

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

A R R Ê T

n^o 242.053 du 2 juillet 2018

A. 225.361/VI-21.255

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
ERGOCONSULT,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Pierre PICHAULT et
Pierre DUSART, avocats,
rue Louvrex 55-57
4000 Liège,

contre :

la Province de Liège,

ayant élu domicile chez
M^e Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 juin 2018, la société privée à responsabilité limitée ERGOCONSULT demande, d'une part, l'annulation et, d'autre part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 17 mai 2018 du collège provincial de la province de Liège, écartant son offre et attribuant les lots A, B et C du marché public de fournitures «Acquisition de mobilier pour une durée de 48 mois» (réf. : 541H36) à une ou plusieurs entreprise(s) tierce(s)".

II. Procédure

Par une ordonnance du 4 juin 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 juin 2018 à 10 heures.

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

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

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Pierre DUSART, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Christian AMELYNCK, premier auditeur chef de section 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. Exposé des faits utiles

La partie requérante expose comme suit les faits de la cause:

- " 1. La SPRL ERGOCONSULT, requérante, est une société qui a notamment pour objet la vente de tout matériel ou mobilier de bureau.

Elle a été constituée au mois d'avril 2016. Ses statuts ont été publiés aux annexes du Moniteur belge du 13 avril 2016.

Dans les faits, elle a poursuivi l'activité professionnelle que son gérant, Monsieur DAMANET, exerçait en personne physique et en qualité d'indépendant depuis 2014.

2. Au mois d'octobre 2017, la Province de Liège a publié un avis de marché intitulé «Acquisition de mobilier pour une durée de 48 mois – marché stock» dans le cadre d'une procédure de passation ouverte avec publicité européenne.

Ce marché de fournitures avait pour objet l'acquisition et la mise en place de mobilier dans divers établissements provinciaux. Il s'agissait notamment de mobilier destiné aux bureaux des différents services provinciaux, aux établissements scolaires ainsi qu'aux internats ou établissements de loisirs (Hébergement).

Ce marché était divisé en cinq lots :

- Lot A : bureaux, tables de réunion, caissons assortis et diverses tables ;
- Lot B : sièges de bureau et divers sièges ;
- Lot C : armoires métalliques et classeurs à tiroirs ;
- Lot D : mobilier scolaire ;
- Lot E : mobilier pour internat et hébergement.

L'offre économiquement la plus avantageuse devait être déterminée, pour chacun des lots, sur base du prix.

3. La SPRL ERGOCONSULT a déposé une offre pour les lots A, B et C.

4. Lors de sa séance du 17 mai 2018, le Collège provincial de la Province de Liège a décidé d'écarter la SPRL ERGOCONSULT de la procédure de passation et d'attribuer les lots de ce marché à un ou plusieurs autre(s) soumissionnaire(s). Par pli recommandé du même jour, la Province de Liège a communiqué à la SPRL ERGOCONSULT l'unique motif de sa non-sélection (extrait de la décision motivée) :

«Attendu que la SPRL ERGOCONSULT n'est pas sélectionnée car la firme, créée en avril 2016, n'est pas en mesure de fournir un chiffre d'affaires relatif aux trois derniers exercices (en énonçant cette exigence dans le cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur n'a donc permis qu'à des entreprises existant depuis au moins trois ans de soumissionner dès lors que seules de telles sociétés étaient susceptibles de démontrer une capacité suffisante, au regard de leur situation économique et financière pendant une telle période, en produisant les chiffres des trois derniers exercices)...».

Cette décision de non sélection et d'attribution du marché à un ou des tiers est la décision attaquée".

IV. Quant à la note d'audience de la partie requérante

La requérante a déposé une note d'audience, préalablement transmise par courrier électronique du 19 juin 2018 au Conseil d'État.

Une note d'audience n'est pas prévue par l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État. La communication d'une telle note par écrit avant l'audience doit se comprendre comme un geste de courtoisie envers l'autre partie et le Conseil d'État, et n'est pas prise en considération comme pièce de procédure mais uniquement à titre informatif. En l'espèce, ladite note d'audience ne comporte pas d'élément dont la requérante n'ait fait état à l'audience. Il ne s'en déduit toutefois pas que les arguments ainsi invoqués pour la première fois dans la note ainsi qu'à l'audience soient recevables. Cette question doit, le cas échéant, faire l'objet d'un examen.

