

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

n^o 248.043 du 13 juillet 2020

A. 230.818/VI-21.766

En cause : **la société privée à responsabilité limitée**
TECNOFLEX,
ayant élu domicile chez
M^e Augustin DAOÛT, avocat,
rue Stassart 99
1050 Bruxelles,

contre :

le PORT DE BRUXELLES
ayant élu domicile chez
M^{es} Patrick THIEL et Ikram
EABDELLATIN, avocats,
place Eugène Flagey 18
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société privée à responsabilité limitée HOME
PERSPECTIVE,
ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocate,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 28 mai 2020, la société privée à responsabilité limitée TECNOFLEX demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la partie adverse du 24 avril 2020 d'attribuer le marché public n^o CSC 1253 portant sur un accord-cadre de travaux pour le remplacement de châssis du bâtiment du Port de Bruxelles à la société HOME PERSPECTIVE, et de ne pas l'attribuer à la requérante ».

II. Procédure

Il est fait application de l'arrêté royal n^o 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite

Vlexurg – 21.766 - 1/15

et des arrêtés royaux des 4 mai 2020 et 18 mai 2020 prorogeant certaines mesures prises par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 précité.

Une ordonnance n° 1250 du 2 juin 2020 a fixé les règles procédurales applicables à l'examen du présent recours.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 10 juin 2020, la société privée à responsabilité limitée HOME PERSPECTIVE a demandé à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

Les parties ont été invitées à transmettre des notes complémentaires et leurs éventuelles dernières observations.

Les parties requérante et adverse ont déposé des notes complémentaires.

M. Constantin NIKIS, premier auditeur au Conseil d'État, a ensuite émis un avis écrit, conforme au présent arrêt.

À la suite de la communication de cet avis aux parties le 22 juin 2020, les débats ont été clos et l'affaire a été mise en délibéré.

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

III. Faits utiles à l'examen du recours

Le 9 mars 2020, la partie adverse publie au Bulletin des Adjudications un avis de marché relatif à un «accord-cadre de travaux pour le remplacement de châssis». L'avis de marché précise qu'il s'agit d'un marché de travaux passé dans les secteurs spéciaux (activités portuaires), que la procédure suivie est celle de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, que la durée du marché est de 12 mois reconductibles trois fois, que l'entreprise doit être de « classe 2 : jusqu'à 275.000 EUR, Catégorie : D20 », que le critère d'attribution est le prix et que les offres doivent être déposées pour le 1^{er} avril 2020 à 11h00.

Le cahier spécial des charges n° 1253 précise que, s'agissant d'un accord-cadre, « les dimensions et le nombre de châssis concernés ne sont pas encore fixés et que le métré joint n'est là qu'à titre de référence et pour permettre la comparaison des offres des différents fournisseurs-placeurs », que « [l]es travaux sont plus amplement décrits dans la partie technique du présent cahier spécial des charges » et que, si le marché est passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable, « [l]e pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité d'attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation ». Dans le descriptif technique des travaux, sont visés « la rénovation de châssis au siège social du Port de Bruxelles et au centre logistique TIR » et, sans autre précision, des travaux « dans d'autres bâtiments du domaine portuaire ».

Trois offres sont introduites, dont celles de la requérante et de la partie intervenante.

Dans le rapport au conseil d'administration du 24 avril 2020, il est indiqué que, s'agissant d'un accord-cadre, « le montant des offres ne reflète pas le montant de travaux définis à réaliser mais est basé sur un métré arbitraire qui ne sert qu'à comparer les offres des entreprises et obtenir des prix unitaires » et que « [l]es travaux seront commandés sur cette base au fur et à mesure des besoins dans des ordres de service ». On y lit également que « l'offre conforme la mieux disante a été remise par la société Home Perspective » pour un montant de 324.387 euros HTVA, l'offre de la requérante se classant en seconde position avec un montant de 402.759,55 euros HTVA. Il est enfin demandé au conseil d'administration de dépasser, pour l'année 2020, le budget annuel de 200.000 euros autorisé lors du lancement de la procédure et de le porter à 400.000 euros, pour permettre le remplacement, dès l'année 2020, d'une part, des 56 châssis dans le bâtiment abritant le siège social et, d'autre part, de 35 autres châssis « au centre TIR », étant entendu que le montant total du marché reste fixé à 800.000 euros pour toute la durée de l'accord-cadre.

