

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 240.225 du 18 décembre 2017

A.223.828/VI-21.123

En cause : **la société anonyme PANDROL CDM TRACK,**
en abrégé P.C.T.,

ayant élu domicile chez
M^{es} Virginie DOR et Flore VERHOEVEN, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles,

contre :

la société des Transports Intercommunaux de Bruxelles,
en abrégé la STIB,

ayant élu domicile chez
M^{es} Sébastien DEPRÉ et
Charles-Henri de LA VALLEE POUSSIN, avocats,
place Eugène Flagey 7
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 21 novembre 2017, la société anonyme PANDROL CDM TRACK demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise par la partie adverse le 24 octobre 2017, par laquelle elle a décidé de ne pas retenir l'offre de la requérante dans le cadre du marché public relatif à la conclusion d'un accord-cadre pour l'étude, la fourniture et la pose d'isolation antivibratoire aux voies du réseau tramway de la STIB et, par conséquent, de ne pas lui attribuer ledit marché".

II. Procédure

Par une ordonnance du 22 novembre 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 5 décembre 2017 à 10 heures.

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

Les droits visés à l'article 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.

M. David DE ROY, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^{es} Virginie DOR et Flore VERHOEVEN, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Sébastien DEPRE et Charles-Henri DE LA VALLEE POUSSIN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS Premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits

1. La STIB a lancé un marché public relatif à la conclusion, pour une durée de 4 ans, d'un accord cadre pour l'étude, la fourniture et la pose d'isolation antivibratoire aux voies du réseau tramway de la STIB.

Le mode de passation retenu est la procédure négociée avec publicité, en deux phases.

Un avis de marché a été publié au Bulletin des Adjudications, le 3 juin 2015, et au Journal Officiel de l'Union européenne, le 6 juin 2015. Il en ressort, d'une part, que les candidatures devaient être remises au plus tard le 22 juillet 2015, à 13h00, et, d'autre part que les critères retenus en vue de la sélection qualitative des candidats étaient formulés comme suit:

- " III.2.2) Capacité économique et financière
Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies :
Les documents suivants doivent obligatoirement accompagner le dossier de candidature:
1° Une déclaration sur l'honneur concernant le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise-candidate pendant les 3 derniers exercices, ainsi que la partie du chiffre réalisée sur les fournitures faisant l'objet du présent avis de marché.
2° Le bilan et le compte des résultats déposés les deux dernières années (y compris toutes les annexes, les procès-verbaux mentionnant l'approbation des comptes par

l'organe compétent de l'entreprise et par un organe de contrôle externe) ou le lien vers le site web sur lequel ces documents peuvent être téléchargés gratuitement. Les entreprises belges doivent uniquement communiquer leur numéro de TVA ou d'entreprise, étant donné que sur base de celui-ci, la STIB peut obtenir les comptes annuels de la centrale des bilans de la Banque Nationale de Belgique.

3° Si le candidat fait partie d'un groupe, le dernier rapport annuel et financier du groupe ou le lien du site web ou ces documents peuvent être téléchargés gratuitement.

4° Un candidat peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition de l'entreprise-candidate. Ces entités devront se porter garantes de tous les engagements qui auront été pris par le candidat et doivent s'engager à accorder leur coopération entière et à mettre tous les moyens nécessaires à disposition de la STIB dans le cadre du présent marché.

III.2.3) Capacité technique

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies :

Les documents suivants doivent obligatoirement accompagner le dossier de candidature:

1° Une liste des principales livraisons similaires, effectuées par l'entreprise-candidate pendant les cinq dernières années. Pour chacune des références apportées, au minimum les informations suivantes seront renseignées :
- une description succincte de l'objet du marché, le volume, la date du début et de la fin du contrat et les coordonnées du client concerné, ainsi que le nom, le numéro de téléphone et l'adresse mail d'une personne de contact chez ce client.
- une attestation de satisfaction, établie et signée par le client et faisant mention de son nom.

2° Une description sommaire du système de contrôle qualité du candidat, le cas échéant accompagnée de normes et de certificats, ainsi que les garanties de qualité et de fourniture offertes par le candidat et une description de la manière dont il solutionne les non-conformités.

3° Un descriptif de la politique de gestion environnementale et sociale du candidat.
a) Pour la gestion environnementale : les normes ISO 14000, le règlement européen EMAS (CE) n°761/2001 ou tout autre certification et/ou un descriptif de la politique environnementale de l'entreprise-candidate.

b) Pour les critères sociaux : le label SA 8000 ou tout autre certification d'une démarche similaire, voire une déclaration sur l'honneur que le candidat respecte toutes les conventions qui ont servi de base pour le label SA 8000.

4° Une déclaration formelle que le candidat accepte, sans formalités spéciales, la visite d'une délégation de la STIB dans ses installations afin de juger de ses capacités techniques et logistiques. Le dossier de candidature devra être structuré suivant l'ordre repris ci-dessus. Pour des raisons opérationnelles, la STIB se réserve le droit de ne pas prendre en considération des candidatures ne respectant pas cette demande.

Le dossier en papier ne peut pas contenir des éléments en plastique ou en métal, outre la farde éventuelle, et doit être limité à l'information demandée. En plus de la version papier, le soumissionnaire est invité à envoyer une candidature électronique (geyskensp@stib.irisnet.be – stick USB – CD Rom)".

2. A la date-limite de dépôt des candidatures ainsi fixée, trois candidatures avaient été déposées, dont celles de la requérante et de l'entreprise RUBBERGREEN, à laquelle le marché sera finalement attribué.

3. Les trois candidats ont été sélectionnés et invités à remettre offre. Le cahier spécial des charges leur a été envoyé à cette fin.

4. A la date limite fixée par la partie adverse pour le dépôt des offres initiales, à savoir le 24 décembre 2016, deux offres ont été déposées, à savoir celles de la requérante et de l'entreprise RUBBERGREEN.

5. Les deux soumissionnaires ont été invités à faire parvenir leur "BAFO" (*Best and final offer*) à la partie adverse pour le 11 septembre 2017, à 9 heures au plus tard.

6. Le 24 octobre 2017, la partie adverse a adopté la décision motivée par laquelle elle attribue le marché litigieux à l'entreprise RUBBERGREEN.

IV. Identification de l'objet de la demande

Formellement, et à s'en tenir aux termes en lesquels elle l'identifie en page 2, la requête tend à la suspension de l'exécution de la décision de ne pas retenir l'offre déposée par la requérante dans le cadre du marché litigieux, et, par conséquent, de ne pas lui attribuer ce marché.

Il ressort toutefois des développements de cette requête que l'objet de la demande de suspension est bien la décision d'attribution du marché litigieux à l'entreprise RUBBERGREEN, ce que la partie adverse a parfaitement compris – ainsi que l'atteste sa note d'observations – et ne conteste pas.

C'est donc en ce sens que doit être compris l'objet de la demande examinée en l'espèce.

V. Premier moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en son article 5, des principes d'égalité entre les soumissionnaires, de transparence, de proportionnalité et de bonne administration, et de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, notamment en

son article 63, en ce que la partie adverse ne précise aucun niveau minimum d'exigence à atteindre pour les critères de sélection qualitative qu'elle prévoit, alors qu'elle aurait dû préciser, pour tous les critères de sélection qualitative prévus, un niveau minimum d'exigence, et d'autant plus en ce qui concerne le critère de capacité économique et financière relatif au chiffre d'affaires étant donné l'importance et la valeur du marché litigieux.

Elle développe ce moyen dans les termes suivants:

" (a) Les principes applicables

28. L'article 63, § 1^{er}, al. 1^{er} de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux (ci-après «l'arrêté royal du 16 juillet 2012») prévoit explicitement que le pouvoir adjudicateur doit préciser, pour les critères de sélection qualitative qu'il prévoit, leur niveau minimum d'exigence de manière à ce que ces critères soient liés et proportionnés à l'objet du marché :

«Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :

1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 66 à 71;

2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur en vertu de la présente section et de la section 3. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence, de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et en procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire ».

Le Rapport au Roi de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 met bien en évidence cette exigence qui s'impose au pouvoir adjudicateur : «(...) le point 2° dispose que les critères de sélection qualitative de nature financière, économique, technique ou en matière de capacité professionnelle doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur doit également déterminer le niveau requis de ces critères».

