

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

n° 258 950 du 28 février 2024

A. 241.016/VI-22.730

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

contre :

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

Partie requérante en intervention :

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

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 janvier 2024, la SA Equans Services demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision d'attribution du marché de services concernant l'entretien, le contrôle périodique et le dépannage des installations thermiques, de climatisation et de réfrigération des bâtiments de la partie adverse, adoptée le 14 décembre 2023 et aux termes de laquelle le marché est attribué à la société TPF Utilities, l'offre de la partie requérante ayant été déclarée irrégulière (ci-après "la décision attaquée" ou l' "acte litigieux" » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 janvier 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 21 février 2024.

Par une requête introduite le 16 février 2024, la SA TPF UTILITIES demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

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

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

M^e François Viseur, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Nathan Mouraux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Emmanuel Van Nuffel, avocat, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis contraire.

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

III. Exposé des faits

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être présentés comme suit :

« -1. La COCOF est propriétaire d'un patrimoine immobilier conséquent nécessaire à l'exercice des compétences qui lui ont été attribuées au cours des réformes de l'État successives (enseignement, santé, culture, formation professionnelle, ...). D'ailleurs, à ce sujet, la scission de la Province du Brabant fût un évènement majeur dans l'histoire de la COCOF en ce qu'il a pu majorer conséquemment la taille du parc immobilier aujourd'hui géré par la partie adverse.

À l'origine, les différents sites décentralisés ont pu mener des politiques de gestion de leurs immeubles de manière autonome. Depuis plusieurs années et en particulier depuis 2021, une politique de rationalisation des ressources et de la gestion patrimoniale est mise en œuvre avec, notamment, la fusion des services techniques de tous les sites mis sous l'égide d'un seul et unique service (le service "MAPI").

Dans ce cadre, le service MAPI a initié diverses procédures de passation de marchés publics relatifs à la gestion du patrimoine immobilier visant à régulariser la situation sur certains sites qui recouraient aux services d'opérateurs économiques – parmi lesquels la partie requérante – sans respecter l'obligation de mise en concurrence prescrite par la réglementation sur les marchés publics. Lesdites procédures visaient également à mettre fin aux difficultés relatives à la non-conformité d'une série d'installations, laquelle a été engendrée par cette gestion patrimoniale éparse.

Plus spécifiquement, il s'est avéré nécessaire de lancer une procédure de passation visant à permettre aux sites décentralisés de disposer d'un opérateur unique capable de détailler l'état des installations, d'apporter d'éventuelles réparations et d'en assurer l'entretien sur un laps de temps déterminé.

C'est dans ce contexte particulier que s'inscrit la procédure de passation litigieuse. Il est loin d'être inconnu à la partie requérante, comme en atteste notamment un courrier qui lui a été adressé en date du 26 octobre 2023 (Pièce 2).

-2. Le 22 août 2023, la COCOF publie l'avis de marché ayant pour objet un marché de services intitulé : "Entretien, contrôle périodique et dépannage des installations thermiques, de climatisation et de réfrigération des bâtiments de la Commission communautaire française" (Pièce 3).

Il obéit au cahier spécial des charges ayant pour référence le n° 2023/346 (Pièce 4).

Le marché est passé par une procédure ouverte.

-3. La mission d'entretien, de contrôle et de dépannage faisant l'objet du marché est décrite dans des termes généraux au point III.1. du cahier spécial des charges qui se lit comme suit :

"3.1. Description de la mission

□ Selon la norme EN 13306, la maintenance est définie comme l'ensemble de toutes les actions techniques, administratives et de management durant le cycle de vie d'un bien, destinées à le maintenir ou à le rétablir dans un état dans lequel il peut accomplir la fonction requise.