Le même jour, le conseil d'administration de la partie adverse « marque son accord pour l'attribution du marché du "CSC 1253 : Accord-cadre relatif au remplacement de châssis" à [la partie intervenante] et autorise le Port de Bruxelles à commander dans ce cadre des travaux en 2020 pour un montant de 400.000, -€ ; le budget global pour ce marché conclu pour maximum quatre années reste fixé à 800.000, -€ ».

La décision d'attribuer l'accord-cadre litigieux à la partie intervenante constitue le premier acte attaqué.

Par un courrier recommandé daté du 7 mai 2020, la partie adverse informe la requérante que son offre n'a pas été retenue. La décision motivée d'attribution ainsi qu'un tableau comparatif des offres sont communiqués le 15 mai 2020 à la requérante, à sa demande, par voie électronique.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 10 juin 2020, la société privée à responsabilité limitée HOME PERSPECTIVE demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Recevabilité de la demande de suspension

V.1. Thèses des parties

La requérante expose qu'elle dispose de l'intérêt requis pour introduire le présent recours puisque son offre a été classée en deuxième position, juste derrière celle de la partie intervenante. Elle soutient que l'écartement de cette offre lui donnera une nouvelle chance d'obtenir le marché, le prix étant le seul critère d'attribution. Dans sa note complémentaire, la requérante fait valoir qu'elle est recevable à attaquer la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché dès lors qu'elle explique, dans ses moyens, les raisons pour lesquelles son offre aurait dû être sélectionnée à la place de celle de la partie intervenante. Elle ajoute qu'elle est également recevable à critiquer les budgets alloués à l'accord-cadre, dès lors qu'ils révèlent l'illégalité dénoncée dans le recours, à savoir le fait d'avoir attribué un marché de plus de 275.000 euros à un opérateur de classe 2. À l'appui de son premier moyen, la requérante fait valoir que « l'autorisation de commander » est un synonyme de « commande », que l'augmentation du budget à 400.000 euros pour l'année 2020 a bien pour but « de réaliser la totalité de la rénovation » et de remplacer « dès cette année » tous les châssis, qu'il s'agit donc bien d' « une seule et même commande » et que prétendre le contraire revient à « saucissonner » le marché.

La partie adverse soutient que la requête est irrecevable en ce qu'elle vise :

- la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante, aucun moyen spécifique n'étant pris à l'encontre de cette décision ;
- l'autorisation accordée au Port de Bruxelles de commander un montant de 400.000 euros pour l'année 2020 et l'allocation d'un budget total de 800.000 euros sur les quatre années à venir, ces deux points ne constituant que des « mesures internes » relatives à la gestion des fonds du Port, qui ne causent pas grief à la requérante, alors pourtant qu'elle dirige son recours contre ces deux mesures qu'elle se permet de critiquer dans le cadre de ses moyens.

Dans sa note complémentaire, la partie adverse répond que la décision par laquelle le Conseil d'État ordonne, au provisoire, la suspension de l'exécution d'un acte ne peut entraîner la constatation que l'autorité n'a d'autre option que d'attribuer le marché à la requérante. Quant au budget alloué pour les commandes de 2020 et le budget total de l'accord-cadre sur quatre ans, la partie adverse répond qu'aucun marché subséquent d'une valeur supérieure à 275.000 euros n'a été attribué et répète que la requérante n'a pas intérêt à attaquer les mesures budgétaires adoptées le 24 avril 2020 par son conseil d'administration.

La partie intervenante se rallie aux arguments développés par la partie adverse dans sa note d'observations.