Autrement dit, le niveau minimum d'exigence de capacité que le pouvoir adjudicateur souhaite voir apparaître dans le profil des personnes désirant participer au marché public doit ainsi être i) déterminé précisément par ce dernier; ii) dans un lien proportionnel avec la nature, la complexité et l'importance du marché.

29. Cette approche qui veut que les documents du marché énoncent le niveau minimum d'exigence à atteindre pour satisfaire aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur avait, dans un premier temps, été recommandée dans des dispositions non contraignantes (des circulaires) mais a très rapidement été consacrée par la jurisprudence du Conseil d'Etat et puis par la réglementation relative aux marchés publics (à l'article 58 de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et à l'article 63 de l'arrêté royal relatifs à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux).

Il est ainsi incontestable qu'au moment où la partie adverse a lancé le marché litigieux, soit le 3 juin 2015, cette exigence d'assortir les critères de sélection qualitative d'un niveau minimum d'exigence s'imposait déjà, tant en vertu de la réglementation relative aux marchés publics (soit l'art. 63 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012) qu'en vertu de la jurisprudence du Conseil d'Etat. Cette exigence subsiste sous la nouvelle réglementation relative aux marchés publics.

30. Dans son arrêt du 7 juin 2006, qui consacre cette obligation, pour le pouvoir adjudicateur, d'indiquer les seuils minimums requis lorsqu'il énonce des exigences

en matière de capacité, le Conseil d'Etat a d'abord rappelé une décision de la Cour de justice des Communautés européennes selon laquelle «la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans une procédure restreinte, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres».

Le Conseil d'Etat a déduit de cet arrêt que les soumissionnaires devaient être en mesure d'apprécier si le marché les concernait ou non, au vu des critères de sélection qualitative et remettre ainsi une offre en connaissance de cause. Il en a conclu que le pouvoir adjudicateur (ou l'entité adjudicatrice) devait fixer de manière suffisamment précise le niveau de référence qu'il prendrait en compte pour l'évaluation de la capacité technique financière ou économique des candidats :

«Considérant que les dispositions précitées [les dispositions de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatives à la sélection qualitative] déterminent les références et preuves pouvant être demandées par le pouvoir adjudicateur afin d'apprécier la capacité économique et financière des soumissionnaires; qu'elles n'en fixent toutefois pas le niveau; qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de fixer de façon univoque dans l'avis de marché les références qu'il entend obtenir, voire même les niveaux à atteindre par les entreprises pour être prises en considération lors de la sélection».

Ce faisant, le Conseil d'Etat s'inscrit dans la ligne de ce qu'indique le trente-neuvième considérant de la directive 2004/18/CE à propos de l'énonciation des critères de sélection. Selon ce considérant «la vérification de l'aptitude des soumissionnaires, dans les procédures ouvertes, et des candidats, dans les procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché ainsi que dans le dialogue compétitif, et leur sélection devraient être effectuées dans des conditions de transparence. À cet effet, il convient d'indiquer les critères non discriminatoires que les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser pour sélectionner les concurrents et les moyens que les opérateurs économiques peuvent utiliser pour prouver qu'ils satisfont à ces critères. Dans cette perspective de transparence, le pouvoir adjudicateur devrait être tenu d'indiquer, dès la mise en concurrence d'un marché, les critères de sélection qu'il utilisera pour la sélection ainsi que le niveau de capacités spécifiques qu'il exige éventuellement de la part des opérateurs économiques pour les admettre à la procédure de passation du marché».

Dans le commentaire de cet arrêt rendu par le Conseil d'Etat le 7 juin 2006, et de l'art. 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, A. DELVAUX (e.a.) précisent d'ailleurs que «l'absence de ces précisions [à savoir, pour chaque critère de sélection prévu, un niveau minimum que les candidats soumissionnaires doivent atteindre] devrait entraîner l'irrégularité de la procédure de passation».

31. Dans un arrêt plus récent du 27 février 2014, le Conseil d'Etat a également suspendu l'exécution d'une décision d'attribution au seul motif que les niveaux d'exigence des critères de sélection qualitative n'avaient pas été précisés par le pouvoir adjudicateur :

«L'article 58, § 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 [équivalent, en secteurs classiques, de l'article 63, §1^{er}, 2^o] prévoit en effet que les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel sont fixés par le pouvoir adjudicateur qui précise ces critères et leur niveau d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché, ce que confirme le Rapport au Roi (Moniteur belge, 9 août 2011, page 44892).

Prima facie, c'est à juste titre que les requérantes affirment, par la première branche de leur premier moyen, que, dans les documents du marché, la partie adverse ne précise aucun niveau d'exigence à atteindre pour les critères de sélection de caractère économique et financier. Elles paraissent pouvoir être suivies en ce qu'elles font valoir notamment qu'en imposant aux soumissionnaires, par les points c) et e) de la clause "Critères de sélection qualitative", de produire deux certificats de bonne exécution de marchés de services se rapportant à des travaux réalisés depuis le 1^{er} janvier 2003 dans des

maisons de repos et de présenter une attestation couvrant la responsabilité professionnelle des architectes, la partie adverse n'énonce pas le seuil minimum à atteindre. En cela en effet, *prima facie*, la partie adverse paraît avoir méconnu l'article 58, § 1^{er}, 2^o de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

C'est vainement qu'elle allègue, dans sa note d'observations, que le seuil à atteindre est décrit parce qu'un minimum de deux interventions comme auteur de projet est requis. (...) La partie adverse peut certes opposer à la seconde branche du moyen que la capacité du candidat peut être justifiée notamment par la preuve d'une assurance des risques professionnels sur le fondement de l'article 67, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Mais, *prima facie*, elle ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle soutient que ce critère ne doit pas être assorti d'un seuil, "un soumissionnaire étant assuré ou ne l'étant pas". Il paraît bien être de notoriété publique qu'une assurance des risques professionnels peut être assortie de modalités qui tantôt en étendent, tantôt en réduisent la portée, en fixant par exemple des franchises ou des plafonds, ce que pourrait utilement devoir préciser le soumissionnaire».

Pourtant, dans cette affaire, comme en l'occurrence, l'ensemble des soumissionnaires avaient été sélectionnés.

32. Cette exigence d'assortir les critères de sélection d'un niveau minimum d'exigence est donc tout d'abord une exigence légale et jurisprudentielle mais se justifie également au regard des principes de bonne administration, d'égalité entre les soumissionnaires et de transparence. L'égalité de traitement des entreprises constitue en effet un principe de base de la procédure visant la sélection qualitative des candidats/soumissionnaires.

33. Une circulaire interprétative adoptée par le Service Public de Wallonie le 1^{er} octobre 2014 à propos de la sélection qualitative et la fixation des niveaux d'exigence depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 et ses arrêtés d'exécution, reformule assez clairement les principes susvisés qui découlent des articles 58 et 63 précités:

«Il prévoit [l'article 58] ensuite que le pouvoir adjudicateur doit préciser les critères (de capacité économique, financière et technique) et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché.

Cela implique que le pouvoir adjudicateur ne doit pas seulement se contenter de fixer des critères mais doit les assortir d'un niveau d'exigence que les candidats ou soumissionnaires, selon la procédure, devront atteindre, afin d'être sélectionnables.

Ainsi par exemple, en matière de capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur ne peut plus se contenter de dire qu'il demande le chiffre d'affaires global de l'entreprise mais il devra exiger un chiffre d'affaires au moins égal à tel ou tel montant ...

En matière de capacité technique, le pouvoir adjudicateur ne peut plus se contenter de dire qu'il demande, par exemple, la liste des travaux similaires mais il devra exiger un nombre X de travaux pour tel montant».

34. Concrètement, et comme mis en évidence dans la circulaire précitée, cette exigence d'assortir tous les critères de sélection d'un seuil minimum d'exigence implique qu'un pouvoir adjudicateur ne peut donc plus se limiter à i) exiger «le chiffre d'affaires des trois derniers exercices» ou ii) exiger des «références de livraisons similaires» ou encore iii) faire référence au bilan en général.