Conformément à cette norme et comme principe de base, il est imposé que toute opération de maintenance soit suivie, le cas échéant :

- D'un essai de fonctionnement, afin de vérifier si le bien est capable d'accomplir la fonction requise ;
- D'un essai de conformité, afin de démontrer si une caractéristique ou une propriété d'un bien est conforme ou non aux spécifications nominales.

La maintenance comprend l'ensemble des opérations d'entretien préventif visant à maintenir les installations décrites dans un état de fonctionnement impeccable.

Les installations concernées par le présent contrat sont décrites en annexe A du présent cahier de charge.

Les dépannages et interventions en nombre illimité seront réalisés 24h/24 et 365 jours par an.

L'intervention aura toujours lieu dans les 2 heures de l'appel enregistré (4 heures en dehors des heures de bureaux : 8h00 – 17h00) et se déroulera ensuite avec la plus grande célérité.

Exception faite des prestations reprises ci-dessus, les interventions d'entretien et de contrôle périodique se dérouleront pendant les heures normales de travail telles que prévues par la législation sociale au moment de l'intervention.

☐ L'Adjudicateur autorisera explicitement le soumissionnaire à arrêter tout ou partie de l'installation en vue de faire face aux périodes d'entretien et aux travaux de remplacement.

Ces périodes seront toujours choisies, dans la mesure du possible, afin d'apporter un minimum de perturbations dans le fonctionnement des installations.

Toute autre disposition devra faire l'objet d'un accord écrit entre les parties.

D'une manière générale, l'Adjudicateur bénéficiera gracieusement de l'expérience de l'Adjudicataire pour l'assistance technique en matière de création ou de refonte d'installations, pour autant que la maintenance technique soit confiée au soumissionnaire et que celui-ci se déclare compétent dans le domaine concerné.

L'Adjudicataire s'engage, dans le cadre de son activité, à respecter et appliquer les réglementations et dispositions légales en vigueur.

De plus, l'Adjudicataire attirera l'attention de l'Adjudicateur sur les modifications éventuelles à apporter aux installations pour se conformer à ces réglementations.

L'Adjudicateur ayant, en tout temps, la charge de la mise en conformité issue des règlements parus où à paraître.

L'Adjudicataire ;

veillera, dans le cadre de l'exécution de son contrat, à maintenir les locaux techniques en parfait état de propreté ;

mettra à la disposition de son personnel le matériel et l'outillage nécessaire à l'accomplissement de ses opérations de dépannages, d'entretien et de contrôle périodique ;

conduira l'exploitation avec un souci d'économie et proposera à l'Adjudicateur toute modification de régime ou d'installation susceptible d'entraîner des économies d'énergie tout en conservant les conditions de confort prévues ;

dans les trois mois de la prise en charge du chantier, transmettra un planning d'entretien programmé à l'Adjudicateur ;

établira annuellement, un rapport technique sur l'état des installations de chauffage, de climatisations, frigorifiques, cogénérations, en fin de saison de chauffe (fin du mois d'avril) et les travaux éventuellement à prévoir.

tiendra un journal des travaux et rapports techniques.

Le détail des prestations qui font partie du Marché se trouve dans
□Prescriptions techniques□.

Il est précisé que toutes les dispositions définies ci-avant ne peuvent décharger l'adjudicataire de ses responsabilités propres découlant de ses services conformément aux règles habituelles et, notamment, celles découlant de ses engagements contractuels”.

Une liste des installations techniques visées par la mission d'entretien, de contrôle et de maintenance ainsi que des fiches techniques détaillées de celles-ci figurent à l'annexe A “Liste des installations techniques par bâtiment”□et à l'annexe D “Fiches techniques détaillées” du cahier spécial des charges.

Le détail des prestations recouvertes par la mission d'entretien, de contrôle et de maintenance figure au point III.4. “Prescriptions techniques” du cahier spécial des charges. Parmi celles-ci figurent les “Contrôles périodiques obligatoires□par des organismes agréés” et la “Gestion des observations et non-conformités”.

