

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

A R R Ê T

n° 243.855 du 28 février 2019

A. 227.344/VI-21.408

En cause : **la société anonyme T.R.B.A.,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Bernard DE COCQUEAU et
André DELVAUX, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 4 février 2019, la société anonyme T.R.B.A. sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- " - La décision de non-sélection de l'offre de la SA TRBA, contenue dans la décision motivée d'attribution du marché de travaux d'amélioration sur un cours d'eau non navigable de 1^{ère} catégorie visant la réalisation d'une zone de rétention sur la Trouille à Harmignies, adoptée par la REGION WALLONNE en date du 28 novembre 2018 et communiquée par celle-ci à la SA TRBA par envoi recommandé et courriel du 22 janvier 2019;
- La décision motivée d'attribution du marché de travaux d'amélioration sur un cours d'eau non navigable de 1^{ère} catégorie visant la réalisation d'une zone de rétention sur la Trouille à Harmignies à la SPRL ETH, adoptée par la REGION WALLONNE en date du 28 novembre 2018 et communiquée par celle-ci à la SA TRBA par envoi recommandé et courriel du 22 janvier 2019".

II. Procédure

Par une ordonnance du 5 février 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 février 2019 à 10 heures.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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^e François PAULUS, *loco* M^{es} Bernard DE COCQUEAU et André DELVAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant 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

1. L'objet du marché de travaux passé par la partie adverse et à l'occasion duquel a été adopté l'acte attaqué par le présent recours est libellé comme suit:

" Travaux d'amélioration sur un cours d'eau non navigable de 1^{ère} catégorie : Réalisation d'une zone de rétention sur la Trouille à Harmignies".

Ainsi que cela ressort du cahier spécial des charges, ce marché comporte plus précisément

- " ☐ la construction d'une digue avec une âme en palplanches
- ☐ l'installation d'un système de gestion par clapet automatique automatisé et informatisé
- ☐ la pose d'enrochements et la consolidation des berges".

Ce marché est passé selon la procédure ouverte et les critères d'attribution choisis sont le coût d'investissement (40 points), la valeur technique (30 points), le délai de réalisation (15 points) et les impacts environnementaux (15 points).

Par ailleurs, au titre de la sélection qualitative, et pour ce qui concerne plus particulièrement la capacité technique ou professionnelle des soumissionnaires, ceux-ci sont invités à transmettre notamment "[l]a preuve de l'accomplissement de

2 chantiers d'un montant de 600.000,00 € HTVA sur des cours d'eau non navigables, durant les 5 dernières années". La précision suivante est apportée:

" Niveau d'exigence : la preuve précitée qui précisera les montants, lieux et époques d'exécution de 2 chantiers durant les 5 dernières années civiles et sera appuyée, pour chacun des travaux, d'un certificat authentifié de bonne exécution par le maître d'œuvre, traduit en français, le cas échéant".

2. A l'échéance fixée à cette fin, à savoir le mercredi 26 septembre 2018 à 11 heures, deux offres sont déposées, celle de la société privée à responsabilité limitée E.T.H. et celle de la requérante.

Au titre de preuve de l'accomplissement de deux chantiers répondant aux caractéristiques précitées, la requérante a produit, à l'appui de son offre, les indications suivantes, assorties d'annexes:

" Travaux : ESTAIMPUIS
Parc Commercial – Terrassement et aménagement des abords
Chantier n° 14853 – 15757
Maître de l'Ouvrage : S.A. PCE
Période d'exécution : 2014 – 2016
Montant total des travaux exécutés (hors révision, hors TVA) : 3.194.618,38 €

Travaux : BRAINE-LE-COMTE
Travaux de réalisation d'un bassin d'orage et de 3 zones inondables (Martel, Feluy et Houssière)
Chantier n° 11455
Maître de l'Ouvrage : ADMINISTRATION COMMUNALE DE BRAINE-LE-COMTE
Période d'exécution : 2012 – 2013
Montant total des travaux exécutés (hors révision, hors TVA) : 817.652,87 €

"

3. Par un courrier du 8 octobre 2018, les services de la partie adverse invitent la requérante à préciser et/ou compléter ces justificatifs et apportent, à l'appui de cette demande, les précisions suivantes:

" Pour le justificatif n° 1 que vous présentez comme suit :
«Travaux réalisés à Estaimpuis – Parc Commercial – Terrassement et aménagement des abords – chantier n° 14853-15757 – Montant total des travaux exécutés (hors révision, hors TVA) : 3.194.618,38 €»,
l'attestation des travaux jointe reprend, en page 2, «un curage de cours d'eau» pour un montant de 387.199,46 €.
Il y a lieu de nous fournir la preuve, dans le délai légal de douze jours calendrier prenant cours à la réception de ce recommandé, que le chantier présenté est un chantier d'un montant de 600.000 € HTVA sur un cours d'eau non navigable, et ce par toutes preuves utiles.