Le pouvoir adjudicateur doit obligatoirement indiquer, dans les documents du marché, les seuils et niveaux d'exigences requis tels que, par exemple, i) un chiffre d'affaires minimal moyen de «x» au cours des trois dernières années ou ii) un nombre x de livraisons, exécutées dans un domaine précis, d'une valeur minimale déterminée ou encore iii) préciser un critère lié à un ou plusieurs éléments du bilan. P. THIEL écrit très clairement que « la détermination de l'importance du chiffre d'affaires au titre de sélection qualitative relève de la liberté d'appréciation du pouvoir adjudicateur, qui ensuite se retrouve lié par le montant fixé».

35. Comme rappelé ci-dessus, le pouvoir adjudicateur doit également veiller à ce que ses exigences permettent une vérification effective de la capacité du candidat/soumissionnaire tout en respectant le principe d'égalité de traitement du candidat/soumissionnaire, et qu'il puisse justifier le recours à de tels critères en regard des exigences spécifiques du marché considéré.

Ainsi, un pouvoir adjudicateur ne peut donc pas retenir un niveau d'exigence particulièrement élevé sans rapport avec la nature et la valeur du marché. Le Conseil d'État a en effet déjà jugé que le pouvoir adjudicateur ne peut fixer un niveau d'exigence particulièrement élevé si l'exécution du marché n'est pas spécialement difficile ou n'implique pas d'aptitudes particulières. *A contrario*, on peut raisonnablement considérer qu'à l'inverse, le pouvoir adjudicateur ne peut pas fixer un niveau d'exigence particulièrement bas si l'exécution du marché est particulièrement complexe et implique des aptitudes particulières.

En ce qui concerne le critère de sélection relatif au chiffre d'affaires plus précisément, qui renseigne sur la santé financière des candidats/soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur doit prévoir un niveau minimum d'exigence en respectant le lien proportionnel avec le montant estimé du marché. Ainsi, «il ne serait pas réaliste d'exiger, pour un marché de 100.000 EUR, un chiffre d'affaires global sur les trois dernières années de 2.000.000 EUR sans compromettre la mise en concurrence ou se tromper d'adjudicataire». *A contrario* également, il ne serait pas réaliste, pour un marché de 15.000.000 EUR d'exiger un chiffre d'affaires extrêmement bas. De la même manière, si le pouvoir adjudicateur, en violation des dispositions précitées, ne prévoit pas de seuil minimum d'exigence pour le critère relatif au chiffre d'affaires, comme c'est le cas en l'espèce (*cf. infra*), on peut raisonnablement considérer que le chiffre d'affaires qu'il admettra de la part des candidats/soumissionnaires devra en tout état de cause être proportionné à la nature, la complexité, la valeur et l'importance du marché.

36. Pour finir, la fixation d'un niveau d'exigence est imposée pour toutes les procédures de passation, ouvertes ou restreintes.

L'obligation est d'ailleurs d'autant plus pertinente pour les procédures restreintes (ou négociées avec publicité) qui ont lieu en deux phases dès lors que ces dernières conduisent le pouvoir adjudicateur à devoir sélectionner (et donc éliminer) des candidats. *A fortiori* dans ce type de procédure, il est fondamental que les candidats aient une connaissance précise des critères sur base desquels ils vont être évalués et des niveaux d'exigences requis. C'est précisément pour cette raison que le Roi a pris soin de préciser dans l'article 63, § 1^{er}, 2^o, que la mention de seuils minimums était aussi obligatoire pour les procédures ouvertes. Il s'agit en réalité d'attirer l'attention des pouvoirs adjudicateurs de la nécessité de respecter cette obligation tant pour les procédures ouvertes que pour les procédures restreintes.

Cette interprétation est confirmée par la circulaire interprétative précitée adoptée par le SPW le 1^{er} octobre 2014 :

«Enfin, l'article 58, en ce qu'il prévoit qu'en procédure ouverte, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire, a suscité beaucoup de questions.

Certains déduisaient de cette phrase que la fixation d'un niveau d'exigence n'était obligatoire qu'en procédure ouverte. Le rapport au Roi de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques fournit des explications assez claires en la matière.

Il explique que, quelle que soit la procédure, ouverte ou restreinte, la fixation d'un niveau d'exigence est obligatoire».

37. Enfin, il y a lieu de rappeler que cette exigence, qui découle du principe de transparence, s'applique tant en secteurs classiques qu'en secteurs spéciaux. En effet, l'article 63 précité de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 est à cet égard formulé exactement de la même manière de l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, applicable en secteurs classiques.

- (b) En l'espèce
(i) Les critères de sélection en général

38. En l'espèce, la STIB n'a pas assorti les critères de sélection d'un niveau minimum d'exigence. L'avis de marché prévoyait, comme critères de sélection qualitative, les critères suivants (...):

[cf. point 1 de l'exposé des faits]

39. Sans entrer dans l'analyse de chacun de ces critères de sélection, il ressort très clairement de l'avis de marché reproduit ci-dessus que la partie adverse n'a pas précisé, pour chacun des critères de sélection fixés, le seuil minimum d'exigence à atteindre, ce qui constitue incontestablement une violation des principes visés au moyen (cf. *supra* point (a)).

40. Conformément à ce qui est développé *supra* (cf. *supra*, n° 34) le pouvoir adjudicateur aurait notamment dû indiquer et préciser:

- En ce qui concerne le chiffre d'affaires: le montant minimum du chiffre d'affaires à atteindre, l'exigence d'un chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise candidate pendant les 3 derniers exercices n'étant pas suffisante car aucun seuil minimal d'exigence n'est précisé par le pouvoir adjudicateur;
- En ce qui concerne les références de livraisons similaires: le nombre de livraisons, la quantité minimale à livrer, le domaine précis dans lequel les livraisons doivent avoir été effectuées, et la valeur minimale que l'ensemble des livraisons effectuées doit atteindre.
- En ce qui concerne le bilan : un critère lié à un ou plusieurs éléments du bilan, la seule référence au bilan en général ne suffisant pas.

(ii) Le critère de sélection relatif au chiffre d'affaires

41. Comme précisé ci-dessus, l'avis de marché prévoyait, comme critère de capacité économique et financière, entre autre, une déclaration sur l'honneur concernant le chiffre d'affaires du candidat.

42. En l'espèce, et comme déjà rappelé ci-dessus, le critère relatif au chiffre d'affaires n'impose aucun minimum à atteindre. La STIB ne précise en effet aucun niveau d'exigence à atteindre pour ce critère puisque conformément à l'avis de marché, les candidats devaient simplement remettre une déclaration sur l'honneur concernant i) le chiffre d'affaires total réalisé pendant les 3 derniers exercices ainsi que ii) la partie du chiffre d'affaires réalisée sur les fournitures faisant l'objet du marché, sans qu'il soit précisé si ce chiffre d'affaires doit atteindre un certain niveau d'exigence, soit un montant minimum.

En d'autres termes, même un chiffre d'affaires extrêmement bas permettrait de répondre à l'exigence imposée, ce qui i) est contraire aux principes susvisés puisque conformément à ce qui est développé *supra*, notamment au n° 30, les soumissionnaires doivent être en mesure d'apprécier, au vu des critères de sélection qualitative, si le marché les concernait ou non, et surtout ii) est particulièrement interpellant compte tenu de l'importance financière du marché litigieux. Le critère tel que formulé n'est donc manifestement pas proportionné ni d'ailleurs lié à l'objet du marché. Il méconnaît également le principe de transparence.

En effet, le montant estimé du marché (d'ailleurs *a priori* sous-estimé, cf. *infra* point 4.4 Quatrième moyen) est évalué, dans l'avis de marché, entre 15.000.000,00 € et 20.000.000,00 €. Autrement dit, la partie adverse a évalué le montant du marché, sur une durée de quatre ans, à 15-20 M €, soit 3.75 M -5 M € sur un an. Compte tenu de l'ampleur importante du marché litigieux, à savoir un marché estimé à 15-20 M € sur 4 ans, il apparaît d'autant plus déraisonnable de ne pas avoir prévu de seuil minimum d'exigence en matière de capacité économique et financière.