V. Moyen unique

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation "des articles 4, 5 et 71 de la loi du 17 juin 2016, de l'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article II.10.3.1 du cahier des charges, du principe général de droit administratif «*patere legem quam ipse fecisti*», des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et au recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et services, des articles 2 et 3 de la loi sur la motivation formelle des actes administratifs individuels du 29 juillet 1991".

Après avoir reproduit l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, l'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que l'article II.10.3.1. du cahier des charges, la requérante fait valoir qu'elle a déclaré dans son offre un chiffre d'affaires de 810.000 euros H.T.V.A. réalisé entre avril 2016 et juin 2017 et qu'elle était dans l'impossibilité de déclarer un chiffre d'affaires plus ancien, ayant été constituée en avril 2016.

Elle relève que, pour justifier sa non-sélection, la partie adverse a donné de la disposition concernée du cahier des charges une interprétation selon laquelle seules les entreprises existant depuis au moins trois ans auraient été autorisées à soumissionner.

Selon la requérante, cette interprétation est erronée et viole les normes visées au moyen.

Elle souligne qu'il résulte notamment de l'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et de l'article II.10.3.1 du cahier des charges que, si le pouvoir adjudicateur est autorisé à exiger une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise portant au maximum sur les trois derniers exercices, il ne peut le faire que pour autant que ces exercices soient "disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début de ses activités", de sorte que, face à un soumissionnaire qui existerait depuis moins de trois ans, le pouvoir adjudicateur ne peut pas exiger une déclaration portant sur trois exercices complets, lesquels ne sont pas tous disponibles, mais doit tenir compte de la date de création du soumissionnaire pour limiter ses exigences aux exercices disponibles et lui permettre de prouver sa capacité économique et financière par tout autre document, conformément à l'article 67, § 1^{er}, dernier alinéa, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Selon elle, c'est l'unique manière de comprendre et de donner un effet utile aux termes "derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique" qui figurent dans l'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

La requérante soutient que l'interprétation que la partie adverse donne de cette disposition revient à exclure automatiquement du marché toute entreprise de création récente, sans permettre à celle-ci de prouver que sa capacité économique et financière correspond aux exigences du marché considéré. Elle estime qu'une telle interprétation viole non seulement l'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et l'article II.10.3.1 du cahier des charges, mais également l'article 4 de la loi précitée du 17 juin 2016, lequel impose le respect des principes généraux en matière d'égalité, de non-discrimination et de proportionnalité, ainsi que l'article 71 de la même loi, qui

impose que les conditions de sélection économique et financière soient limitées à celles qui sont propres à garantir qu'un soumissionnaire dispose de la capacité financière nécessaire et soient liées et proportionnées à l'objet du marché. En effet, souligne la requérante, rien ne justifie l'exclusion automatique des entreprises existant depuis moins de trois ans: si l'objectif poursuivi lors de la sélection est notamment de s'assurer que les soumissionnaires disposent bien de la capacité économique et financière requises pour exécuter le marché, on ne voit pas en quoi l'exclusion automatique des entreprises de création récente constituerait un moyen adéquat et *a fortiori* proportionné d'atteindre cet objectif.

La requérante expose qu'en revanche, le fait qu'une société soumissionnaire a été récemment créée constitue "une raison justifiée ", au sens de l'article 67, § 1^{er}, *in fine* de l'arrêté royal du 18 avril 2017, pour ne pas être en mesure de produire les "éléments de référence" antérieurs à la date de création dudit soumissionnaire et pour l'autoriser à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document. Elle estime qu'il en est d'autant plus ainsi que, s'agissant en l'espèce d'un marché de fournitures à commandes partielles, sans seuil minimal ni maximal de commande, et dont les quantités figurant à l'inventaire n'ont qu'une valeur indicative, il serait en soi disproportionné, par rapport à l'objet du marché, d'exiger une existence d'au moins trois ans dans le cadre de la sélection, dès lors que les risques découlant d'une éventuelle inexécution par l'adjudicataire dans le futur apparaissent *a priori* assez limités.

Elle soutient que l'exclusion automatique des entreprises existant depuis moins de trois ans constitue également une limitation artificielle de la concurrence, prohibée par l'article 5 de la loi du 17 juin 2016, dès lors qu'elle défavorise indûment les opérateurs économiques visés.

Enfin, la requérante fait valoir que la décision attaquée viole les normes relatives à la motivation visées au moyen dès lors que l'unique motif de non sélection énoncé par la province apparaît non pertinent et inadéquat : il ne ressort nullement du libellé du cahier des charges que la condition de déclaration du chiffre d'affaires pour les trois derniers exercices disponibles "en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début de ses activités" aurait signifié que la province entendait limiter l'accès au marché aux seules entreprises existant depuis trois ans au moins.

À l'audience, en réponse à la note d'observations de la partie adverse, la requérante fait valoir qu'il résulte de la motivation de la décision attaquée que la province n'a pas examiné sa capacité économique et financière réelle eu égard au montant du chiffre d'affaires déclaré et aux justificatifs communiqués, mais qu'elle l'a écartée uniquement parce qu'elle entendait réserver le marché aux entreprises existant

depuis trois ans au moins, seules susceptibles à ses yeux de démontrer une capacité économique et financière suffisante. La requérante en conclut que la motivation formelle est à la fois insuffisante et inadéquate et qu'elle ne contient aucune explication relative à sa capacité économique et financière réelle, compte tenu du chiffre d'affaires déclaré dans le document unique de marché européen (DUME) et dans l'annexe C de son offre, soit 810.000 euros H.T.V.A. en 14 mois.

Elle soutient qu'elle ne s'est pas limitée à adopter une attitude passive et qu'elle a tenté de prouver sa capacité économique et financière par tout autre document, ainsi que le permet l'article 67, § 1^{er}, *in fine*, de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Elle relève à cet égard les éléments suivants :

- son chiffre d'affaires déclaré dans le DUME et dans l'annexe C de son offre est de 810.000 euros H.T.V.A. en 14 mois, ce qui est largement supérieur au seuil annuel de 200.000 euros pendant trois ans requis par les documents du marché;
- elle a déposé des attestations de bonne exécution portant sur plus de 442.171,79 euros H.T.V.A.;
- elle a également déposé une liste non exhaustive, mais détaillée et chiffrée, des principales livraisons effectuées depuis sa date de création en 2016, pour un montant total de plus de 670.000 euros H.T.V.A.

Elle estime qu'en fournissant ces documents, elle a fait usage de la possibilité qui lui était offerte par l'article 67, § 1^{er}, *in fine*, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, mais que la province n'en a pas tenu compte dès lors qu'à ses yeux, un soumissionnaire existant depuis moins de trois ans devait nécessairement présenter une capacité économique et financière insuffisante, ce qui, à son estime, viole toutes les normes visées au moyen.

Elle ajoute que, dès lors qu'il a été déclaré dans le DUME, le chiffre d'affaires doit être considéré comme *a priori* prouvé. Elle fait par ailleurs grief au pouvoir adjudicateur de ne pas lui avoir réclamé les documents permettant de vérifier ses déclarations, contrairement à ce que prévoit l'article II.10.3.1, *in fine*, du cahier des charges. Enfin, elle estime que si, comme la partie adverse l'a soutenu dans sa note d'observations, cette dernière ne conteste pas la réalité du chiffre d'affaires qu'elle a avancé, elle a commis une erreur manifeste d'appréciation en n'admettant pas sa capacité économique et financière.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La décision de ne pas sélectionner la requérante pour le marché en cause est motivée comme suit :

" Attendu que la SPRL ERGOCONSULT n'est pas sélectionnée car la firme, créée en avril 2016, n'est pas en mesure de fournir un chiffre d'affaires relatif aux trois derniers exercices (en énonçant cette exigence dans le cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur n'a donc permis qu'à des entreprises existant depuis au moins trois ans de soumissionner dès lors que seules de telles sociétés étaient susceptibles de démontrer une capacité suffisante, au regard de leur situation économique et financière pendant une telle période, en produisant les chiffres des trois derniers exercices)".