Pour le justificatif n° 2 que vous présentez comme suit :
«Travaux réalisés à Braine-le-Comte – Travaux de réalisation d'un bassin d'orage et de 3 zones inondables (Martel, Feluy et Houssière) - chantier n° 11455 – Montant total des travaux exécutés (hors révision, hors TVA) : 817.652,87 €»,

le justificatif en page 1 et en page 2 stipule que le montant des travaux réalisés est de 495.903,17 € (HTVA)".

4. En réponse à cette demande, la requérante fait notamment valoir ce qui suit, dans un courrier adressé à la partie adverse le 17 octobre 2018:

" Les deux chantiers ont été réalisés sur un cours d'eau non navigable, l'Esperlion pour le chantier d'Estaimpuis et la Brainette pour le chantier de Braine-le-Comte, et leur montant est très largement supérieur au 600.000 € demandés.

Pour les 2 chantiers, les attestations mentionnent le montant du chantier et le montant des travaux exclusivement dédiés à la catégorie B, respectivement B1. Ces montants représentent donc seulement une part de ces chantiers, qui comportent encore d'autres travaux, le long de ces cours d'eau, comme c'est le cas pour pratiquement tous les chantiers.

Par exemple, le présent chantier de la réalisation de la zone de rétention sur la Trouille à Harmignies comporte pour plus de 385.000 € de fournitures et pour 69.801,31 € de travaux ne relevant pas spécifiquement d'une catégorie B ou B1 (Il s'agit des postes 1, 2, 3, 5, 6, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 14, 25, 26, 35 et 36)".

En outre, quant au chantier de Braine-le-Comte, la requérante indique que le montant de 838.119,91 euros est le montant de l'état d'avancement final, qui couvre l'ensemble du chantier et a été approuvé par l'auteur de projet, ainsi que par l'autorité adjudicatrice; elle produit, à cet égard, les procès-verbaux des différents états d'avancement approuvés. Elle relève, par ailleurs, que le montant de 495.903,17 euros auquel se réfère la partie adverse dans son courrier du 8 octobre 2018 correspond non pas à l'ensemble du chantier, mais aux travaux exclusivement dédiés à la catégorie B.

Concernant enfin le chantier d'Estaimpuis, la requérante précise que le montant des travaux est très largement supérieur au seuil de 600.000 euros et que le chantier a bien été réalisé sur un cours d'eau non navigable dès lors que la zone des travaux est traversée par le cours d'eau «l'Esperlion».

5. Le 28 novembre 2018, la partie adverse décide de ne pas sélectionner la requérante et d'attribuer le marché litigieux à la société privée à responsabilité limitée T.E.H.. Il s'agit de l'acte attaqué, lequel est motivé comme suit, pour ce qui concerne la non-sélection de la requérante:

" Considérant que suite à l'analyse des documents déposés par les soumissionnaires afin de démontrer leur capacité technique ou professionnelle, la SA TRBA de Péruwelz n'a pas pu démontrer cette capacité comme motivé dans le rapport d'adjudication, «Documents joints» dont extrait:

- * La liste de 2 chantiers d'un montant de 600.000 ,00 € HTVA sur des cours d'eau non navigables, durant les 5 dernières années + attestations de bonne exécution: sur base des attestations fournies: 2 chantiers de référence:
 - 1 chantier sur un cours d'eau non navigable, la Brainette, pour les travaux de création de 3 zones inondables et d'un bassin d'orage sur le territoire de la ville de Braine-le-Comte pour un montant de 495.903,17 € HTVA – non acceptable car le montant des travaux au cours d'eau non navigable est inférieur au montant minimal imposé de 600.000 € HTVA

- 1 chantier pour un Parc Commercial à Estaimpuis – Terrassements et aménagement abords – Curage de cours d'eau pour montant de 387.199,46 € - non acceptable car le nom du cours d'eau n'est pas mentionné et le montant des travaux au cours d'eau non navigable est inférieur au montant minimal imposé de 600.000 € HTVA

Afin de permettre à l'administration une analyse objective de ce critère de qualification, il a été envoyé par courrier recommandé avec accusé de réception en date du 8 octobre 2018 (dont copie en annexe) une demande d'informations complémentaires afin de clarifier la preuve à fournir comme niveau d'exigence pour les deux chantiers précités.

La SA TRBA a répondu dans le délai requis par un courrier recommandé du 17 octobre 2018 (dont copie en annexe) dans lequel il apparaît :

1) La société SA TRBA, dans son courrier précité, confond, dans son analyse des chantiers hydrauliques, d'une part, les marchés de travaux dont l'objet est spécifiquement en lien direct avec un cours d'eau non navigable pour lequel tous les postes sont indissociables de cet objet et, d'autre part, les marchés de travaux dont l'objet principal ne concerne nullement un cours d'eau non navigable sur lequel des travaux peuvent être réalisés dans le même marché en tant que travaux connexes dissociables du marché initial.

