qu'il existe dans le chef de la partie requérante une **présomption de désistement d'instance lorsque**, la demande de suspension d'un acte ou d'un règlement ayant été rejetée, **elle n'introduit aucune demande de poursuite de la procédure dans un délai de trente jours à compter de la notification de l'arrêt.**

La partie requérante n'ayant pas introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti et n'ayant pas non plus demandé à être entendue, elle est donc présumée légalement se désister de son recours. »

Des arrêts similaires ont également été rendus en 2022.

C.E., arrêt n° 254.239 du 7 juillet 2022, *s.a. Jette Clean* (extrême urgence)

Irrecevabilité – décision de renonciation à attribuer un marché

La partie requérante soutient que « *les motifs avancés dans le rapport d'analyse des offres, et que l'acte attaqué fait siens, sont erronés, inadéquats, discriminatoires, insuffisants et légalement inadmissibles, et reflètent une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse.* »

Le Conseil d'État a jugé que « *le recours est irrecevable en tant qu'il est dirigé contre « le rapport d'analyse des offres du 18 mai 2022 », celui-ci ne produisant, en tant que tel, aucun effet juridique et ne constituant, dès lors, pas un acte attaquant.* »

C.E., arrêt, n° 253.899 du 1 juin 2022, *s.r.l. Privacy Praxis et consorts* (extrême urgence)

Recours tardif

« La demande de suspension a notamment pour objet « le cahier spécial des charges “accord-cadre désignation de consultants dans le cadre de la mise en conformité au RGPD” ». Un tel cahier ne constitue pas une décision prise par une autorité adjudicatrice.

Même à interpréter la requête comme visant la décision d'approuver le cahier spécial des charges, les requérantes ne contestent pas avoir eu connaissance de l'existence de cette décision plus de quinze jours avant l'introduction de la présente demande de suspension. Introduite en dehors du délai de quinze jours, prévu par l'article 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013 précitée, la demande de suspension serait, en conséquence, de toute façon, irrecevable en tant qu'elle porterait sur cet objet.

La demande de suspension est irrecevable en tant qu'elle est dirigée contre le deuxième acte attaqué.

Cette conclusion n'exclut toutefois pas que les requérantes puissent, le cas échéant, invoquer, dans le cadre de leur recours, en tant qu'il est dirigé contre la décision d'attribution de l'accord-cadre litigieux, les irrégularités qui, à leur estime, entacheraient cette décision d'approbation du cahier spécial des charges. »

Dans le même sens, voy. C.E., arrêt n° 254.281 du 15 juillet 2022, *s.r.l. Privacy Praxis et consorts* (extrême urgence).

C.E., arrêt n° 253.997 du 14 juin 2022, *s.a. Ecoterres* (extrême urgence)

Recours tardif

« Conformément à l'article 23, §§1er et 3 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 concession], **la demande de suspension doit, en règle, être introduite dans un délai de quinze jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.** »

Le Conseil d'État a dit pour droit que :

« Dès lors que la décision du 22 février 2022 de passer l'accord-cadre litigieux et d'approuver le mode de passation et les documents du marché (premier acte attaqué) ne devait être ni publiée ni communiquée, **le point de départ du délai pour l'introduction de la demande de suspension est celui de la prise de connaissance de cette décision.** En l'occurrence, la requérante admet qu'elle pouvait supposer que cette décision existait dès la publication, les 23 et 28 février 2022, de l'avis de marché, lequel fournissait un accès gratuit, direct et complet aux documents du marché. Dès lors qu'elle estimait que cette décision pouvait lui causer grief, il appartenait à la requérante d'interroger la partie adverse et de la lui réclamer en vue de l'introduction d'un éventuel recours dans le délai imparti. Une partie requérante ne peut reporter arbitrairement le point de départ du délai prévu pour l'introduction d'un recours et doit se montrer normalement prudente et diligente pour acquérir la connaissance de l'acte dont elle peut raisonnablement supposer l'existence. **En tant qu'elle est dirigée contre le premier acte attaqué, la présente demande de suspension introduite le 18 mai 2022 est irrecevable ratione temporis. Cette conclusion n'exclut toutefois pas que la requérante puisse invoquer, dans le cadre du recours qu'elle dirige contre la décision d'attribution de l'accord-cadre litigieux, les irrégularités qui, à son estime, entacheraient la décision du 22 février 2022 de passer l'accord-cadre litigieux et d'approuver le mode de passation et les documents du marché.** »