Aux termes de l'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques :

" § 1^{er}. En ce qui concerne la capacité économique et financière, le pouvoir adjudicateur peut imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché.

La preuve de la capacité économique et financière de l'opérateur économique peut, en règle générale, être apportée par un ou plusieurs des éléments de références suivants :

1° la présentation d'états financiers ou d'extraits d'états financiers, dans les cas où la publication d'états financiers est prescrite par la législation du pays dans lequel l'opérateur économique est établi;

2° la déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles;

3° la preuve d'une assurance des risques professionnels ou, le cas échéant, une déclaration bancaire.

Toutefois, si pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les éléments de référence demandés par le pouvoir adjudicateur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'apprécier le caractère approprié ou non du document présenté".

Le cahier spécial des charges énonce, en son article II.10.3, les critères de sélection qualitative. S'agissant de la capacité économique et financière, il y est disposé comme suit :

" Le soumissionnaire doit justifier sa capacité économique et financière.

Il doit avoir réalisé un chiffre d'affaires global d'au moins les montants repris ci-dessous en fonction des lots pour lesquels il soumissionne et ce pour les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début de ses activités.

- Minimum 200.000 EUR s'il soumissionne pour le lot A et/ou B et/ou C ;

- Minimum 100.000 EUR s'il soumissionne pour le lot D et/ou E.

Ces exigences ne sont pas cumulatives si bien que si un soumissionnaire soumissionne :

- pour les lots A, B et D, il devra démontrer avoir réalisé un chiffre d'affaires global de 200.000 EUR ;

- pour les lots A, B et C, il devra démontrer avoir réalisé un chiffre d'affaires global de 200.000 EUR ;

- pour les lots D et E, il devra démontrer avoir réalisé un chiffre d'affaires global de 100.000 EUR.

Le pouvoir adjudicateur vérifiera dans le chef du (ou des) adjudicataire(s) pressenti(s), la véracité de la déclaration sur base des comptes annuels publiés accessibles gratuitement via une base de données et, à défaut, réclamera les

documents corroborant les chiffres déclarés dans le DUME".

En imposant que le soumissionnaire fournisse une déclaration relative à son chiffre d'affaires global, lequel doit être d'au moins 200.000 euros pour les lots A, B et C, pour lesquels la requérante a soumissionné, le cahier des charges prévoit un critère et des modes de preuve s'inscrivant dans ceux autorisés par l'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, précité.

Une telle exigence ne paraît pas disproportionnée par rapport à l'objet du marché. Il y a lieu de constater à cet égard que le pouvoir adjudicateur n'a imposé qu'une des trois références visées à l'article 67, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et qu'en outre, les exigences ainsi formulées ne sont pas cumulées lorsque la soumission porte sur plusieurs lots. Par ailleurs, la période de référence, qui s'étend sur trois années conformément à ce qu'autorise la disposition précitée, peut, *prima facie*, être considérée comme justifiée par la nature du marché. En effet, en demandant que les soumissionnaires pour les lots A, B et C justifient d'un chiffre d'affaires global de 200.000 euros pour chacun des trois derniers exercices disponibles, l'autorité entend s'assurer qu'ils soient en mesure d'exécuter ledit marché pendant toute sa durée, à savoir 48 mois et, en conséquence, de livrer au fur et à mesure de ses besoins le matériel dans les 40 jours ou dans les 5 jours selon le cas.

Par ailleurs, il ne paraît pas pouvoir être considéré que l'exigence en cause s'avérerait de nature à constituer une "limitation artificielle de la concurrence", prohibée par l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en ce qu'elle défavoriserait indûment les opérateurs économiques visés. En effet, l'article 67, § 1^{er}, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 permet à l'opérateur économique qui n'est pas en mesure de produire les éléments de référence demandés par le pouvoir adjudicateur, de prouver sa capacité économique et financière par "tout autre document", l'autorité devant alors apprécier le caractère approprié ou non de ce document. Contrairement à ce que soutient la requérante, l'article II.10.3.1. du cahier spécial des charges, qui doit se lire cumulativement avec l'article 67, § 1^{er}, alinéa 3, précité, n'entraîne pas l'exclusion automatique des entreprises existant depuis moins de trois ans.

En l'espèce l'annexe C au document unique de marché européen déposé par la requérante renvoie elle-même à une annexe comportant l'indication suivante :

" Chiffre d'affaire global d'avril 2016 (création de la société ERGOCONSULT Sprl) à juin 2017: 810.0010 € H.T.V.A.".

Il semble pouvoir se déduire de la rédaction de l'article 67, § 1^{er}, alinéa 3, que c'est au soumissionnaire qui n'est pas en mesure de présenter l'élément de

référence demandé, qu'il appartient d'apporter le ou les documents destinés à prouver sa capacité économique et financière, sans que le pouvoir adjudicateur soit tenu de l'interroger d'initiative à cet égard. Par ailleurs, le point II.10.3.1. du cahier spécial des charges se limite à prévoir que l'autorité vérifiera la déclaration de chiffre d'affaires en réclamant au besoin les documents corroborant les chiffres déclarés dans le DUME. En l'occurrence, le montant déclaré du chiffre d'affaires n'est pas contesté.

Dans son offre, la requérante, qui n'est pas en mesure d'apporter les éléments prescrits par le cahier spécial des charges conformément à l'article 67, § 1^{er}, alinéa 2, 2^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, n'a pas explicitement demandé l'application de l'article 67, § 1^{er}, alinéa 3. La seule indication de la date de sa création ne paraît pas devoir être interprétée comme formulant une telle demande. En tout état de cause, la requérante n'a déposé aucun "autre document" ainsi que le permet la disposition précitée en vue de prouver sa capacité économique et financière. La simple mention du chiffre d'affaires réalisé depuis la date de la création de la requérante ne devait pas être comprise par le pouvoir adjudicateur comme tendant à prouver sa capacité économique et financière conformément à l'alinéa 3. Quant aux attestations de bonne exécution et à la liste des principales livraisons effectuées depuis la création de la requérante, dont celle-ci a fait état à l'audience, il suffit de constater qu'il s'agit d'éléments repris à l'annexe D de l'offre, qui ont donc trait à la capacité technique et professionnelle et non à la capacité économique et financière.

En conséquence, la partie adverse a pu se limiter à constater que la requérante "n'est pas en mesure de fournir un chiffre d'affaires relatif aux trois derniers exercices". S'il est vrai que la motivation de la décision attaquée ajoute, entre parenthèses, qu'"en énonçant cette exigence dans le cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur n'a donc permis qu'à des entreprises existant depuis au moins trois ans de soumissionner dès lors que seules de telles sociétés étaient susceptibles de démontrer une capacité suffisante, au regard de leur situation économique et financière pendant une telle période[...]", il s'agit d'une considération tendant essentiellement à expliciter l'objectif poursuivi par la disposition en cause du cahier spécial des charges, et qui s'avère donc surabondante par rapport au constat relatif à l'absence de chiffre d'affaires pour les trois dernières années. Dans les circonstances de l'espèce, ce constat suffit en tout état de cause à motiver la décision attaquée.

Il en résulte que le moyen n'est pas sérieux.

La demande de suspension doit être rejetée sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse relative à l'intérêt de la requérante à poursuivre l'annulation de la décision attaquée en ce qu'elle porte sur le lot B.

VI. Confidentialité

Dans son courrier du 19 juin 2018, la partie adverse déclare que l'offre de la partie requérante et celles des attributaires des lots A, B et C sont déposées à titre confidentiel.

Par ailleurs, la partie requérante dépose également des extraits de son offre.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres et extraits de celles-ci déposés par les parties demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

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

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

MM. Imre KOVALOVSKY, président de chambre,
Vincent DURIEUX, greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.