2) Dans les pièces annexes à ce courrier, la SA TRBA fournit, pour le dossier relatif à la création de 3 zones inondables et bassin d'orage à Braine-le-Comte, trois plans et une copie de l'état d'avancement n° 16, avec approbation du Maître d'œuvre, qui reprennent effectivement des travaux liés directement à l'objet même du marché sur un cours d'eau non navigable, la Brainette, et pour un montant de travaux supérieur à 600.000 € HTVA malgré une attestation établie par le Maître d'œuvre à un montant de 495.903,17 € HTVA.

Ce chantier de référence peut donc être accepté.

3) Dans les pièces annexes à ce courrier, la SA TRBA fournit, pour le dossier relatif à un Parc commercial à Estaimpuis, Rue Jules Van Tieghem Terrassement et aménagement des abords une copie de deux états d'avancement n° 9 et n° 30 et d'une copie du permis unique. L'analyse de l'état n° 30, soit le plus complet et qui semble être le dernier, accompagné d'une facture 18.05.029 établie par la SA GSD INVESTS, renseigne les différents postes relatifs, d'une part, à des travaux de réalisation de parkings et de voiries intitulés «ZONE B – MODIFICATION RUISSEAU – OUVRAGE AMONT + GABIONS» sur l'Esperlion, cours d'eau non navigable, (cfr permis unique) pour un montant de 298.665,12 € HTVA auxquels viennent s'ajouter des travaux complémentaires dont 2 postes sont liés directement aux travaux sur le cours d'eau non navigable précité, le PC02 (plus-value pour pertuis) de + 3.133,76 € et le PC03 (Moins-value pour clayonnage) de – 2.480,40 €.

Au total, la partie pouvant être prise comme référence pour des travaux sur un cours d'eau non navigable s'élève à 298.665,12 € + 3.133,76 € - 2.480,40 € = 299.318,48 € HTVA soit un montant inférieur à 600.000 € HTVA.

Il y a lieu de constater que le montant calculé sur base de l'état n° 30 fourni ne correspond pas au montant renseigné comme «travaux de curage» catégorie «B1» Montant «387.199,46 €» dans l'attestation fournie dans l'offre de la SA TRBA et qu'elle est datée du 23 novembre 2016 alors que l'état n° 30 précité est daté du 7 décembre 2017. L'attestation a donc été établie avant la fin du chantier comme en atteste le récapitulatif de l'état n° 30 et pour un montant supérieur.

Ce chantier de référence ne peut donc pas être accepté".

IV. Premier moyen

IV.1. Requête

La requérante soulève un premier moyen, "pris de la violation de l'article 66, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du principe de bonne administration, de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'erreur manifeste d'appréciation et du principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que de la violation de la section 3 du chapitre 5 du cahier spécial des charges".

Elle l'expose comme suit:

" En droit

[...]. Ainsi que le prévoit l'article 66, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le marché ne peut, en particulier, être attribué qu'à un soumissionnaire qui n'est pas visé par un motif d'exclusion et qui remplit les critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur.

En d'autres termes, lorsqu'un soumissionnaire ou un candidat établit qu'il satisfait aux exigences et critères définis, le pouvoir adjudicateur n'a d'autre choix que de le sélectionner et d'analyser son offre au regard des critères d'attribution.

[...]. Le principe *patere legem quam ipse fecisti* oblige, en outre, l'adjudicateur à respecter les conditions de la mise en concurrence et à appliquer les critères de sélection et d'attribution tels que fixés dans les documents du marché, en prenant garde de ne pas les transformer ou les dénaturer en cours d'analyse.

Admettre une candidature qui ne remplit pas les critères de sélection fixés ou refuser, *a contrario*, une candidature qui remplit les critères de sélection revient, au surplus, à fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires et, dès lors, à violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé.

En l'espèce

[...]. La REGION WALLONNE exige, parmi les critères de sélection qualitative visant à évaluer la capacité technique ou professionnelle des soumissionnaires (section 3 du chapitre 5 du cahier spécial des charges), que le soumissionnaire transmette :

- La preuve de l'accomplissement de 2 chantiers d'un montant de 600.000,00 € HTVA sur des cours d'eau non navigables, durant les 5 dernières années.
Niveau d'exigence : la preuve précitée qui précisera les montants, lieux et époques d'exécution de 2 chantiers durant les 5 dernières années civiles et sera appuyée, pour chacun des travaux, d'un certificat authentifié de bonne exécution par le maître d'œuvre, traduit en français, le cas échéant.

[...]. En d'autres termes, au travers de ce critère, l'autorité adjudicatrice ne précise nullement que les travaux dont les références sont exigées doivent exclusivement porter sur des cours d'eau non navigables et être en contact avec ceux-ci.

En effet, la réalisation de travaux sur des cours d'eau implique *ipso facto* la réalisation de travaux non directement liés à ces cours d'eau, comme la réalisation de travaux le long de ces cours d'eau.

[...]. Corroborant ce constat, le présent chantier, portant sur la réalisation d'une zone de rétention sur la Trouille à Harmignies, comprend également une part importante de travaux qui ne sont pas directement en contact avec l'eau.