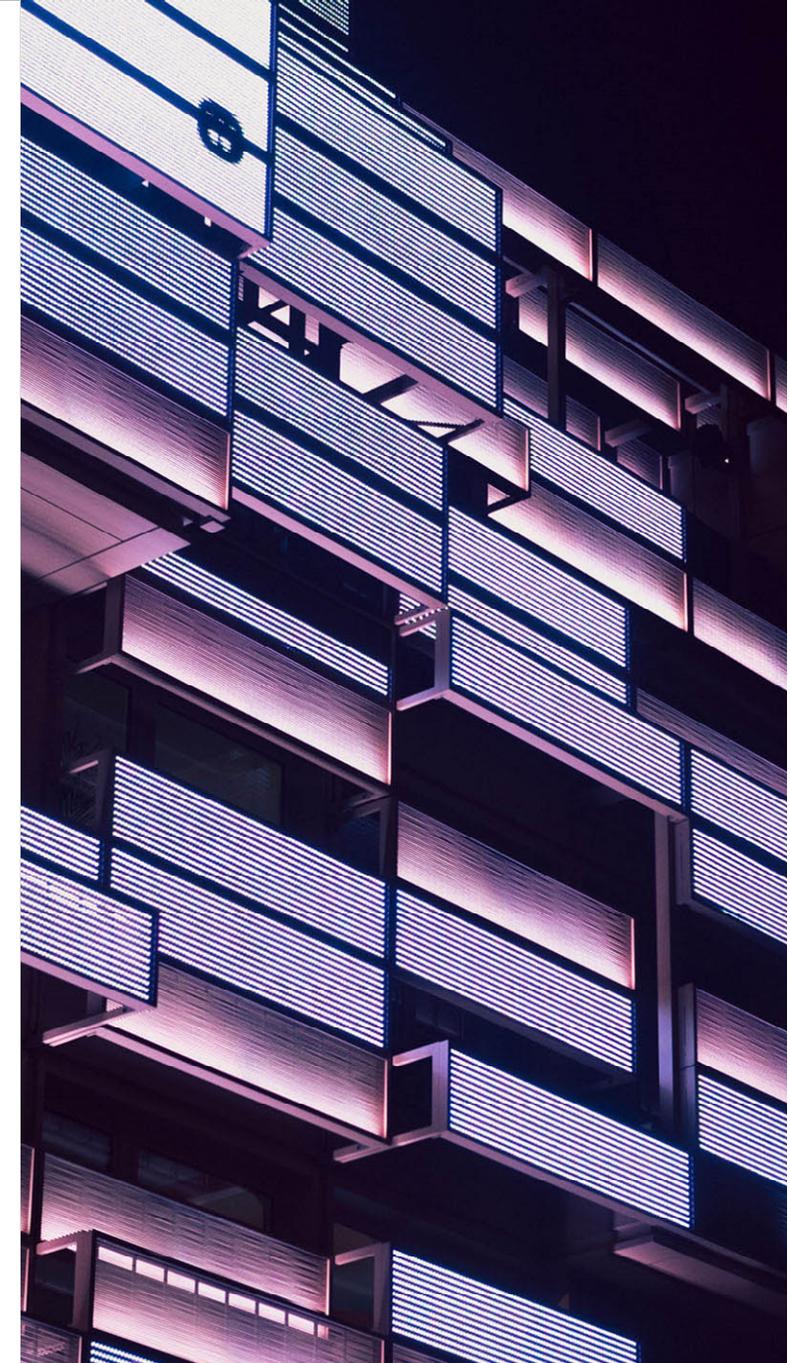
C.E., arrêt n° 252.690 du 19 janvier 2022, *s.a. Spie ICS Document Solutions* (extrême urgence)

Irrecevabilité de la suspension d'extrême urgence de la décision implicite

Sur la recevabilité de la demande de suspension d'extrême urgence le Conseil d'État répète que :

« Pour ce qui concerne la décision implicite de ne pas attribuer les dix lots du marché à la requérante, il y a lieu de rappeler que si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître ipso facto que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, **il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite** - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, **s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.**

En l'espèce, toutefois, la requérante n'invoque, dans sa requête, aucun élément concret qui permette d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer l'un ou l'autre lots de l'accord-cadre litigieux. »



Merci pour votre attention



Bérénice Wathelet

Counsel

T: +32 (2) 500 15 93

M: +32 (4) 93 49 89 17

berenice.wathelet@dlapiper.com



Maëlle Rixhon

Avocate

T: +32 (2) 500 15 47

M: +32 (4) 76 97 39 03

maelle.rixhon@dlapiper.com