43. Outre le fait que ceci est contraire au principe de transparence et à l'article 63, §1^{er}, 2° de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, ceci porte bien évidemment atteinte à la concurrence et au principe d'égalité puisque seraient mises sur un pied d'égalité des sociétés avec un chiffre d'affaires extrêmement bas, qui pourraient ainsi être sélectionnées (juste parce qu'elles ont un certain chiffre d'affaires, si bas soit-il) et des sociétés avec un chiffre d'affaires beaucoup plus élevé.

44. Le critère d'une déclaration sur l'honneur concernant le chiffre d'affaires tel qu'il est libellé par la partie adverse dans l'avis de marché mettrait donc la requérante en concurrence avec des sociétés qui n'auraient manifestement pas la capacité financière à réaliser le marché.

En effet, le niveau minimum d'exigence que le pouvoir adjudicateur est censé fixer pour chacun des critères qu'il prévoit doit être proportionné à l'objet et à l'importance du marché, l'objectif d'une telle exigence étant de s'assurer que l'adjudicataire du marché soit en mesure, financièrement ici, d'exécuter le marché envisagé. Or, en l'absence de précision quant au montant du chiffre d'affaires minimum à avoir, comment la partie adverse peut-elle s'en assurer ?

En l'espèce, l'entreprise RUBBERGREEN, dont l'offre a été considérée, par la partie adverse, comme économiquement la plus avantageuse, est une petite PME dont il ne peut être prouvé avec certitude que son chiffre d'affaires soit suffisant afin d'assurer la correcte exécution du marché litigieux. En effet, les données reprises sur le site de la Banque Nationale de Belgique renseignent sur sa marge bénéficiaire et donc, indirectement, permettent d'avoir une idée de son chiffre d'affaires. Sa marge bénéficiaire se situe entre 300 à 600 k €, ce qui permet raisonnablement de penser que cette société dispose d'un chiffre d'affaires global de 1 à 2 M € grand maximum et donc certainement un chiffre d'affaires spécifique, dans le secteur d'activité ferroviaire, de moins d' 1 M €. Sur base de ces éléments, il semble ainsi difficilement imaginable qu'une société d'une si petite taille soit en mesure de réaliser un marché d'une telle sensibilité et importance financière.

Le tableau suivant renseigne sur ces données, et confirme en réalité qu'au moment de la sélection des candidats par la partie adverse, l'entreprise RUBBERGREEN ne pouvait pas avoir les (meilleurs) chiffres de 2015-2016, son chiffre d'affaires étant largement inférieur à 1 M €:

k€	2016	2015	2014	2013	2012	2011	2010	2009	
Marge brute d'exploitation	779	646	439	413	309	251	165	-15	
Chiffre d'affaire min	1.294	1.061	678	653	448	403	245	-	CA = Marge + 1xsalaire (~prix matière première)
max	1.558	1.292	878	826	618	502	330	-	CA = Marge x2
à minorer de la part dans le ferroviaire (pas recyclage, plaines de jeux, ...) avec des contraintes technique, qualité, ... beaucoup moins fortes									

45. Pour confirmer nos propos, il est intéressant de rappeler que le Conseil d'Etat a jugé, en ce qui concerne le critère relatif au chiffre d'affaires plus précisément, qu'il n'était pas satisfait à cette exigence de prévoir un niveau minimum d'exigence lorsque le niveau de référence que le pouvoir adjudicateur allait prendre en considération pour évaluer la capacité économique et financière du soumissionnaire n'était pas fixé de manière suffisamment précise :

«Considérant qu'en l'espèce, l'avis de marché impose, en son point 14, aux soumissionnaires de déposer, "sous peine d'exclusion", "d) les bilans et les comptes de résultats pour les trois derniers exercices comptables"; que le cahier spécial des charges reproduit, d'une part, cette même exigence pour le contenu du dossier de candidature (art. 1.2.3., a), 4/) et définit, d'autre part, quatre

conditions minimales de participation "vérifiées sur la base des documents cités à l'article 1.2.3." et étant, notamment, "1/ une stature suffisante (chiffre d'affaires,...) eu égard à l'importance du marché, ce dernier étant estimé à une valeur de 50.000.000 BEF; 2/ une évolution financière et commerciale positive (situation comptable sur 3 ans);" (art. 1.2.4.); que la première de ces deux conditions, outre le fait qu'elle ne figure pas dans l'avis de marché, ne fixe pas de manière suffisamment précise le niveau de référence que le pouvoir adjudicateur prend en compte pour l'évaluation de la capacité financière et économique; qu'en effet, l'indication selon laquelle le candidat doit disposer d'une "stature suffisante" ne permet pas au soumissionnaire d'apprécier si le marché le concerne ou non, c'est-à-dire s'il possède le niveau de capacité financière attendu par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il ne peut déposer son dossier de candidature en connaissance de cause ; que la première branche du deuxième moyen est fondée».

Cet arrêt est parfaitement transposable en l'espèce, d'autant plus qu'en l'occurrence ce qui est reproché au pouvoir adjudicateur est encore plus contestable car celui-ci n'a pas seulement manqué de précision dans le libellé des critères de sélection prévus mais n'a tout simplement pas précisé de seuil minimum d'exigence pour ces critères.

46. Pour terminer, il est important de préciser qu'à l'évidence, la requérante dispose d'un intérêt à contester la régularité de ce critère de sélection qui fausserait manifestement la concurrence. Dans l'arrêt précité du 27 février 2014, le Conseil d'État a expressément reconnu l'intérêt d'un candidat à contester la régularité d'un critère de sélection même si celui-ci ne le concerne pas dès lors que son irrégularité est de nature à vicier toute la procédure d'attribution. En effet, le Conseil a, à propos d'un critère qui n'était pas assorti d'un seuil minimum, jugé que :

«Les requérantes font valoir à juste titre qu'elles ont intérêt au moyen en ce que la méconnaissance de la réglementation applicable en matière de sélection qualitative est de nature à les mettre en concurrence, dans le cadre de la comparaison des offres, avec d'autres entreprises indûment sélectionnées et de diminuer ainsi leurs chances d'obtenir le marché».

D'ailleurs, il convient de préciser que la requérante n'a eu connaissance de l'identité des autres candidats, et donc du fait que l'entreprise RUBBERGREEN, petite PME, était son concurrent, qu'au moment où la décision d'attribution du marché lui a été notifiée, soit le 6 novembre 2017 (par email).

47. Il convient donc de considérer que les critères de sélection prévus par la partie adverse méconnaissent l'article 63 de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 et les principes visés au moyen, en ce sens qu'ils ne sont pas assortis d'un seuil minimum à atteindre, et doivent être déclarés illégaux.

En ce qui concerne le critère de sélection relatif au chiffre d'affaires plus particulièrement, compte tenu de l'importance et la sensibilité du marché litigieux, il apparaît d'ailleurs encore plus déraisonnable de ne pas avoir fixé un montant minimum à satisfaire. En outre, des doutes assez légitimes subsistent quant à la question de savoir si le concurrent, RUBBERGREEN, a effectivement la capacité financière suffisante pour exécuter le marché litigieux et, en ce sens, sur la question de savoir si ce dernier a, à juste titre, été sélectionné.

48. Le moyen est donc sérieux".

B. Note d'observations

La partie adverse répond comme suit à ce moyen:

- " 8. Les critères de sélection qualitative fixés dans le cadre du Marché étaient les suivants :

[cf. point 1 de l'exposé des faits]

9. La partie adverse rappelle que, conformément à la jurisprudence de votre Conseil, ne doivent être assortis d'un niveau d'exigence minimum que les critères de sélection qualitative pour lesquels la fixation d'un tel niveau d'exigence n'est pas, par nature, « impossible ».

En l'espèce, le dernier critère de sélection exigé, relatif à la politique environnementale et sociale, impliquait la production par les différents candidats de plusieurs certificats ou labels. Par sa nature, ce critère ne se prêtait donc pas à la fixation d'un niveau minimum d'exigence. En effet, soit le candidat disposait des certificats/labels exigés et il était sélectionné, soit il n'en disposait pas et il n'était pas sélectionné.

10. Pour ce qui concerne les autres critères de sélection qualitative fixés dans le cadre du Marché, la fixation d'un niveau d'exigence minimum n'était pas « impossible » et la partie adverse ne conteste pas que de tels niveaux n'ont pas été fixés pour ce qui les concerne.

Le premier moyen n'en est pas pour autant recevable et sérieux.

II.1.3.1. Quant au fait que les critères de sélection n'ont pas été assortis d'un niveau d'exigence minimum

A) Rappel des principes applicables à la recevabilité d'un moyen en contentieux des marchés publics

11. La partie adverse rappelle qu'un requérant n'est admis à se plaindre d'une illégalité qu'à condition que celle-ci lui fasse « grief », c'est-à-dire à condition qu'elle affecte négativement sa situation personnelle et, corrélativement, à condition que le rétablissement de la légalité lui procure un « avantage ».

En droit des marchés publics, cette exigence culmine dans l'obligation faite au requérant de prouver que le moyen, jugé sérieux, lui redonnerait une chance d'obtenir le marché et de l'exécuter lui-même.

B) Un requérant n'a pas intérêt à critiquer l'absence de fixation d'un niveau d'exigence minimum au seul prétexte que, si un tel niveau avait été prévu, il aurait peut-être pu entraîner la non-sélection de l'adjudicataire

12. Dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt 239.392 rendu par votre Conseil le 12 octobre 2017, le pouvoir adjudicateur avait passé un marché portant sur le nettoyage de l'un de ses bâtiments.

En termes de sélection qualitative, les documents du marché fixaient, entre autres, les exigences suivantes :

« En vue de la sélection, les soumissionnaires doivent joindre :

(...)

- Une déclaration datée et signée mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour l'exécution des services (voir annexe 3) ;

(...) ».

Le requérant – et l'ensemble des soumissionnaires d'ailleurs – avaient été sélectionnés, en ce compris donc au regard du critère précédemment reproduit.

Dans le moyen unique de sa requête en suspension, le requérant – comme la requérante dans le présent recours – faisait grief au pouvoir adjudicateur de ne pas avoir assorti le critère de sélection précité d'un niveau minimum d'exigence.

Dans sa note d'observations, le pouvoir adjudicateur soulevait une exception d'irrecevabilité du moyen unique :

«(Dans son moyen unique, la requérante) critique exclusivement une disposition du cahier spécial des charges qui a été appliquée à tous de la même manière et n'a pas entraîné la non-sélection d'une seule entreprise.

Partant, la partie requérante n'a aucun intérêt au moyen et n'a pas intérêt au recours» (...).

Dans son arrêt, votre Conseil a accueilli l'exception d'irrecevabilité, dans les termes suivants :

«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, auquel se réfère l'article 15 de la même loi, relatif à la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices, est libellé comme suit :

"A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent : 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions; 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné; 3° les documents du marché ou de la concession".

Les termes en lesquels cette disposition est libellée et la préoccupation d'effectivité du recours juridictionnel qu'elle a vocation à servir dans le contentieux de l'attribution des marchés publics commandent certainement à l'instance de recours de ne pas faire preuve d'une rigueur excessive dans l'appréciation de la recevabilité du recours. Toutefois, et sauf à priver de sens et d'utilité les conditions de recevabilité définies par cette disposition, il incombe à la personne concernée d'établir avec une vraisemblance élémentaire qu'il est satisfait à ces conditions, particulièrement lorsque le respect de celles-ci peut, dans le contexte spécifique du marché litigieux, faire débat. Cette exigence contraint notamment cette personne à démontrer concrètement la lésion que lui a causée ou risqué de lui causer la violation alléguée.

En l'espèce, il n'est pas contesté que la requérante a eu un intérêt à obtenir le marché litigieux.

Il s'impose également, pour apprécier la recevabilité de la présente demande, d'examiner s'il est satisfait à la condition relative à la lésion causée, ou risquant d'avoir été causée, par la violation alléguée dans le cadre de ce recours.

S'agissant de la violation alléguée au titre du moyen unique, elle appelle l'appréciation suivante : dès lors que la partie adverse n'a pas refusé de sélectionner la requérante, celle-ci n'a pas été lésée par l'absence de définition d'un seuil minimum pour l'un des critères relatifs à la capacité technique des soumissionnaires. Par ailleurs, s'il ne peut pas être exclu que, face à des conditions de sélection différentes, la requérante aurait pu bénéficier d'une plus grande chance d'obtenir le marché, il n'en demeure pas moins tout aussi possible que la fixation d'un seuil minimum relatif à l'outillage, au matériel et à l'équipement technique eût pu avoir pour effet de lui rendre le marché inaccessible, de sorte que l'argument exposé en termes de plaidoiries par la requérante apparaît, à son examen, relever d'une supputation qui ne satisfait pas à l'exigence de démonstration concrète d'une lésion que lui a causée ou risqué de lui causer la violation alléguée.

Dès lors que la requérante n'établit pas à suffisance la lésion que, selon elle, lui aurait causée ou aurait risqué de lui causer la prétendue violation invoquée par le moyen, lésion à la vérification de laquelle est subordonnée – en vertu des articles

14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée – la recevabilité de la demande de suspension de l'acte attaqué, cette demande doit être déclarée irrecevable» (...).

13. L'arrêt CEMRE nuance ainsi sensiblement les enseignements de l'arrêt 226.574 de votre Conseil, cité par la requérante, dans lequel celui-ci semble avoir considéré qu'un requérant – même sélectionné – aurait toujours intérêt à un moyen qui critique le fait qu'un critère de sélection n'ait pas été assorti d'un niveau d'exigence minimum, en ce que «la méconnaissance de la réglementation applicable en matière de sélection qualitative est de nature à (le) mettre en concurrence, dans le cadre de la comparaison des offres, avec d'autres entreprises indûment sélectionnées et de diminuer ainsi (ses) chances d'obtenir le marché».

Sur ce point en effet, l'arrêt CEMRE considère que «s'il ne peut pas être exclu que, face à des conditions de sélection différentes, la requérante aurait pu bénéficier d'une plus grande chance d'obtenir le marché, il n'en demeure pas moins tout aussi possible que la fixation d'un seuil minimum (...) eût pu avoir pour effet de lui rendre le marché inaccessible, de sorte que l'argument exposé en termes de plaidoiries par la requérante apparaît, à son examen, relever d'une supputation qui ne satisfait pas à l'exigence de démonstration concrète d'une lésion que lui a causée ou risqué de lui causer la violation alléguée » (...).

Ce faisant, l'arrêt CEMRE juge que l'intérêt au moyen tiré de l'absence de fixation d'un niveau d'exigence minimum pour un ou plusieurs critères de sélection, ne peut plus être justifié par un requérant par le simple fait que, si un tel niveau avait été fixé, certains de ses concurrents auraient peut-être été écartés au stade de la sélection qualitative, lui laissant ainsi plus de chance de se voir attribuer le marché. L'arrêt CEMRE observe en effet, à juste titre, que la fixation d'un tel niveau d'exigence à la faveur d'une réfection de l'acte, pourrait très bien se retourner contre le requérant lui-même et entraîner sa non-sélection. De ce point de vue – et conformément aux principes qui régissent l'intérêt au moyen (cf. *supra* n° 11.) – l'arrêt CEMRE considère qu'un requérant n'a pas intérêt à critiquer l'absence de fixation d'un niveau d'exigence minimum en lien avec un critère de sélection qualitative au regard duquel il a été sélectionné.

14. En l'espèce, dans l'hypothèse où votre Conseil viendrait à suspendre l'acte attaqué sur la base du premier moyen, la partie adverse devrait recommencer la procédure en publiant un nouvel avis de marché, lequel prévoirait, en termes de sélection qualitative, des critères de sélection qui, cette fois, seraient assortis d'un niveau minimum d'exigence.

En supposant que la partie adverse, à cette occasion, conserve les mêmes critères que ceux qu'elle a choisis à ce stade, rien ne permet de considérer que les niveaux d'exigence minimum désormais fixés n'auront pas «pour effet de (...) rendre le marché inaccessible» à la requérante.

La requérante soutient bien que son chiffre d'affaires serait plus élevé que celui de l'adjudicataire du Marché, en sorte que la fixation d'un niveau d'exigence minimum à cet égard aurait certaines chances de lui profiter en entraînant la non-sélection de l'adjudicataire. Toutefois, il convient de constater que :

- Même si cette différence de chiffre d'affaires s'avère, rien ne permet de considérer que le chiffre d'affaires minimum qui sera exigé dans l'acte refait ne sera pas supérieur, non seulement à celui dont l'adjudicataire peut justifier, mais également à celui dont la requérante elle-même peut justifier. Dans cette hypothèse, ce niveau d'exigence entraînera non seulement l'exclusion de l'adjudicataire, mais également celui de la requérante;

- Plus substantiellement, la partie adverse observe que le chiffre d'affaires n'était qu'un des critères de sélection du Marché. En effet, outre le chiffre d'affaire, l'avis de marché prévoyait les critères de sélection suivants pour lesquels un niveau d'exigence minimum n'a pas non plus été fixé :

- o Le bilan et le compte des résultats;

- o Une liste des principales livraisons similaires;

- o Une description sommaire du système de contrôle qualité du candidat.

A l'égard de ces trois critères, la requérante ne démontre pas – et ne soutient d'ailleurs même pas – qu'elle était « meilleure » que l'adjudicataire et que la

fixation d'un niveau d'exigence minimum pour ce qui les concerne aurait donc toutes les chances de lui profiter en entraînant l'exclusion de l'adjudicataire. Outre les arguments précités – formulés dans l'hypothèse où la partie adverse referait son acte en conservant les critères de sélection retenus à ce stade – l'on relèvera qu'il n'est pas impossible que la partie adverse, à l'occasion de la réfection de l'acte, abandonne certains de ces critères (dont, le cas échéant, celui lié au chiffre d'affaires) ou qu'elle en ajoute d'autres. Elle en aurait tout à fait le droit. Or, si le critère chiffre d'affaires venait à être ôté et/ou si d'autres critères venaient à être prévus en étant assortis d'un niveau d'exigence minimum, ceci pourrait également entraîner la non-sélection de la requérante.

C) Un moyen tiré de l'absence de fixation, à un critère de sélection, d'un niveau d'exigence minimum, n'est recevable que dans l'hypothèse où le requérant n'a pas été sélectionné sur la base de ce critère

15. Si un requérant n'a pas intérêt à critiquer l'absence de fixation d'un niveau d'exigence minimum au seul motif que, si un tel niveau avait été fixé, (certains de) ses concurrents n'auraient, peut-être, pas été sélectionnés, il convient encore de constater que la seule hypothèse dans laquelle un requérant peut valablement justifier d'un intérêt à critiquer l'absence de fixation, pour un critère de sélection, d'un niveau minimum d'exigence, est celle dans laquelle il n'a pas été sélectionné au regard du critère en question.

Cet enseignement résulte clairement de l'arrêt CEMRE dans lequel, pour rappel, votre Conseil juge que, «dès lors que la partie adverse n'a pas refusé de sélectionner la requérante, celle-ci n'a pas été lésée par l'absence de définition d'un seuil minimum pour l'un des critères relatifs à la capacité technique des soumissionnaires» (la partie adverse souligne). *A contrario* donc, un requérant ne peut être «lésé» par l'absence de fixation d'un niveau d'exigence – c'est-à-dire subir un «grief» et, donc, disposer d'un intérêt au moyen (cf. *supra* n° 11.) – que lorsque la partie adverse a refusé de le sélectionner sur la base du critère où ce niveau minimum fait défaut.

16. Cette lecture est la seule qui soit conforme aux prescriptions applicables en termes d'intérêt au moyen.

Il convient tout d'abord de rappeler qu'un critère de sélection qualitative qui, par sa nature, permet la fixation d'un niveau minimum d'exigence, perd son potentiel de sélection dès lors qu'il ne prévoit pas un tel niveau d'exigence. En pareil cas, il ne peut en effet entraîner la non-sélection de personne.

Ensuite, comme le rappelle d'ailleurs la requérante, l'obligation faite au pouvoir adjudicateur d'assortir un critère de sélection qualitative d'un niveau d'exigence minimum, découle des principes de transparence et d'égalité entre les soumissionnaires.

Or, ces principes ne peuvent être violés que dans l'hypothèse où le pouvoir adjudicateur, ayant fixé un critère de sélection qualitative sans niveau d'exigence minimum, déciderait de ne pas sélectionner le requérant au regard de ce critère, c'est-à-dire dans le cas où le pouvoir adjudicateur, après avoir laissé croire au requérant que le critère qu'il a prévu ne contenait pas de niveau d'exigence minimum – et que tout candidat/soumissionnaire pouvait dès lors le remplir et être sélectionné –, avoue qu'il en comportait en réalité bien un qui n'a toutefois pas été porté à la connaissance préalable du requérant et des autres candidats/soumissionnaires. Ce n'est que dans cette hypothèse précise que la violation des principes de transparence et d'égalité est consommée.

Ce n'est encore que dans cette hypothèse précise que le soumissionnaire pourrait invoquer un « grief » lié au fait :

- qu'il n'a pas été mis en mesure «d'apprécier si le marché le concernait ou non».

En effet, dès lors qu'un critère de sélection qualitative ne comprend pas de niveau d'exigence minimum, le marché concerne «tout le monde» du point de vue de ce critère, puisqu'il ne peut entraîner la non-sélection de personne. Ce n'est qu'au cas où le requérant ne serait pas sélectionné sur la base de ce critère –

ce qui révélerait qu'un niveau d'exigence minimum avait en fait bien été prévu sans toutefois avoir été communiqué et que le marché ne concernait donc en fait pas «tout le monde» –, que le requérant pourrait valablement soutenir qu'il a subi un grief.

- qu'une rupture d'égalité a été commise entre lui et les autres candidats/soumissionnaires.

Dès lors qu'un critère de sélection n'est assorti d'aucun niveau d'exigence minimum et permet donc la sélection de «tout le monde», le fait que le pouvoir adjudicateur sélectionne effectivement «tout le monde» – et donc également le requérant – sur la base de ce critère, est précisément la seule attitude conforme aux principes d'égalité et de transparence que le pouvoir adjudicateur puisse adopter. C'est en refusant de sélectionner un candidat/soumissionnaire sur la base du critère litigieux que le pouvoir adjudicateur méconnaîtrait ces principes. Or, en l'espèce, tous les candidats/soumissionnaires ont été sélectionnés. Aucun d'entre eux – en ce compris la requérante – ne subit donc de « grief » du fait de l'absence de fixation de niveaux d'exigence minimum.

Il convient encore de constater que, dans la mesure où un critère de sélection qualitative qui ne comprend pas de niveau minimum d'exigence ne peut entraîner la non-sélection de personne, tout se passe comme si, dans les faits, ce critère n'existait en réalité pas. Tout se passe comme s'il n'avait, non pas seulement été prévu sans être assorti d'un niveau d'exigence minimum, mais comme s'il n'avait tout simplement pas été prévu du tout.

Admettre qu'un requérant sélectionné sur la base de ce critère de sélection puisse obtenir la suspension/l'annulation de la décision d'attribution au seul motif que ce critère ne comprenait pas de niveau d'exigence minimum, reviendrait donc à autoriser un requérant à critiquer le fait qu'un pouvoir adjudicateur n'ait pas prévu tel ou tel critère de sélection dans un marché.

Or, il est constamment admis que, dans le choix des critères de sélection, le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation. Par ailleurs, ni la réglementation, ni la jurisprudence de votre Conseil ne sont fixées en ce sens que, dans certaines circonstances, le pouvoir adjudicateur se trouverait dans l'obligation de fixer un critère lié au chiffre d'affaires (ou à tout autre élément repris aux articles 68 à 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011). Corrélativement, n'est pas recevable – ou à tout le moins pas sérieux – le moyen qui reprocherait à un pouvoir adjudicateur de s'être abstenu de fixer, dans un marché précis, un critère lié au chiffre d'affaires (ou à tout autre élément repris aux articles 68 à 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011).

17. Il résulte des éléments qui précèdent qu'un requérant sélectionné sur la base d'un critère d'attribution est sans intérêt à critiquer l'absence de fixation d'un niveau d'exigence minimum pour ce critère, sauf dans l'hypothèse où il n'aurait pas été sélectionné au regard de ce critère.

II.1.3.2. Quant au fait que le critère de sélection lié au chiffre d'affaires ne serait pas proportionné à l'objet du Marché

18. Dans la mesure où le critère de sélection relatif au chiffre d'affaires, en ce qu'il ne fixe aucun niveau d'exigence minimum, permet la sélection de tout candidat, quel que soit le montant de son chiffre d'affaires, la requérante considère que ce critère ne serait pas proportionné à l'objet du Marché.

Elle considère également que ceci méconnaîtrait les principes de concurrence et d'égalité en mettant sur un pied d'égalité des sociétés avec un chiffre d'affaires extrêmement bas et des sociétés avec un chiffre d'affaires élevé comme le sien. La requérante considère qu'elle serait ainsi mise en concurrence avec des sociétés qui n'auraient pas la capacité financière de réaliser le Marché, ce qui ne serait pas permis.

Le raisonnement de la requérante ne peut prospérer.

19. En effet, la partie adverse observe que l'obligation de fixer des critères «proportionnés» à l'objet du Marché vise à protéger la concurrence en empêchant

les pouvoirs adjudicateurs, par le mécanisme de la sélection qualitative, de réserver le marché à quelques opérateurs économiques seulement et, plus particulièrement, aux «grosses entreprises». Ainsi, l'obligation de fixer des critères de sélection qualitative et des niveaux d'exigence minimum «proportionnés» n'empêche que la fixation d'exigences «trop élevées». Les exigences «basses», quant à elles, ne font pas l'objet d'une telle restriction, dans la mesure où elles ont précisément pour conséquence d'ouvrir le marché à la concurrence – ce qui est la préoccupation ultime de la réglementation relative aux marchés publics.

Si la requérante soutient que la « proportionnalité » s'appliquerait tant à l'égard des niveaux d'exigence «particulièrement élevés» qu'à l'égard des niveaux d'exigence «bas», elle reste bien en peine de justifier son affirmation autrement que par un raisonnement *a contrario* qui ne convainc guère :

«Ainsi, un pouvoir adjudicateur ne peut donc pas retenir un niveau d'exigence particulièrement élevé sans rapport avec la nature et la valeur du marché. Le Conseil d'Etat a en effet déjà jugé que le pouvoir adjudicateur ne peut fixer un niveau d'exigence particulièrement élevé si l'exécution du marché n'est pas spécialement difficile ou n'implique pas d'aptitudes particulières. *A contrario*, on peut raisonnablement considérer qu'à l'inverse, le pouvoir adjudicateur ne peut pas fixer un niveau d'exigence particulièrement bas si l'exécution du marché est particulièrement complexe et implique des aptitudes particulières».

L'on relèvera en outre que si le raisonnement de la partie adverse devait avoir une quelconque pertinence, il rendrait la jurisprudence CEMRE inopérante. Car en effet, l'argument selon lequel un critère de sélection qui ne fixe pas de niveau d'exigence minimum ne serait pas proportionné à l'objet du Marché, peut être formulé à l'égard de tout critère de sélection qui ne prévoit pas de niveau d'exigence minimal.

II.1.4. Conclusion

20. Le premier moyen est irrecevable ou, à tout le moins, n'est pas sérieux".

V.2. Appréciation du Conseil d'Etat

A. Quant à la recevabilité du moyen

La partie adverse oppose au moyen une exception d'irrecevabilité prise du défaut d'intérêt à ce moyen. Cette exception repose, en substance, sur deux arguments: d'une part, "[u]n requérant n'a pas intérêt à critiquer l'absence de fixation d'un niveau d'exigence minimum au seul prétexte que, si un tel niveau avait été prévu, il aurait peut-être pu entraîner la non-sélection de l'adjudicataire"; d'autre part, "[u]n moyen tiré de l'absence de fixation, à un critère de sélection, d'un niveau d'exigence minimum, n'est recevable que dans l'hypothèse où le requérant n'a pas été sélectionné sur la base de ce critère". A l'appui de son argumentation, la partie adverse invoque un arrêt n° 239.392, prononcé par le Conseil d'Etat le 12 octobre 2017, en cause de la s.p.r.l. CEMRE contre la Région wallonne, arrêt de l'enseignement duquel elle estime pouvoir tirer profit.

Il convient, avant tout, d'avoir égard aux articles 14 et 15 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, lesquels sont libellés comme suit:

- " Art. 14. A la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :
- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
 - 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
 - 3° les documents du marché ou de la concession.

Art. 15. Dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14, l'instance de recours peut, en présence d'un moyen sérieux ou d'une apparente illégalité, sans que la preuve de l'urgence doive être apportée, le cas échéant sous peine d'astreinte, suspendre l'exécution des décisions visées à l'article 14 et, en ce qui concerne le Conseil d'Etat, aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

- 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
- 2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision.

Selon l'instance de recours compétente conformément à l'article 24, la demande de suspension et la demande de mesures provisoires sont introduites devant le Conseil d'Etat, exclusivement selon la procédure d'extrême urgence et devant le juge judiciaire, exclusivement selon la procédure de référé.

L'instance de recours peut, d'office ou à la demande de l'une des parties, tenir compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.

La décision de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires ne porte pas préjudice aux autres prétentions de la personne sollicitant ces mesures.

La demande de mesures provisoires peut être introduite avec la demande de suspension visée à l'alinéa 1^{er} ou, lorsque la suspension de l'exécution de la décision est ordonnée, avec la demande d'annulation visée à l'article 14 ou séparément".

En faisant grand cas de l'arrêt n° 239.392, la partie adverse semble perdre de vue que les circonstances dans lesquelles celui-ci a été prononcé diffèrent sensiblement de celles en lesquelles se présente la cause actuellement soumise au Conseil d'Etat. *Primo*, cet arrêt se prononce sur la recevabilité non du moyen, mais bien du recours, au regard des deux conditions de recevabilité qu'impose l'article 14 précité, à savoir, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées à l'occasion du recours aient lésé, ou risqué de léser, le requérant. *Secundo*, dans cet arrêt, le Conseil d'Etat a déclaré le recours irrecevable au motif qu'il ne satisfaisait pas à la deuxième des conditions précitées, aucune des violations alléguées au titre du moyen unique n'apparaissant avoir lésé, ou risqué de léser, la requérante; or, en l'espèce

actuellement examinée, la partie adverse ne soutient pas – et rien, au terme des débats tenus en extrême urgence, ne permet de considérer – qu'aucune des violations alléguées au titre de l'ensemble des cinq moyens soulevés n'aurait lésé, ou risqué de léser, la requérante. *Tertio*, dans ce même arrêt, le Conseil d'Etat a conclu que l'argument plaidé par la requérante apparaissait, à son examen, relever d'une supputation ne satisfaisant pas à l'exigence de démonstration d'une lésion, au sens de l'article 14 précité, alors qu'en la présente cause, la requérante fait état d'éléments précis dont il ne peut être conclu, sans les avoir examinés, qu'ils révéleraient la même indigence.

Il suit de ces considérations que – contrairement à ce que laisse entendre la partie adverse – l'enseignement de l'arrêt n°239.392 du 12 octobre 2017 n'est pas transposable, en tant que tel, en la présente cause. Pour les mêmes raisons, cet arrêt ne peut – également au contraire de ce que suggère la partie adverse – être lu comme remettant nécessairement en cause l'enseignement d'un arrêt n°226.574 du 27 février 2014, lequel statue sur la recevabilité du moyen, et non du recours.

Par ailleurs, à supposer que – comme semble le suggérer la partie adverse, sans toutefois le soutenir expressément – l'appréciation de la lésion ou du risque de lésion dont il est question à l'article 14 précité puisse présenter certaines similitudes avec celle de l'intérêt au moyen, en ce que cet intérêt peut notamment résulter d'une lésion causée par l'illégalité dénoncée, il ne s'ensuit pas nécessairement que l'exigence d'intérêt au moyen, qui ne serait pas rencontrée au travers d'une lésion ou d'un risque de lésion, ne pourrait l'être sur la base d'autres éléments d'appréciation. En d'autres termes, rien n'impose au Conseil d'Etat de s'en tenir, pour l'appréciation de l'intérêt au moyen, à la seule vérification de l'existence d'une lésion ou d'un risque de lésion et, le cas échéant, au seul constat d'un défaut de lésion ou de risque de lésion.