Ainsi, le présent chantier se compose des éléments suivants:

- Travaux préparatoires et démolitions, sans contact avec le cours d'eau : 3.222,68 EUR (0,46 %);
- Travaux de terrassement, sans contact avec le cours eau : 33.862,92 EUR (4,82 %);
- Travaux de terrassement, portant directement sur le cours d'eau : 16.948,67 EUR (2,41 %);
- Travaux de sous-fondations et fondations, sans contact avec le cours d'eau : 8.287,00 EUR (1,18 %);
- Travaux de drainage et égouttage, en contact partiel avec le cours d'eau : 6.232,70 EUR (0,89 %);
- Travaux de petit ouvrage d'art, sans contact avec le cours d'eau : 5.703,61 EUR (0,81 %);
- Travaux de petit ouvrage d'art, en contact avec le cours d'eau : 135.549,88 EUR (19,30 %);
- Travaux de construction d'ouvrage d'art, sans contact avec le cours d'eau : 160.731,47 EUR (22,89 %);
- Travaux de construction d'ouvrage d'art :
Post 32 : Equipement hydraulique, clapet basculant au prix de 251.994,50 EUR.
Ce prix peut être reparté en :
 - ☐ Fabrication en usine : 90 % du post 32 = 226.795,05 EUR (sans contact avec le cours d'eau);
 - ☐ Mise en œuvre (portant directement sur le cours d'eau) : 10 % du post 32 = 25.199,45 EUR;
- Travaux de gazonnement, sans contact avec le cours d'eau : 4.230,00 EUR (0,60 %);
- Travaux en régie : 63.400,00 EUR (9,03 %) :
 - ☐ Dont 20 000,00 EUR concernent des engins de transport, qui ne sont pas en contact avec l'eau;
 - ☐ 43.400 EUR en contact direct avec le cours d'eau;
- Sommes réservées : 12.000,00 EUR (1,71 %).

Il en résulte que sur un montant total de 702.163,43 EUR HTVA (montant de l'offre de la SA TRBA), seuls 227.330,70 EUR concernent des travaux directement liés et en contact avec le cours d'eau, tandis que les travaux qui ne portent pas directement sur le cours d'eau non navigable s'élèvent à un montant de 474.832,73 EUR, ce qui représente 68 % du montant du marché.

[...]. En l'espèce, la SA TRBA a produit deux références de travaux d'un montant supérieur à 600.000 EUR (3.194.618,38 EUR et 817.652,87 EUR – [...]).

Ces travaux portaient, en outre, sur des cours d'eau non navigables.

Ainsi, alors que le chantier de Braine-le-Comte portait sur le cours d'eau non navigable «La Brainette», le chantier d'Estaimpuis concernait le cours d'eau non navigable «L'Esperlion».

Quant à ce dernier chantier, les travaux ont, en particulier, porté sur une modification du tracé de l'Esperlion et sur la protection des berges (*cf. infra*).

Par ailleurs, pour ces deux chantiers, et il ne saurait en être autrement (*cf. point précédent*), seule une partie – certes, importante – du marché concerne directement des travaux de la catégorie B, d'autres travaux – et notamment relatifs aux abords – ne rentrant pas directement dans le champ de cette catégorie.

[...]. Cependant, par décision motivée du 28 novembre 2018, la REGION WALLONNE a considéré que la requérante confondait «les marchés de travaux dont l'objet est spécifiquement en lien direct avec un cours d'eau non navigable

pour lequel tous les postes sont indissociables de cet objet et, d'autre part, les marchés de travaux dont l'objet principal ne concerne nullement un cours d'eau non navigable sur lequel des travaux peuvent être réalisés dans le même marché en tant que travaux connexes dissociables du marché initial» (...).

Sur cette base, la référence au marché de Braine-le-Comte, dont l'objet serait la réalisation de travaux sur un cours d'eau non navigable, a été acceptée.

A contrario, en ce qui concerne le chantier d'Estaimpuis, bien que le pouvoir adjudicateur reconnaisse que les travaux réalisés directement sur le cours d'eau non navigable «l'Esperlion» soient de près de 300.000 EUR HTVA, celui-ci décide de ne pas retenir cette référence, considérant que le reste des travaux effectués ne concernaient pas directement le cours d'eau non navigable.

[...]. Au travers de cette décision d'attribution, le pouvoir adjudicateur reconnaît, tout d'abord, que lorsque le critère de sélection vise la production de références de travaux d'un montant de 600.000 EUR sur des cours d'eau non navigables, il n'exige pas que tous les travaux visés par la référence produite soient des travaux directement en contact avec le cours d'eau non navigable.

Ainsi, la référence produite pour le marché de Braine-le-Comte, comprenant d'autres types de travaux que ceux directement liés au cours d'eau, a été acceptée par la REGION WALLONNE.

[...]. Cependant, le pouvoir adjudicateur ajoute, après transmission des documents contractuels et ouverture des offres, une condition supplémentaire au critère de sélection lié à la production de références de travaux antérieurs.