V.2. *Appréciation du Conseil d'État*

A. *Quant à la décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante*

Le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents n'est pas nécessairement irrecevable. 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 soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un 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, la requérante critique, dans les moyens de sa requête, la décision d'attribuer le marché à la partie intervenante. Elle ne soutient pas pour autant que la partie adverse n'avait d'autre choix que de lui attribuer le marché. Elle fait seulement valoir que l'écartement de l'offre de la partie intervenante « devrait

avoir pour effet d'accorder à TECNOFLEX une nouvelle chance de se voir attribuer le marché ».

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle porte sur la décision de ne pas attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

B. Quant aux budgets alloués pour les commandes de l'année 2020 et des quatre années de la durée de l'accord-cadre

Le rapport au conseil d'administration, établi le 24 avril 2020, reprend le montant des trois offres reçues dans le cadre de l'accord-cadre litigieux, indique que l'offre la mieux-disante a été remise par la partie intervenante et poursuit, sous le titre « Estimation de la dépense et imputation budgétaire », par l'observation suivante :

« Dans le rapport relatif au lancement de la procédure nous avons demandé au Conseil d'administration d'autoriser un budget annuel de 200.000, -€ soit un budget total de 800.000, -€ sur les quatre ans que cet accord-cadre pourrait rester en vigueur.

Il apparaît aujourd'hui, vu les prix reçus et les retards pris sur d'autres projets en raison de la crise sanitaire qu'il serait possible de réaliser la totalité de la rénovation des châssis du siège social cette année en plus des travaux urgents au centre TIR.

C'est pourquoi nous demandons au Conseil d'administration l'autorisation de dépasser le montant annuel de 200.000, -€ et de le porter à 400.000, -€ ; le montant total du marché restant fixé à 800.000, -€. Cela permettra de remplacer dès cette année les 56 châssis du siège social et 35 autres châssis au centre TIR.

Le coût du marché sera imputé sur le poste budgétaire 02.007.1101.7340 ».

À la suite de ce rapport, le conseil d'administration de la partie adverse a, lors de sa délibération du 24 avril 2020, « marqu[é] son accord pour l'attribution du marché "CSC 1253 : Accord-cadre relatif au remplacement des châssis" à [la partie intervenante] et autoris[é] le Port de Bruxelles à commander dans ce cadre des travaux en 2020 pour un montant de 400.000, -€ ; le budget total pour ce marché conclu pour maximum quatre années reste fixé à 800.000, -€ ».

Les budgets alloués à l'exécution de l'accord-cadre de 400.000 euros pour l'année 2020 et de 800.000 euros pour les quatre années de la durée de l'accord-cadre ne sont pas des « décisions prises par les autorités adjudicatrices » au sens de l'article 14 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. Ces mesures budgétaires – qui relèvent de l'organisation interne du Port de Bruxelles – sont étrangères à

l'intérêt de la requérante à obtenir l'accord-cadre litigieux et ne relèvent pas des principes généraux et règles applicables en matière de marché public, visés à l'article 14 précité, ni ne sont susceptibles de les enfreindre.

Rien ne permet d'affirmer, comme le fait la requérante, que l'autorisation de commander des travaux en 2020 pour un montant maximum de 400.000 euros constituerait une « commande », c'est-à-dire l'attribution d'un marché subséquent qui serait fondé sur l'accord-cadre litigieux. Il ressort, au contraire, du rapport précité, que l'augmentation de 200.000 euros à 400.000 euros a pour seul objectif de revoir les prévisions budgétaires du Port de Bruxelles pour ce poste pour l'année 2020.

La requérante n'est, dès lors, pas recevable à critiquer, dans le cadre du présent recours, les mesures budgétaires prises le 24 avril 2020 par le conseil d'administration d'autoriser la commande de travaux en 2020 pour un montant de 400.000 euros et de maintenir un budget total pour ce marché de 800.000 euros sur quatre ans.