En l'espèce, il s'impose de relever que le requérant fait valoir par des éléments concrets – et sans que cela suscite la moindre contestation de la partie adverse – que le chiffre d'affaires de son seul concurrent, l'attributaire du marché litigieux, était tel, au cours des dernières années, que cette entreprise n'avait pas – à raison de ce chiffre d'affaires – la capacité financière suffisante pour assurer l'exécution de ce marché. De telles précisions – qui ne relèvent pas d'une simple supputation, quoique la partie adverse tente de convaincre de son contraire sur la base de considérations, elles-mêmes très hypothétiques et non étayées concrètement, émises au point 14 de sa note d'observations – permettent à la requérante de faire apparaître avec vraisemblance qu'en cas de révision des conditions de sélection qualitative consécutivement à un arrêt qui, retenant comme sérieux le premier moyen, ordonnerait la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, elle obtiendrait une nouvelle chance de participer utilement à la procédure d'attribution du marché et, le

cas échéant, de se voir attribuer celui-ci. Cette chance suffit – au terme de débats tenus en extrême urgence, et sans préjudice de ce qu'une procédure au fond pourrait amener à décider – à admettre l'intérêt de la requérante à son moyen.

Dès lors que cette chance suffit à admettre l'intérêt au moyen, il n'y a pas lieu d'avoir égard à la circonstance, sur laquelle la partie adverse prend appui aux points 15 à 17 de sa note d'observations, que la requérante n'aurait pas été lésée parce qu'elle a été sélectionnée, cette circonstance ne suffisant pas à dénier son intérêt au moyen.

Enfin, et sans qu'il soit nécessaire de déterminer si l'argumentation développée aux points 18 et 19 de la note d'observations, sous le titre "II.1.3.2. Quant au fait que le critère de sélection lié au chiffre d'affaires ne serait pas proportionné à l'objet du Marché", tend à démontrer l'irrecevabilité ou le défaut de caractère sérieux du moyen, il suffit de relever, à la lecture de la requête, que, contrairement à ce que suggère la partie adverse dans ce passage de sa note d'observations, la requérante ne soutient pas qu'un critère dépourvu de niveau d'exigence minimum ne serait pas proportionné à l'objet du marché. Les développements de la requête (particulièrement en son point 35, dont la partie adverse cite un extrait) consacrés à l'objectif poursuivi au travers de la fixation de niveaux d'exigence ne peuvent avoir la portée que leur prête ainsi la partie adverse.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen doit être déclaré recevable.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

Les critères retenus par la partie adverse en vue de la sélection qualitative étaient les suivants:

- " III.2.2) Capacité économique et financière
Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies :
 - Les documents suivants doivent obligatoirement accompagner le dossier de candidature:
 - 1° Une déclaration sur l'honneur concernant le chiffre d'affaires total réalisé par l'entreprise-candidate pendant les 3 derniers exercices, ainsi que la partie du chiffre réalisée sur les fournitures faisant l'objet du présent avis de marché.
 - 2° Le bilan et le compte des résultats déposés les deux dernières années (y compris toutes les annexes, les procès-verbaux mentionnant l'approbation des comptes par l'organe compétent de l'entreprise et par un organe de contrôle externe) ou le lien vers le site web sur lequel ces documents peuvent être téléchargés gratuitement.
 - Les entreprises belges doivent uniquement communiquer leur numéro de TVA ou d'entreprise, étant donné que sur base de celui-ci, la STIB peut obtenir les comptes annuels de la centrale des bilans de la Banque Nationale de Belgique.

3° Si le candidat fait partie d'un groupe, le dernier rapport annuel et financier du groupe ou le lien du site web ou ces documents peuvent être téléchargés gratuitement.

4° Un candidat peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition de l'entreprise-candidate. Ces entités devront se porter garantes de tous les engagements qui auront été pris par le candidat et doivent s'engager à accorder leur coopération entière et à mettre tous les moyens nécessaires à disposition de la STIB dans le cadre du présent marché.

III.2.3) Capacité technique

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies :

Les documents suivants doivent obligatoirement accompagner le dossier de candidature:

1° Une liste des principales livraisons similaires, effectuées par l'entreprise-candidate pendant les cinq dernières années. Pour chacune des références apportées, au minimum les informations suivantes seront renseignées :

- une description succincte de l'objet du marché, le volume, la date du début et de la fin du contrat et les coordonnées du client concerné, ainsi que le nom, le numéro de téléphone et l'adresse mail d'une personne de contact chez ce client.
- une attestation de satisfaction, établie et signée par le client et faisant mention de son nom.

2° Une description sommaire du système de contrôle qualité du candidat, le cas échéant accompagnée de normes et de certificats, ainsi que les garanties de qualité et de fourniture offertes par le candidat et une description de la manière dont il solutionne les non-conformités.

3° Un descriptif de la politique de gestion environnementale et sociale du candidat.

a) Pour la gestion environnementale : les normes ISO 14000, le règlement européen EMAS (CE) n° 761/2001 ou tout autre certification et/ou un descriptif de la politique environnementale de l'entreprise-candidate.

b) Pour les critères sociaux : le label SA 8000 ou tout autre certification d'une démarche similaire, voire une déclaration sur l'honneur que le candidat respecte toutes les conventions qui ont servi de base pour le label SA 8000.

4° Une déclaration formelle que le candidat accepte, sans formalités spéciales, la visite d'une délégation de la STIB dans ses installations afin de juger de ses capacités techniques et logistiques.

Le dossier de candidature devra être structuré suivant l'ordre repris ci-dessus. Pour des raisons opérationnelles, la STIB se réserve le droit de ne pas prendre en considération des candidatures ne respectant pas cette demande.

Le dossier en papier ne peut pas contenir des éléments en plastique ou en métal, outre la farde éventuelle, et doit être limité à l'information demandée. En plus de la version papier, le soumissionnaire est invité à envoyer une candidature électronique (geyskensp@stib.irisnet.be – stick USB – CD Rom)".

L'article 63, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux était, tel qu'applicable au présent marché, libellé comme suit:

" Art. 63. § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :

- 1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 66 à 71;
- 2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur en vertu de la présente section et de la section 3. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence, de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et en procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire".

A la lecture de cette disposition, il apparaît que, quel que soit le mode de passation du marché, le pouvoir adjudicateur est tenu de préciser le niveau d'exigence pour chacun des critères dont il choisit de faire application en vue de procéder à la sélection qualitative.

A supposer – comme le suggère la partie adverse – que le pouvoir adjudicateur puisse se dispenser de l'obligation de fixation d'un niveau d'exigence lorsque cette fixation s'avère impossible, et que cette impossibilité soit bien vérifiée en l'espèce pour le critère à propos duquel elle est invoquée au point 9 de la note d'observations (à savoir le critère relatif à la politique environnementale et sociale, qui impliquait la production de plusieurs certificats ou labels), force est d'observer que le niveau d'exigence requis n'a été fixé pour aucun des autres critères de sélection, ce que ne conteste d'ailleurs pas la partie adverse.

Dans ces circonstances, le moyen, qui dénonce ce défaut de fixation des niveaux d'exigences imposés par l'article 63, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012, précité, doit être déclaré sérieux.

VI. Balance des intérêts

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

VII. Confidentialité

La requérante déclare déposer à titre confidentiel ses deux offres successives, qu'elle identifie comme étant les pièces 7 et 9 de son dossier.

La partie adverse fait de même pour les pièces 3 (a, b et c), 4 (a et b), 9 (a et b), 10, 11, 12 (a, b, c, d, e, f et g), 13 et 17 à 20.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est pas nécessaire à ce stade de la procédure, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

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

Article 1^{er}.

La décision, prise le 24 octobre 2017 par la société des Transports Intercommunaux de Bruxelles, par laquelle celle-ci attribue à l'entreprise RUBBERGREEN le marché public ayant pour objet la conclusion, pour une durée de 4 ans, d'un accord-cadre pour l'étude, la fourniture et la pose d'isolation antivibratoire aux voies de son réseau de tramway, est suspendue.

Article 2.

Les pièces n^{os} 7 et 9 annexées à la requête, ainsi que les pièces n^{os} 3 (a, b et c), 4 (a et b), 9 (a et b), 10, 11, 12 (a, b, c, d, e, f et g), 13 et 17 à 20 du dossier administratif resteront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le dix-huit décembre deux mille dix-sept par :

M. David DE ROY,
M^{me} Katty LAUVAU,

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

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.