En effet, alors que les documents contractuels exigent la production de références à des travaux d'un montant de 600.000 EUR sur des cours d'eau non navigables, durant les 5 dernières années, la REGION WALLONNE précise que l'objet de ces travaux doit être «spécifiquement en lien direct avec un cours d'eau non navigable», ces travaux devant être composés de postes qui sont indissociables de la réalisation de travaux sur un cours d'eau non navigable (...).

Outre qu'il apparaît quelque peu hasardeux d'opérer une distinction entre les marchés dont l'objet est directement en lien avec des travaux sur un cours d'eau et ceux dont l'objet n'est qu'indirectement lié à de tels travaux, une telle précision ajoute, en réalité, une condition supplémentaire au critère de sélection susvisé.

En effet, le critère de sélection défini dans les documents de marché n'exige que la production de références à des travaux d'un montant de 600.000 EUR sur des cours d'eau non navigables, sans que ne soit exigé que l'objet de ces chantiers soit «spécifiquement en lien direct avec un cours d'eau non navigable» et que tous les postes de ces chantiers soient indissociables de cet objet.

Or, une telle modification du critère de sélection ne peut être admise dès lors qu'elle intervient postérieurement à l'ouverture des offres.

[...]. Compte tenu de ces éléments, il apparaît que la référence liée au chantier d'Estaimpuis aurait manifestement dû être prise en considération et validée par l'autorité adjudicatrice.

[...]. Elle concernait, en effet, des travaux d'un montant supérieur à 600.000 EUR HTVA (le montant final des travaux s'élevant à 3.373.038,27 EUR) et réalisés sur un cours d'eau non navigable.

En l'occurrence, et ainsi que l'atteste l'extrait du permis unique produit par la requérante en annexe à son envoi du 17 octobre 2018, les travaux sur l'Esperlion avaient pour objet de :

- modifier le tracé du cours d'eau de 2^{ème} catégorie dit «L'Esperlion» sur une longueur de 173 mètres;
- poser des pertuis dans le cours d'eau pour une longueur totale de 68 mètres;
- poser deux passerelles sur le tracé du cours d'eau (longueur totale : 7 mètres);
- protéger les berges du cours d'eau par la mise en place de gabions sur la partie à ciel ouvert;

[...]. La SA TRBA s'était, en outre, entièrement conformée au niveau d'exigence requis puisque les montant, lieu et époque d'exécution, à l'instar du certificat de bonne exécution, avaient été transmis (...).

[...]. Par ailleurs, la part des travaux du chantier d'Estaimpuis portant directement sur le cours d'eau non navigable est, selon la partie adverse, d'un montant de 299.318,48 EUR HTVA , soit un montant supérieur à celui prévu, dans le cadre du marché litigieux, pour la réalisation des travaux portant directement sur la Trouille (cf. *supra*).

[...]. De surcroît, l'écartement de la requérante apparaît d'autant plus inexplicable que celle-ci a produit, et comme cela était exigé par la REGION WALLONNE, un certificat d'agrération pour des travaux en catégorie B (entreprises de travaux hydrauliques) et B1 (curage de cours d'eau) pour une classe 7, soit des travaux d'un montant pouvant aller jusqu'à 5.330.000 EUR (...).

Or, l'agrération vise précisément à démontrer qu'un entrepreneur dispose des capacités financières, économiques et techniques suffisantes à dessein d'exécuter un marché donné (cf. deuxième moyen).

[...]. Sur cette base, la REGION WALLONNE ne pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation et sans violer le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, le principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que les documents du marché, écarter l'offre de la SA TRBA au stade de la sélection.

[...]. Les irrégularités visées au moyen ont dès lors directement lésé la requérante, celle-ci ayant perdu une chance de se voir attribuer le marché.

La SA TRBA dispose, par voie de corollaire, d'un intérêt au moyen.

[...]. Le moyen est sérieux".

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Le premier moyen critique la manière dont la partie adverse a mis en œuvre l'une des exigences fixées par les documents du marché, et non la légalité de cette exigence. C'est donc au regard de cet objet qu'il doit être examiné.

Pour évaluer la capacité professionnelle ou technique des soumissionnaires, la partie adverse a notamment défini l'exigence suivante:

- " La preuve de l'accomplissement de 2 chantiers d'un montant de 600.000,00 € HTVA sur des cours d'eau non navigables, durant les 5 dernières années.
Niveau d'exigence : la preuve précitée qui précisera les montants, lieux et époques d'exécution de 2 chantiers durant les 5 dernières années civiles et sera appuyée, pour chacun des travaux, d'un certificat authentifié de bonne exécution par le maître d'œuvre, traduit en français, le cas échéant".

Ainsi formulée, cette exigence doit raisonnablement s'interpréter en ce sens qu'est requise la preuve d'accomplissement de deux chantiers ayant principalement pour objet des travaux sur des cours d'eau non navigables, et ce quand bien même certains postes de ces travaux, bien que servant utilement l'objet du marché, soit pourraient, par ailleurs, relever de chantiers portant sur d'autres objets, soit n'impliqueraient pas un contact direct avec l'eau. Il s'impose, en effet, d'admettre que, considérés isolément, certains postes qui – tels qu'il en est identifié dans le cadre du marché litigieux – relèvent bien de travaux portant sur des cours d'eau non navigables (avec ou sans contact avec l'eau), pourraient, par ailleurs, fort bien être effectués dans le cadre d'autres types de chantiers.