En revanche, il n'est pas contesté que la requérante dispose de l'intérêt requis pour demander la suspension de l'exécution de la décision par laquelle la partie adverse attribue à la partie intervenante l'accord-cadre.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation « des articles 2, 25°, 120 et 147 la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 62, 70 et 71 de l'Arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, des articles 65 à 69 et 72 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 1^{er} et 4 du Cahier spécial des Charges n° 1253 du Port de Bruxelles, de l'article 3 de la Loi 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, de l'article 3 de l'Arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux, des articles 2 et 3 de la Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de motivation matérielle, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de non-discrimination, du principe de bonne administration et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir».

Elle soutient que la partie adverse a attribué un marché public de travaux de 400.000 euros à une entreprise qui ne dispose que d'une agréation de classe 2, alors qu'un marché de travaux dont la valeur dépasse 275.000 euros ne peut être attribué qu'à un entrepreneur disposant d'une agréation de classe 3 au moins. Elle expose que la classe d'agréation qui doit être exigée du soumissionnaire est celle qui correspond au montant de la soumission à approuver, que le cahier spécial des charges ne peut fixer un niveau d'exigence moins élevé, que, s'agissant d'un accord-cadre, c'est au moment de la conclusion de chaque marché passé en application de l'accord-cadre, et donc en fonction du montant et des caractéristiques de chacun de ces marchés particuliers, qu'il convient d'apprécier le respect des dispositions légales et réglementaires en matière d'agréation mais qu'il convient aussi de vérifier au stade de l'attribution de l'accord-cadre si celui-ci pourra bien avoir un effet utile, ou, en d'autres termes, si les marchés particuliers pourront bien être attribués à l'attributaire de l'accord-cadre, ce qui implique de contrôler si on peut raisonnablement considérer que l'attributaire de l'accord-cadre disposera de l'agréation requise lors de l'attribution des marchés particuliers. Elle affirme qu'en l'espèce, « le PV du Conseil d'Administration du Port de Bruxelles du 24 avril 20[20] fait apparaître que ce dernier attribue le marché d'accord-cadre de 800 000 € et autorise la première commande de 400 000 € pour l'année de 2020 », que « [l]a première tranche du marché est donc conclue dès à présent, de sorte que l'entrepreneur doit aussi remplir les conditions légales dès à présent » et que « [c]ette première commande, qui correspond à l'offre de HOME PERSPECTIVE, dépasse largement le seuil autorisé pour un entrepreneur de classe 2 (maximum 275 000 € HTVA) ». Elle en déduit que « cette attribution viole les critères de sélection définis par la législation sur les marchés publics et les règles fixées par la législation sur l'agréation des entrepreneurs, législations auquel[le]s le cahier spécial des charge[s] renvoie expressément ».

Dans sa note complémentaire, la requérante soutient que la décision du 24 avril 2020 comprend au moins deux objets, à savoir, la décision d'attribuer l'accord-cadre à la partie intervenante et une seule et même commande de 400.000 euros pour l'année 2020. Selon elle, prétendre le contraire, comme le fait la partie adverse, revient à « saucissonner » le marché pour le faire passer sous un certain seuil et contourner la réglementation relative aux agréations entre entrepreneurs, alors que les contrats ont un caractère technique homogène et sont si étroitement liés qu'ils constituent effectivement un seul et même contrat. Elle indique, par ailleurs, ne pas comprendre pourquoi le conseil d'administration de la partie adverse aurait autorisé une dépense de 400.000 euros alors que la somme des trois chantiers, dont cette dernière fait état dans sa note d'observations, s'élève à 272.124,60 euros au total. Elle expose qu'il est également troublant que la dépense