-4. Pour les besoins de la présente procédure, la COCOF souligne que l'exécution du marché comprend□trois phases□: la prise en charge, la mise en œuvre et la transition à la fin du marché.

Au point II.6 du cahier spécial des charges, la phase de prise en charge est décrite comme suit□:

“1. Prise en charge du contrat

Prestations

La phase de prise en charge comprend notamment, de manière non limitative :

- La signature d'éventuels contrats de sous-traitance ;
- La mise en place du personnel prévu pour le contrat (personnel propre à l'Adjudicataire, le personnel intérimaire étant limité) ;
- La prise de connaissance du site et des installations techniques ;
- La prise de connaissance de la documentation technique ;
- La familiarisation avec la GMAO et les travaux de préparation y relatifs ;
- La familiarisation avec les GTC ;
- La prise de connaissance du programme de confort demandé par la COCOF et la réalisation (par l'Adjudicataire) du programme de fonctionnement nécessaire des installations techniques ;
- La mise en place du Dossier de Maintenance et d'Exploitation ;
- L'acquisition du stock de pièces de rechange et de remplacement nécessaire pour respecter les engagements contractuels ;
- L'acquisition de tous les outils et outillages nécessaires pour l'exécution des prestations contractuelles.

Pendant cette phase, la GMAO doit être complètement opérationnelle et toutes les prestations contractuelles doivent y être intégrées.

Concernant les GTC, l'Adjudicataire doit disposer du personnel formé afin que la GTC puisse être exploitée complètement dès le 1^{er} jour du contrat.

Effectifs

Dès le début de la période de prise en charge, l'Adjudicataire détache à plein temps sur le site les personnes composant l'équipe d'encadrement ainsi que le personnel administratif et technique qui lui est nécessaire.

État des lieux

Pendant la phase de prise en charge, l'Adjudicataire réalise un état des lieux complet des équipements et émet ses réserves éventuelles sur l'état d'usure et sur les performances du matériel.

Cet état des lieux est dressé contradictoirement entre l'Adjudicataire et la COCOF. Il est entendu que l'Adjudicataire n'est pas tenu responsable de défauts dans les installations dont la cause est autre que l'exécution de ses obligations contractuelles”.

Toujours pour les besoins de la présente procédure, la COCOF observe que la méthode de fixation des prix est décrite au point 1.4 du cahier spécial des charges qui se lit en ce termes□:

“Le□présent marché consiste en un marché à prix mixte.

Le marché mixte est celui dont les prix sont fixés suivant plusieurs des modes décrits aux points 3° à 5° de l'article 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Les articles du métré récapitulatif portant les mentions :

QP sont en Quantités Présumées à bordereau de prix

QF (quantité forfaitaire) - PG (prix global) sont des forfaits relatifs à prix global non sujets à mesurage

SR (somme réservée) - montant fixé à l'avance et le même dans toutes les offres. Cette somme ne sera pas obligatoirement entièrement utilisée.

Pour Mémoire (PM) signifie qu'ils font partie intégrante de l'ensemble des ouvrages et que leurs prix sont répartis sur l'ensemble des articles.”

À l'annexe F “Inventaire des prix”, il est prévu□:

Un prix forfaitaire par bâtiment pour les “entretiens et contrôles périodiques obligatoires des installations”□;

Une mention pour mémoire concernant notamment “Le dossier de Maintenance et d'Exploitation”, le “Manuel de Maintenance et Conduite” et “La gestion des observations et non conformités”□;

Un prix horaire pour les “prestations lors d'un dépannage” ;

Une somme réservée pour le “remplacement des pièces”□;

Il résulte d'une lecture combinée de ces dispositions que le prix relatif aux prestations relevant de la première phase du marché – soit la prise en charge du

contrat évoquée *supra* – doit être réparti sur l'ensemble des autres postes du métré – en donc plus particulièrement sur les postes forfaitaires relatifs à chaque bâtiment.