Confrontée, en l'espèce, aux deux références de chantiers que lui soumettait la requérante, et portant respectivement sur des travaux à Braine-le-Comte et à Estaimpuis, la partie adverse a estimé, pour les premiers, qu'ils étaient bien "liés directement à l'objet même du marché sur un cours d'eau" et pouvaient bien être estimés à un montant supérieur à 600.000 euros hors T.V.A., en dépit de ce que laissait entendre, dans un premier temps, une attestation établie au montant de 495.903,17 euros hors T.V.A.. S'agissant des seconds, la partie adverse a estimé – au vu de l'ensemble des travaux relevant du chantier concerné – qu'une partie d'entre eux pouvait "être prise comme référence pour des travaux sur un cours d'eau non navigable", tout en relevant que le montant relatif à cette partie était estimé à 299.318,48 euros hors T.V.A., soit sous le seuil de 600.000 euros hors T.V.A. fixé par les documents du marché, ce qui empêchait d'admettre cette référence pour la sélection de la requérante.

Dans ces circonstances, il n'apparaît pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, qu'en mettant en œuvre le critère de capacité technique ou professionnelle litigieux comme elle l'a ainsi fait pour apprécier la capacité professionnelle ou technique de la requérante, la partie adverse aurait – comme le lui reproche le moyen – dénaturé ce critère.

Il n'apparaît, *prima facie*, pas davantage qu'en procédant de la sorte, la partie adverse aurait ajouté une exigence supplémentaire au critère de sélection, tel que défini, dans les termes précités, par les documents du marché, et aurait, ce faisant, méconnu le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

Pour le reste, c'est en vain que la requérante tente de démontrer que la partie adverse aurait, à tort, ajouté une exigence supplémentaire en ne prenant en considération que des travaux "directement en contact avec l'eau", et entreprend – à cette fin – d'établir, sur la base de son offre, que les postes du marchés litigieux se

rapportant à des travaux "directement en contact avec l'eau" ne représentent que 32% du montant total de cette offre. A supposer, en effet, que la requérante puisse être suivie dans le calcul de cette proportion – ce que l'examen du deuxième moyen amènera à vérifier – elle ne démontre nullement comment il lui est permis d'affirmer, sur la base de cette proportion, que – pour la prise en considération des deux références de chantiers qu'elle avait soumises – la partie adverse aurait concrètement et précisément ajouté une exigence supplémentaire à l'obligation que définissaient les documents du marché pour évaluer la capacité technique ou professionnelle des soumissionnaires.

Au vu de l'ensemble des considérations qui précèdent, le premier moyen ne peut être déclaré sérieux.

V. Deuxième moyen

V.1. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen, "pris de la violation des articles 5, § 1^{er}, et 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marches publics, ainsi que du principe de bonne administration, d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de non-discrimination, de concurrence et du principe de proportionnalité".

Elle l'expose comme suit:

" En droit

[...]. Conformément à l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, si les critères de sélection peuvent avoir trait aux capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur ne peut imposer que des critères qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer.

Les critères de sélection doivent, en l'occurrence, être liés et proportionnés à l'objet du marché.

[...]. Sur cette base, l'autorité adjudicatrice est tenue, lorsqu'elle exige la production de certaines références, d'exercer son pouvoir d'appréciation de manière circonstanciée et proportionnée en prévenant toute discrimination et toute restriction de concurrence.

Les critères de sélection ne peuvent ainsi avoir pour conséquence de limiter l'accès au marché à un nombre inutilement restreint de soumissionnaires.

[...]. S'il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité adjudicatrice quant à l'opportunité du choix des critères de sélection, celui-ci reste en mesure de sanctionner les critères qui ne seraient pas liés et proportionnés à l'objet du marché.

Il a ainsi été jugé qu'était excessive et contraire aux principes d'égalité de

traitement, de proportionnalité et de non-discrimination, l'exigence, comme référence de capacité financière et économique, d'un chiffre d'affaires pour des prestations identiques durant les trois dernières années d'au moins le triple du montant du marché considéré.

[...]. Par ailleurs, l'article 5, § 1^{er}, al. 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit qu'«un adjudicateur ne peut concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente loi ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques».

En d'autres termes, lorsque les conditions du marché, parmi lesquelles figurent les critères de sélection, visent à favoriser un opérateur économique particulier, cet article 5 est violé.

En l'espèce

[...]. Comme indiqué sous le premier moyen, le cahier spécial des charges exige la production de références à deux chantiers de 600.000 EUR sur des cours d'eau non navigables, et ce, durant les 5 dernières années.

Les documents du marché exigent également que les soumissionnaires apportent la preuve qu'ils remplissent les conditions pour être agréés en catégorie B (travaux hydrauliques) et classe 4 (travaux jusqu'à 900.000 EUR).