autorisée (400.000 euros) corresponde presque exactement au montant de l'offre remise par la partie intervenante (392.508,27 euros). Selon elle, le fait que le Port ait par le passé conclu des marchés de faible ampleur avec les mêmes opérateurs économiques n'est pas la preuve irréfutable que le nouveau marché n'est pas supérieur à 275 000 euros. Elle répète que la première commande du port, qui concerne l'année 2020 et vise à rénover la totalité des châssis, porte bien sur un montant qui implique une agréation de classe 3 au moins.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans le cas d'un accord-cadre, c'est au moment de la conclusion de chaque marché passé en application de l'accord-cadre, et donc en fonction du montant et des caractéristiques de chacun de ces marchés particuliers, qu'il convient d'apprécier le respect des dispositions légales et réglementaires en matière d'agrément. Il en résulte que c'est au moment de la passation de chaque marché particulier qu'il convient de vérifier si le soumissionnaire retenu dispose bien concrètement de l'agrément requis. Certes, il importe de vérifier également au stade de l'attribution de l'accord-cadre si celui-ci pourra bien avoir un effet utile ou, en d'autres termes, si les marchés particuliers pourront bien être attribués à l'attributaire de l'accord-cadre. Cette vérification implique de contrôler si l'on peut raisonnablement considérer que l'attributaire de l'accord-cadre disposera de l'agrément requis lors de l'attribution des marchés particuliers.

En l'espèce, il n'est pas contesté que la partie intervenante est agréée en classe 2, ce qui lui permet, selon l'article 3, §§ 2 et 3, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, de se voir confier un marché de travaux pour un montant maximum, T.V.A. non comprise, de 275.000 euros et plusieurs marchés de travaux exécutés simultanément pour un montant total, T.V.A. non comprise, de 2.200.000 euros.

Rien ne permet d'affirmer que la classe 2, dont dispose la partie intervenante et qui est exigée par l'article 6 du cahier spécial des charges, ne sera pas suffisante pour exécuter les marchés subséquents qui seront fondés sur l'accord-cadre litigieux. Il ressort des pièces du dossier administratif que la partie adverse a, en l'occurrence, vérifié quelle catégorie d'agrément serait nécessaire pour pouvoir attribuer les marchés particuliers à la partie intervenante. Des prévisions ont été réalisées par la partie adverse pour évaluer, en particulier, ses besoins pour l'année 2020. Celles-ci concernent trois marchés dont les montants prévisionnels se situent bien en dessous de la valeur de la classe d'agrément 2. Le budget de 400.000 euros alloué à l'exécution de ces travaux – dont la requérante fait grand cas – est destiné à

couvrir le prix d'au moins deux de ces marchés, à savoir, d'une part, le remplacement de 56 châssis dans le bâtiment abritant le siège social du Port de Bruxelles (pour un montant évalué à 177.204,60 euros) et, d'autre part, le remplacement de 35 autres châssis au « centre TIR » (pour un montant évalué à 86.490 euros). Un supplément de 8.430 euros est également prévu « selon les besoins ». Par ailleurs, ce budget de 400.000 euros (pour l'année 2020) et celui de 800.000 euros (au total pour les quatre années de l'accord-cadre) sont manifestement inférieurs au plafond de 2.200.000 euros, visé à l'article 3, § 3, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité pour les commandes exécutées simultanément. Il suit de ce qui précède que l'entité adjudicatrice a pu raisonnablement considérer que l'attributaire de l'accord-cadre disposerait de l'agrération requise lors de l'attribution des marchés particuliers subséquents.

Pour les raisons déjà exposées lors de l'examen de la recevabilité du présent recours, la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle affirme que le budget de 400.000 euros, alloué pour l'année 2020, constituerait une seule et même commande fondée sur l'accord-cadre.

Par ailleurs, le métré communiqué par l'entité adjudicatrice n'est, comme le précise le cahier spécial des charges, fourni qu'à titre indicatif, pour permettre une comparaison entre les offres des différents soumissionnaires. Il ne traduit aucune intention de passer une commande en particulier.

Enfin, l'affirmation selon laquelle la partie adverse aurait procédé à une « scission artificielle » du marché pour détourner les règles en matière d'agrération ne trouve pas, non plus, appui dans le dossier de pièces. S'agissant, en particulier, des travaux à réaliser sur les bâtiments du « siège social » et du « centre TIR », il ressort des pièces du dossier que les spécifications techniques des châssis à remplacer diffèrent d'un chantier à l'autre, en sorte que le choix de conclure deux marchés distincts ne paraît pas, en tant que tel, critiquable. Il convient, par ailleurs, de rappeler que le recours à la formule de l'accord-cadre implique, par définition, la possibilité de conclure plusieurs marchés subséquents qui partagent un même « cadre » et peuvent présenter une certaine homogénéité technique, voire même être très « étroitement liés ». En l'occurrence, l'accord-cadre litigieux concerne potentiellement tous les bâtiments du domaine portuaire. Lors de l'attribution des marchés particuliers subséquents, la partie adverse devra préciser ses besoins (bâtiments concernés, types, quantités et dimensions des châssis), ainsi que le planning des opérations, qui peut s'étendre sur un maximum de quatre années. Le point 4.1 du cahier spécial des charges confirme que « les dimensions et le nombre de châssis ne sont pas encore fixés » et le rapport d'attribution que « les travaux

seront commandés sur cette base [du métré] au fur et à mesure des besoins dans des ordres de service ».

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation « de l'article 2, 35° et 125 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 1^{er} et 4 du Cahier spécial des Charges, des articles 2 et 3 de la Loi du 29 juillet [1]991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de motivation matérielle, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de non-discrimination, du principe de bonne administration et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir ». La requérante soutient que « le Cahier spécial des Charges ne contient aucune précision relative à la durée et au budget de l'accord-cadre ni aux modalités de passation des marchés futurs », alors pourtant que l'objet d'un accord-cadre est « d'établir les termes régissant les marchés à passer au cours d'une période donnée sur base de règles et de critères objectifs ». La requérante critique, en particulier, l'article 4 du cahier spécial des charges, qui prévoit ce qui suit :

« [l]e présent cahier de charges concerne un accord-cadre pour le remplacement de châssis. Cela signifie que les dimensions et le nombre de châssis concernés ne sont pas encore fixés et que le métré joint n'est là qu'à titre de référence et pour permettre la comparaison des offres des différents fournisseurs-placeurs ».

Selon la requérante,

« [c]ette justification ne correspond pas à la définition de l'accord-cadre. En effet, l'accord-cadre a pour but de fixer un cadre juridique, budgétaire et temporel, au sein duquel seront passés plusieurs marchés à venir. C'est pourquoi il peut être conclu avec plusieurs opérateurs économiques, qui seront remis en concurrence lors de la conclusion des marchés subséquents.

Il ne s'agit donc pas, comme le mentionne le Port de Bruxelles, de se mettre d'accord sur la dimension ou le nombre de châssis, mais bien de définir les bases contractuelles d'une relation à moyen terme (maximum 8 ans selon l'article 125, § 1^{er}, al. 2, de la Loi précitée).

Or, le CSC ne contient aucune précision relative à la durée et au montant global de l'accord-cadre. Il n'y a en outre aucune place pour la négociation en tant que telle, puisque le seul critère est le prix, conformément à l'article 4.2.

Pour rappel, ce n'est qu'à l'occasion de l'examen de la décision d'attribution du 24 avril que l'estimation du marché (800.000 €), la durée de celui-ci (4 ans) et le montant de la première tranche du marché (400.000€) sont exprimés.

Par ailleurs, le métré fourni à titre soi-disant indicatif correspond presque parfaitement à la première tranche du contrat autorisée par le CA lors de sa séance du 24 avril 2020. En effet, l'offre la moins chère est de 392 508,27 €, tandis que le CA autorise le Port de Bruxelles à commander des travaux en 2020 pour 400 000 €.

Il s'en déduit qu'en réalité, la mise en concurrence et le métré joint avaient pour seul objectif de comparer les offres, sans qu'il soit question ni de négociation, ni d'accord-cadre à long terme.

Cette absence de clarté quant aux intentions réelles du pouvoir adjudicateur a porté préjudice à TECNOFLEX, dans la mesure où, si elle avait su que le marché portait sur un montant total de 800 000 € étalé sur quatre ans, elle aurait pu formuler une offre plus compétitive ».

Dans sa note complémentaire, la requérante soutient, pour la première fois, que la partie adverse était tenue, en vertu des articles 6 et 7 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, de procéder à une estimation du montant du marché qui prenne en compte la valeur de tous les marchés envisagés pendant la durée de l'accord-cadre. Elle reconnaît que l'avis de marché indique une durée de 12 mois, reconductible trois fois, tout en relevant qu'il ne contient aucune indication relative à la valeur estimée du marché. Elle répète que l'absence d'information quant au montant global du marché a eu une incidence sur son offre, dès lors qu'elle aurait pu proposer une ristourne pouvant aller jusqu'à 8% du prix initial si elle avait connu l'importance de ce marché, alors qu'elle était habituée à des commandes de moindre ampleur de la part de la partie adverse, que c'est la première fois que la partie adverse débloque un budget aussi important et qu'elle recourt à l'accord-cadre.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Comme le reconnaît la requérante dans sa note complémentaire, l'avis de marché, publié le 9 mars 2020, précise que la durée de l'accord-cadre est de 12 mois reconductibles trois fois, c'est-à-dire une durée possible totale de quatre années. La requérante avait donc connaissance de la durée de l'accord-cadre, comme les autres soumissionnaires.

Quant au budget total alloué à l'accord-cadre, la requérante n'indique pas la disposition légale ou réglementaire qui imposerait, pour un marché soumis à la publicité belge passé par procédure négociée dans les secteurs spéciaux, de communiquer cette information au préalable aux soumissionnaires. Les articles 6 et 7 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux sont invoqués tardivement dans la note complémentaire à la

requête. En toute hypothèse, ces dispositions obligent uniquement l'entité adjudicatrice à estimer le montant total du marché lors du lancement de la procédure, pas à communiquer cette information aux soumissionnaires potentiels. Quant au principe d'égalité entre soumissionnaires, il faut constater qu'en l'espèce, la requérante a déposé son offre sans chercher à interroger la partie adverse sur l'ordre de grandeur estimé de l'accord-cadre et qu'elle n'expose pas, dans sa requête en suspension d'extrême urgence, les éléments permettant de comprendre dans quelle mesure la connaissance du montant du marché l'aurait amenée à formuler une offre plus compétitive. La requête ne chiffre pas, même approximativement, la différence de prix que la requérante aurait pu faire valoir. La requérante indique, pour la première fois dans sa note complémentaire, qu'elle aurait pu obtenir de ses fournisseurs « une ristourne pouvant aller jusqu'à 8 % du prix initial ». Vu la différence de prix entre l'offre de la requérante et celle de l'attributaire ($\neq$ 78.372,55 euros HTVA), une ristourne de 8% (= 32.220,76 euros HTVA) n'aurait, en toute hypothèse, pas pu venir concurrencer l'offre de la partie intervenante.

La requérante semble aussi reprocher à la partie adverse de n'avoir laissé aucune place à la négociation. L'article 4.2 du cahier spécial des charges annonçait cependant que, même si le marché est passé par procédure négociée avec mise en concurrence préalable, « le pouvoir adjudicateur se réserve la possibilité d'attribuer le marché sur la base des offres initiales sans négociation ». Par ailleurs, la structure de l'accord-cadre n'interdit pas que tous les termes soient fixés de manière contraignante dans le marché initial, de sorte que les marchés subséquents s'exécutent conformément aux termes convenus – notamment au regard de prix unitaires – sans que l'offre initiale de l'adjudicataire ne doive être complétée.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Confidentialité

La partie adverse demande que les offres déposées soient tenues pour confidentielles, de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à une concurrence loyale entre entreprises. Il s'agit des pièces 12 et 13 du dossier administratif, qui sont qualifiées de « confidentielles ».

La demande de la partie adverse n'étant pas contestée, il convient, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées. Par ailleurs, conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, il y a lieu d'ordonner la confidentialité des pièces 2 et 4, annexées à la requête, à savoir le

Vlxturg – 21.766 - 13/15

formulaire d'offre de la requérante et le métré récapitulatif des trois offres remises à la partie adverse dans le cadre du marché litigieux.

IX. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée HOME PERSPECTIVE est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 2 et 4 du dossier de la requérante et les pièces 12 et 13 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

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

Ainsi prononcé en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 13 juillet 2020, par :

Florence Piret,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Florence Piret