-5. Les 18 et 24 octobre 2023, la COCOF a répondu à diverses questions posées par les soumissionnaires (Pièce 5).

On peut ainsi lire les réponses suivantes dans le mail du 18 octobre 2023 ☐:

“Homme à demeure à prévoir ? Est-ce que la conduite est à effectuer par ce personnel ? Non

Dépannages et réparation : est-ce bien en régie ? Oui

Organisme agréé : faut-il inclure les visites de ces OA dans notre prix pour toutes les techniques du métré ? Oui

Levée de remarques faites par les OA : est-ce bien à prévoir dans notre offre ? (difficilement chiffrable...) Oui

Les remarques déjà existantes sont-elles à inclure dans notre prix ? Oui

A-t-on les rapports des organismes agréés afin de pouvoir se faire une idée de l'ampleur des remarques ? Oui

La prise en charge du contrat commence bien 3 mois avant le démarrage officiel du contrat ? Le délai d'exécution prend cours le premier jour du mois qui suit la date à laquelle la conclusion du marché a eu lieu.

Les remarques formulées lors de la prise en charge et l'état des lieux peuvent-elles bien être levées en régie ou sur base d'offres ? Sur base d'offres de prix

Page 20 : effectif : faut-il prévoir un encadrement full time sur site durant les 3 mois de prise en charge ? Dès le début de la période de prise en charge, l'Adjudicataire détache à plein temps sur le site les personnes composant l'équipe d'encadrement ainsi que le personnel administratif et technique qui lui est nécessaire.”

La COCOF a également réagi le 24 octobre 2023 en transmettant divers rapports en sa possession à la suite de l'observation suivante de la partie requérante ☐:

“Vous stipulez que la levée des remarques d'organismes agréés déjà existantes doivent être comprises dans notre prix et que les rapports sont disponibles. Pourriez-vous nous transmettre une copie de ces rapports ? ... il nous est impossible de chiffrer la mission sans ces rapports”.

-6. La COCOF a reçu deux offres pour le marché litigieux ☐:

L'offre de la partie requérante (Pièce A – confidentielle) ☐;

L'offre de TPF UTILITIES (Pièce B – confidentielle)

-7. Par une décision du 14 décembre 2023, notifiée le 9 janvier 2024, la COCOF a attribué le marché à TPF UTILITIES et a déclaré l'offre de la partie requérante comme irrégulière en faisant référence notamment au passage suivant du rapport d'examen des offres (Pièce 1) ☐:

“Toutefois, il est à remarquer que le soumissionnaire EQUANS SERVICES SA en remettant son offre, a porté en remarques à la dernière page de son offre (OP5833-Maintenance multitechni_1, pdf) les mentions suivantes : ‘N’ayant

pas reçu les rapports d'organismes agréés demandés, nous n'avons pas été en mesure de chiffrer la levée des remarques et infractions existantes'.

Le pouvoir adjudicateur considère cette mention comme une réserve à son offre et qui serait à même à conditionner l'offre dudit prestataire et qu'elle puisse ne plus être véritablement le prix final de la soumission pour cette raison d'incertitude. L'évaluation des coûts pour ces auxiliaires est donc inexistante à ce jour et constitue un élément non pris en compte par le soumissionnaire dans sa remise de prix. Tout ouvrage lié à ces auxiliaires dans la thématique de résoudre les remarques ou lever les infractions, devrait suivre un traitement financier à part. Ceci ne peut être accepté dans le cadre du présent marché où les descriptions administratives et techniques ont bien été ordonnées et pour ces dernières, le pouvoir adjudicateur souhaite se lier avec un prestataire pour cet ensemble, avec un prix à la clé.