[...]. *In casu*, et ainsi qu'il l'est indiqué au premier moyen, la part des travaux directement liée aux travaux sur le cours d'eau non navigable n'est que de 32 %, ce qui représente un montant de 227.330,70 EUR de l'offre de la SA TRBA.

En réalité, le chantier visé par le marché public portant sur la zone de rétention sur la Trouille à Harmignies forme essentiellement un chantier de terrassement et d'ouvrage d'art dont la part des travaux directement liés avec le cours d'eau est restreinte.

Par conséquent, si le critère de sélection litigieux devait être interprété comme exigeant la preuve de la réalisation de travaux de minimum 600.000 EUR dont l'objet doit, selon la partie adverse, être «spécifiquement en lien direct avec un cours d'eau non navigable», un tel critère de sélection apparaît tout à fait disproportionné dès lors que le marché porte, en très grande partie, sur des travaux de terrassement qui n'impliquent aucun contact avec le cours d'eau non navigable.

Un tel critère de sélection n'est, en d'autres termes, pas enclin à déterminer les soumissionnaires capables techniquement de réaliser le marché.

Par voie de corollaire, ce critère restreint indûment la concurrence dans la mesure où il entraîne l'exclusion d'opérateurs économiques techniquement aptes à réaliser le marché.

[...]. Le critère de sélection susvisé apparaît d'autant plus disproportionné que la REGION WALLONNE exigeait, outre la production de ces références, une agrégation en catégorie B et classe 4.

En d'autres termes, les entreprises à propos desquelles la Commission d'agrégation avait constaté qu'elles étaient financièrement et techniquement capables d'exécuter des marchés portant sur des travaux hydrauliques allant jusqu'à 900.000 EUR étaient écartées lorsqu'elles ne démontraient pas que, pour chacune des références produites, 600.000 EUR des travaux étaient directement liés au cours d'eau non navigable.

Un tel critère de sélection ne vise ainsi nullement à évaluer la capacité technique des soumissionnaires à exécuter le marché puisque celle-ci est déjà attestée au travers de l'agrération.

Votre Conseil précise, à cet égard, que «l'économie de l'agrération est d'assurer au pouvoir adjudicateur que l'entrepreneur présente les garanties imposées légalement pour pouvoir mener à bien l'exécution des travaux qui lui seront attribués le cas échéant».

En réalité, le critère de sélection lié à la production de références a uniquement pour objet et effet de limiter drastiquement la concurrence, comme ce fut le cas en l'espèce.

[...]. Au surplus, le critère de sélection porte uniquement sur des cours d'eau non navigables.

Toute référence à des travaux effectués sur des cours d'eau navigables est ainsi exclue.

Or, d'un point de vue technique, dans l'hypothèse où une entreprise est capable d'effectuer des travaux sur des cours d'eau navigables, présentant logiquement de plus grandes contraintes techniques et un débit plus important que les cours d'eau non navigables, elle est a fortiori capable d'effectuer des travaux similaires sur des cours d'eau non navigables.

Rien ne justifie, dès lors, de limiter les références à des travaux effectués sur des cours d'eau non navigables.

Or, la SA TRBA disposait, à cet égard, de références à des travaux effectués sur des cours d'eau navigables.

La SA TRBA produit ainsi une attestation de bonne exécution relative à des travaux effectués sur l'Escaut à 7536 VAULX, en 2015-2016, dont la part des travaux hydrauliques représentait 1.148.242,74 EUR (...).

[...]. Compte tenu de ces considérations, l'autorité adjudicatrice méconnaît, en particulier, l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics qui exige que les critères de sélection fixés par l'autorité adjudicatrice soient liés et proportionnés au marché, ainsi que le principe de concurrence.

[...]. Du reste, en l'absence d'un tel critère de sélection illégal, l'offre de la SA TRBA aurait été sélectionnée dès lors qu'elle remplissait l'ensemble des autres critères de sélection et n'était visée par aucun motif d'exclusion.

[...]. Le moyen est sérieux".

V.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Le deuxième moyen met en cause la légalité de l'exigence de preuve de la capacité professionnelle ou technique des soumissionnaires au vu de leur expérience dans des chantiers relatifs à des travaux portant sur des cours d'eau non navigables, exigence dont la mise en œuvre était critiquée par le premier moyen. Il dénonce plus particulièrement le fait que ce critère ne serait pas lié et proportionné à l'objet du marché litigieux et que, ainsi conçu, il entraînerait l'exclusion d'opérateurs économiques techniquement aptes à exécuter ce marché. A l'estime de la requérante,

trois éléments rendraient compte du vice qu'elle croit ainsi pouvoir déceler dans ce critère, à savoir respectivement la part très limitée de travaux qui impliquent un contact avec le cours d'eau (soit 32%), l'articulation entre les exigences d'agrément et de sélection fixées par la partie adverse et, enfin, la limitation, au titre de références admissibles, aux travaux portant sur les seuls cours d'eau non navigables, à l'exclusion des cours d'eau navigables.