Le pouvoir adjudicateur reconnaît ne pas disposer de toute la documentation potentiellement pertinente pour les missions à confier dans son marché, et cela uniquement pour les □appareils de froid□. Toutefois, nonobstant cet aveu, il peut sembler interrogatif de constater la présence d'une telle remarque qui revient à sa compréhension à une certaine (voire conséquente) marge de manœuvre par rapport à tout autre soumissionnaire qui aurait estimé les potentiels ouvrages à réaliser pour solutionner les remarques/infractions rattachées à ses dispositifs de froid, et les aurait insérés dans sa remise de prix. Présentement, l'autre soumissionnaire TPF UTILITIES n'ayant porté aucune réserve ou mention contraire quant aux ouvrages à réaliser pour le compte des auxiliaires de froid, il est considéré, comme le sous-entend le cahier spécial de charges, que sa remise de prix comprend bien une estimation de ces ouvrages.

De ces considérations, le pouvoir adjudicateur peut estimer à suffisance que l'offre de EQUANS SERVICES SA comporte suffisamment d'incertitude pour considérer cette offre comme affectée d'une irrégularité.

La caractérisation de la présente irrégularité doit se faire également sur une échelle d'importance qu'elle soit ou non substantielle. Pour ce faire, à l'appui de l'article 76 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (alinéa 3), le pouvoir adjudicateur en conclut à la substantialité de la présente irrégularité en ce que la réserve est de nature à donner autant un avantage discriminatoire pour le soumissionnaire concerné face à son concurrent dans le présent marché et est de nature à rendre incomplète l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues.

Enfin, de ces constats, à l'appui de l'article 76 53 de l'arrêté précédemment cité, le pouvoir adjudicateur conclut à la nullité de l'offre du soumissionnaire EQUANS SERVICES SA".

Il s'agit de l'acte attaqué ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 16 février 2024, la SA TPF Utilities demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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

V. Premier moyen – première branche

V.1. Thèses des parties

A. Requête

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

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

«

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

».

Elle ajoute que, malgré ses demandes, les rapports des organismes agréés qui auraient seuls permis de déterminer un prix correspondant à l'objet précis

et complet du marché, la partie adverse n'a envoyé que quelques rapports qui ne sont pas des rapports légaux, sans autre précision quant à la nature des remarques à lever. Ces différents éléments l'incitent à soutenir que l'objet du marché est insuffisamment défini.

B. Note d'observations

La partie adverse pose, avant tout, la question de la recevabilité du moyen, déclarant – en substance – s'étonner de ce que la requérante met en cause la légalité du cahier spécial des charges qui ne permettrait pas aux soumissionnaires de remettre sérieusement un prix cohérent, alors même qu'elle a remis une offre comprenant un prix dans le cadre du marché litigieux.

Sous un titre « 2.1.2.2. Sur le fond du moyen », elle développe une argumentation considérée, dans le cadre de la présente procédure en référé d'extrême urgence, comme revenant à contester le caractère sérieux de ce moyen. Selon cette argumentation, les dispositions du cahier spécial des charges feraient apparaître que le prix de la levée des remarques et infractions constatées sur les installations qui font l'objet du marché devaient être inclus dans l'offre des soumissionnaires. Elle déduit de cette lecture que l'offre de la requérante, qui n'intégrait pas ce prix, doit être jugée affectée d'une irrégularité substantielle. Elle réfute l'argumentation de la requérante, selon laquelle les documents du marché seraient imprécis et inéquivoques, et formule plus particulièrement cinq observations à ce sujet.

C. Requête en intervention

L'intervenante développe une argumentation dont le résumé met en évidence deux éléments.

À titre principal, elle prétend que la requérante commet une erreur manifeste d'interprétation des documents du marché, soutenant ce qui suit :

« La partie requérante soutient que l'étendue de la prestation à exécuter serait impossible à déterminer en l'absence d'information sur les non-conformités à la réglementation applicable qui devront être levées, en sous-entendant que le prestataire de services devrait intervenir sur la conception des installations, c'est-à-dire modifier ces installations.

Or, il ressort des termes clairs du cahier spécial des charges que :

- Les travaux de mise en conformité des installations techniques sont à charge de la partie adverse (partie III, article 3.1), tel que l'exemple donné par la

partie requérante d'un nouveau circuit électrique à placer pour un appareil de forte puissance.

- Ne sont à exécuter par le prestataire de services que les prestations requises pour la levée des remarques de non-conformité qui relèvent des obligations contractuelles de maintenance (article 3.4), telles que l'apposition des plaquettes d'identification des équipements ou le remplacement du matériel de sécurité.

En considérant à tort que le marché porterait sur d'autres prestations que les prestations de maintenance, la partie requérante a émis une réserve sur le prix de son offre, c'est-à-dire a remis une offre clairement irrégulière ».

À titre subsidiaire, elle estime que l'information dont disposaient les soumissionnaires était suffisante, notant ce qui suit :

- « L'information donnée aux documents du marché était suffisante pour permettre aux soumissionnaires d'évaluer cette prestation à exécuter dussent-ils ne pas avoir été décrite aux documents du marché.

D'une part, les entreprises du secteur sont spécialisées et ont développé des processus de diagnostic, telle que la norme NEN 2767, qui réduisent le risque de l'incertain, surtout lorsqu'il s'agit d'installations et d'équipements standards et largement répandus, comme c'est le cas en l'espèce.

D'autre part, le cahier spécial des charges décrit dans le détail tous les équipements des installations techniques des bâtiments faisant l'objet du marché, avec leurs caractéristiques, notamment l'année de leur fabrication et leur état général (annexe A) et comporte des fiches techniques détaillées de nombreux équipements avec une évaluation fine de leur état en fonction de critères déterminant une action (annexe C) qui, sous une forme simplifiée, sont similaires à ceux qui sont mis en œuvre par les entreprises du secteur.

Par ailleurs, la partie requérante exécute depuis une trentaine d'années les services de maintenance des installations techniques d'une partie substantielle des bâtiments de la partie adverse sur lesquelles porte le marché ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

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

B. Quant à la recevabilité du moyen

L'exception d'irrecevabilité opposée au moyen repose sur ce que, à l'estime de la partie adverse, le grief qui y est formulé ne l'a pas été dans le courant de la procédure de passation et n'a pas empêché la requérante de déposer une offre,

ce qui impliquerait qu'elle ait ainsi reconnu la légalité du cahier spécial des charges. Le grief serait donc tardif, à suivre la partie adverse.

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

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

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

D'une part, la sanction qui – selon la partie adverse – devrait s'attacher à l'absence d'objection adressée au pouvoir adjudicateur porterait une atteinte excessive au droit reconnu au soumissionnaire d'exercer les recours juridictionnels prévus par la loi. C'est d'autant plus le cas lorsque la disposition du cahier spécial des charges n'empêche pas celui-ci de participer utilement à la procédure de passation du marché en cause, fût-ce – comme en la présente cause – dans conditions qui l'ont amené à assortir son offre d'une réserve. Il convient de rappeler le contexte d'une telle procédure où le soumissionnaire se concentre avant tout sur la préparation de l'offre elle-même. Il ne peut, en principe, sauf le cas de la mauvaise foi, lui être reproché de ne pas passer au crible chaque disposition du cahier en vue d'éventuels litiges juridiques et de ne pas saisir immédiatement le pouvoir adjudicateur ou un juge.