S'agissant de la part de travaux impliquant un contact avec l'eau, que la requérante évalue à 32% du montant total de son offre, deux observations doivent être formulées.

Primo. La proportion de 32% qu'invoque la requérante sur la base d'une répartition du montant total de l'offre en différents postes correspondant à des travaux que la requérante identifie respectivement comme étant en ou sans contact avec le cours d'eau, révèle une conception particulièrement restrictive des travaux susceptibles d'être pris en considération au regard de l'interprétation qu'appelle l'exigence de preuve litigieuse – interprétation dont il est fait état dans la réponse au premier moyen – ainsi que l'illustre notamment, et de façon particulièrement significative, le poste relatif à la fourniture et l'installation d'un clapet hydraulique: la requérante soutient, en termes de requête, que le prix relatif à ce poste ne peut être pris en considération comme relevant des "travaux en contact avec le cours d'eau" qu'à concurrence d'un dixième (correspondant à la mise en œuvre du clapet), tandis que les 90% du prix, qui représentent la fabrication en usine, représentent des travaux "sans contact avec le cours d'eau".

Secundo. A la lecture du métré estimatif déposé par la partie adverse sur demande de M. le Premier auditeur-chef de section, le total des postes se rapportant à des "travaux sur un cours d'eau non navigable" – en ce qu'ils correspondent à des prestations servant utilement de tels travaux, même si celles-ci n'impliquent pas nécessairement toutes un contact direct avec l'eau – paraît, *prima facie*, représenter un montant estimé au regard duquel le seuil de 600.000 € fixé au titre du critère litigieux n'apparaît nullement disproportionné.

Il suit de ces deux observations que, ainsi conçue par la requérante, la proportion de 32% censée représenter les travaux "en contact avec le cours d'eau" ne peut constituer un indice utile et pertinent du caractère disproportionné du critère de sélection litigieux.

Par ailleurs, la requérante fait reposer sa critique aux termes de laquelle le critère de sélection litigieux est disproportionné, ne vise pas à évaluer la capacité technique des soumissionnaires et a uniquement pour objet et effet de limiter la

concurrence , sur l'allégation selon laquelle la capacité technique du soumissionnaire est déjà attestée "au travers de l'agrération", ce qui revient à soutenir qu'il serait superflu d'imposer ce critère de sélection en plus de l'exigence d'agrération en catégorie B, classe 4.

Ainsi que le relève la partie adverse sans être contestée sur ce point par la requérante, ce que recouvre l'agrération en catégorie B diffère de ce que comporte une expérience en matière de "travaux sur un cours d'eau non navigable". Ceci implique que, pour évaluer utilement la capacité technique des soumissionnaires, la partie adverse a estimé devoir compléter l'indication "générale" de capacité donnée par l'agrération dans une catégorie déterminée de travaux, par le critère de sélection contesté, en ce que celui-ci exige une expérience spécifique, appropriée à l'objet du marché litigieux. En conséquence, ce critère ne peut – dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger – passer pour être disproportionné ou avoir l'objet et l'effet que lui prête le moyen.

Enfin, à supposer, comme le soutient la requérante, que des travaux sur des cours d'eau navigables présentent de plus grandes contraintes techniques que des travaux sur cours d'eau non navigables, la limitation des références, pour les besoins de la sélection qualitative dans le cadre d'un marché déterminé, aux seuls travaux relevant de cette deuxième catégorie ne suffit pas, en soi, à révéler le caractère disproportionné du critère litigieux. Cette limitation ne permet pas davantage de déceler, dans la fixation de ce critère de sélection, une illégalité manifeste au regard de l'un ou plusieurs des principes et dispositions dont la violation est invoquée par le moyen.

Pour les raisons ainsi exposées, il apparaît, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, qu'aucun des trois éléments invoqués par la requérante au titre du deuxième moyen, ne permet de démontrer avec une vraisemblance suffisante, que le critère de sélection contesté ne serait pas lié et proportionné à l'objet du marché litigieux et que, ainsi conçu, il entraînerait l'exclusion d'opérateurs économiques techniquement aptes à exécuter ce marché

Le second moyen ne peut être déclaré sérieux.

VI. Indemnité de procédure

Dans sa note d'observations, la partie adverse demande de "condamner la partie requérante aux dépens, soit 700 € en faveur de la partie adverse".

En dépit de ce que pourrait laisser entendre cette formulation, celle-ci doit

bien être comprise – ainsi que l'ont d'ailleurs confirmé les débats lors de l'audience – en ce sens que la partie adverse demande que lui soit accordée l'indemnité de procédure fixée au montant de base.

La requérante n'a fait état d'aucun élément particulier dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

VII. Confidentialité

La requérante déclare déposer son offre à titre confidentiel. Elle l'identifie comme étant la pièce 3 de son dossier.

La partie adverse déclare également déposer à titre confidentiel les deux offres, versées à la pièce 4 du dossier administratif.

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.

La pièce 4 du dossier administratif, ainsi que la pièce 3 des annexes à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour 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 à la partie qui n'a pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

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

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

M.	David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.