D'autre part, la thèse de la partie adverse risque de compromettre le nécessaire équilibre entre les préoccupations respectives des opérateurs

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

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

B. Quant au caractère sérieux du moyen

Les prescriptions des documents du marché définissant l'objet des prestations – et censées permettre aux soumissionnaires de déterminer ce qui doit être compris dans les prix forfaitaires de chacune de ces prestations – sont énoncées, pour l'essentiel, sous les titres « 3.1. Description de la mission » et « 3.4. Prescriptions techniques » du cahier spécial des charges. Ces prescriptions n'imposent certes pas expressément au prestataire d'assumer la responsabilité des observations et non-conformités qui auraient été relevées par un organisme agréé antérieurement à l'établissement de l'état des lieux qu'il lui incombe de dresser au cours de la phase de prise en charge du contrat ouverte durant les trois premiers mois d'exécution de celui-ci. Il ressort, par ailleurs, de la description de cette phase de prise en charge du contrat présentée sous le titre « II.6 Durée » que « l'Adjudicataire n'est pas tenu responsable de défauts dans les installations dont la cause est autre que l'exécution de ses obligations contractuelles ».

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

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

«

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

».

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

maintenance tandis qu'échappaient aux obligations contractuelles de ce prestataire les levées imposant des modifications structurelles de ces installations.

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

La partie adverse fait valoir, au titre de la première de cinq observations, que c'est au pouvoir adjudicateur qu'il appartient d'interpréter les prescriptions des documents du marché. Si elle estime que les réponses apportées aux questions sont compatibles avec l'interprétation qu'appelaient les prescriptions relatives à l'objet de la mission et aux exigences techniques, alors que ces réponses ne prennent pas appui sur les termes du cahier spécial des charges et sont – à tout le moins pour certaines d'entre elles – contredites par les précisions de la note d'observations, il faut alors constater que l'objet du marché n'a pas été défini et explicité en des termes suffisamment intelligibles pour permettre aux opérateurs économiques intéressés de déposer, dans le respect des principes d'égalité et de concurrence, une offre établie en connaissance de cause des prestations auxquelles ils s'engageraient et de proposer des prix appropriés à ces prestations. Il s'impose donc de conclure, comme le soutient le moyen en sa première branche, que les prescriptions du marché méconnaissent le principe de transparence consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Les deuxième, troisième et quatrième observations procèdent globalement de la thèse selon laquelle – eu égard à son expertise et à sa connaissance particulière des installations concernées par le marché – la requérante ne pourrait se prévaloir de l'absence de mise à disposition de rapports d'organismes agréés pour soutenir qu'elle n'était pas en mesure d'intégrer dans ses prix forfaitaires le coût de la levée des observations ou non-conformités constatées antérieurement. Ces observations ne sont pas de nature à affecter le constat qui vient d'être posé, selon lequel l'objet du marché et les prescriptions techniques n'ont pas été définis en des termes suffisamment intelligibles, ce qui suffit à retenir la

méconnaissance du principe de transparence. Par identité de motifs, ne peut davantage prospérer la cinquième observation de la partie adverse : à la supposer vérifiable, la circonstance que l'attributaire du marché aurait pu remettre une offre intégrant la levée des remarques et infractions ne change rien au reproche de manque de clarté qu'encourt la formulation des prescriptions du marché. Ce manque de clarté est d'autant plus évident que – dans le contexte d'échange des questions-réponses et en l'absence, finalement reconnue par la partie adverse, de rapports d'organismes certifiés – des lectures contradictoires des prescriptions du cahier spécial des charges ont pu être données par les deux soumissionnaires, sans que l'une doive nécessairement exclure l'autre. À ce sujet, si la thèse de l'intervenante au sujet de l'inclusion de la levée des observations ou non-conformités ne paraît pas nécessairement dépourvue de sens et peut être défendue, elle n'autorise pas, dans les circonstances de l'espèce, à considérer que celle défendue par la requérante manquerait, elle, de sens.

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

VI. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VII. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre, identifiée comme étant la pièce A de son dossier.

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres des deux soumissionnaires (pièces A et B du dossier administratif).

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

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

Article 1^{er}

La requête en intervention introduite par la SA TPF Utilities est accueillie.

Article 2.

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

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A du dossier de la requérante, ainsi que A et B du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 28 février 2024, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

La Greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy