

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 245.323 du 23 août 2019

A. 228.742/VI-21.550

En cause : **DUDUK** Ahmet,
ayant élu domicile chez
M^e Gilles VANDERMEEREN, avocat,
rue Jean-Baptiste Brabant 56
5000 Namur,

contre :

la commune de Braine-l'Alleud,
ayant élu domicile chez
M^{es} Mathilde VILAIN XIII et
Virginie DOR, avocats,
chaussée de La Hulpe 178
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 août 2019, Ahmet DUDUK sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 13 mai 2019 au terme de laquelle [la commune de Braine-l'Alleud], après avoir entériné le rapport d'attribution des offres daté du 8 mai 2019, a décidé de ne pas sélectionner son offre et a décidé d'attribuer le marché de travaux de curage et d'entretien et de réparation aux cours d'eau non navigables de la commune à la société privée à responsabilité limitée MEUSE TRAVAUX".

II. Procédure

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

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

Par une ordonnance du 5 août 2019, les parties ont été convoquées à l'audience du 19 août 2019 à 11 heures.

M. David DE ROY, conseiller d'État, président f.f., a fait rapport.

M^e Gilles VANDERMEEREN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Mathilde VILAIN XIII, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur, 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. Le présent recours concerne la procédure de passation d'un marché public relatif à des "travaux de curage, d'entretien et de réparation aux cours d'eau non navigables à divers pertuis et aux Z.I.T. de la Commune 2019-2022".

Le mode de passation du marché litigieux était la procédure ouverte. En son point "I.10 Critères d'attribution", le cahier spécial des charges précisait que le prix est l'unique critère d'attribution".

Par ailleurs, outre l'application des motifs d'exclusion prévus aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, le cahier spécial des charges prévoyait les critères de sélection suivants:

" Capacité économique et financière du soumissionnaire (critères de sélection)

- * Une déclaration concernant le **chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché** au cours des trois derniers exercices disponibles;

Niveau minimal; 50 % du chiffre d'affaires annuel pour le domaine spécifique au marché, à savoir le curage des cours d'eau, devra être égal ou supérieur à l'offre en ce qui concerne au moins deux des chiffres d'affaires des trois dernières années.

- * une **attestation d'engagement de constitution de cautionnement**, établie conformément au modèle repris en annexe du formulaire d'offre joint au présent cahier spécial des charges;

- * la preuve de la prise d'une **assurance** couvrant les risques professionnels;
- * Une **déclaration bancaire** appropriée justifiant une bonne santé financière. Cette déclaration décrit la situation du soumissionnaire par rapport aux exigences spécifiques du marché, et la banque déclare que le client dispose de la capacité financière pour exécuter ce genre de contrat et est conforme au modèle repris en annexe n° 3 de l'arrêté royal passation du 15 juillet 2011 (celle-ci est reprise en annexe du présent cahier spécial des charges).

Lorsqu'ils ne sont pas rédigés dans la langue du cahier spécial des charges, tous les documents et attestations relatifs au marché doivent faire l'objet d'une traduction en langue française.

Capacité technique et professionnelle du soumissionnaire (critères de sélection)

- * **liste des travaux similaires** exécutés sur des cours d'eau non navigables au cours des trois dernières années, avec un minimum de deux, cette liste étant appuyée **d'attestations de bonne exécution** pour les travaux les plus importants. Ces attestations sont émises et signées par l'autorité compétente. Lorsque le maître d'ouvrage est une personne privée, elles le sont par celui-ci. **Elles indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin;**

Niveau(x) minimal(aux); Cette liste devra contenir au minimum deux travaux similaires c'est-à-dire des travaux de curage de cours d'eau non navigables pour un montant d'environ 200.000 euros qui sont appuyés par une attestation de bonne exécution conforme aux spécifications prévues ci-dessus,

- * une **déclaration indiquant les effectifs moyens annuels** de l'entrepreneur et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années; l'effectif doit être au moins de 10 hommes faisant partie du personnel de l'entreprise et d'un conducteur expérimenté pour le type de travaux à réaliser;
- * **la liste actualisée** à la date de l'adjudication du **personnel** de l'entreprise;
- * **une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique** dont l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché; le matériel doit être adapté aux travaux à réaliser;
- * l'indication de la **part** du marché que le soumissionnaire a l'intention de **sous-traiter**; les règles de sélection qualitative appliquées au sous-traitant seront identiques en fonction de l'importance et de la nature des travaux sous-traités;

Un certificat VCA (LSC-Liste de contrôle Sécurité, santé et environnement entreprises Contractantes) attestant que l'entrepreneur satisfait aux exigences minimales en matière de sécurité, santé et environnement, ou un document équivalent pour les soumissionnaires étrangers.

Lorsqu'ils ne sont pas rédigés dans la langue du cahier spécial des charges, tous les documents et attestations relatifs au marché doivent faire l'objet d'une traduction en langue française.

Agréation des entrepreneurs requise (catégorie et classe - la classe est déterminée au moment de l'attribution du marché)

B1 (Curage de cours d'eau), Classe 2".

2. Les offres devaient être remises au plus tard pour le 7 mai 2019, à 11 heures. Il ressort du procès-verbal d'ouverture des offres qu'à cette date, quatre soumissionnaires ont fait offre :

- ☐ Ahmet DUDUK : 660.805,00 € HVTA / an, soit au total 2.643.220 € HTVA;
- ☐ MEUSE TRAVAUX sprl : 182.324,20 € HVTA / an, soit au total 729.296,8 € HTVA;
- ☐ E.T.H. sprl : 207.388,90 € HTVA / an, soit au total 829.555,6 € HTVA;
- ☐ EECOCUR sa : 199.594,90 € HTVA / an, soit au total 798.379,6 € HTVA.

3. Il ressort du rapport d'attribution du 8 mai 2019, que deux des quatre soumissionnaires n'ont pas été sélectionnés, dont le requérant. La non-sélection de celui-ci repose sur les motifs suivants:

- " Ce candidat ne répond pas aux exigences minimales nécessaires à la sélection qualitative.
 - Nombre d'ouvrier insuffisant
 - Chiffre d'affaire insuffisant
 - Liste des travaux similaires non conforme
- De plus, son offre ne contient pas les éléments suivants :
 - attestation d'engagement de constitution de cautionnement
 - déclaration bancaire justifiant une bonne santé financière
 - un certificat VCA".

Le rapport d'attribution conclut que le soumissionnaire sélectionné ayant déposé l'offre régulière la moins chère est la société privée à responsabilité limitée MEUSE TRAVAUX. Il est, par conséquent, proposé au collège communal de la partie adverse d'attribuer le marché litigieux à cette société.

4. Lors de sa délibération du 13 mai 2019, le Collège communal a décidé de faire siens les motifs de ce rapport, et donc notamment de ne pas sélectionner la partie requérante et d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du prix, à savoir la société privée à responsabilité limitée MEUSE TRAVAUX.

Il s'agit de l'acte attaqué par le présent recours.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

A. Note d'observations

La partie adverse conteste la recevabilité de la présente demande pour deux motifs. D'une part, elle fait valoir qu'il ne relève pas de la compétence du Conseil d'État d'ordonner la suspension de l'exécution du contrat conclu à la suite de la décision d'attribution d'un marché public, ce à quoi tend précisément la requête, aux termes de laquelle "le requérant vous prie également, si le contrat a été noué avec l'attributaire d'ordonner la suspension des effets de ce contrat". D'autre part, elle met en cause l'intérêt du requérant à son recours, intérêt qui – selon elle – ferait défaut. À propos de cette deuxième exception d'irrecevabilité la partie adverse fait état des considérations suivantes:

- " 12. En ce qui concerne les conditions de recevabilité d'un recours en suspension, l'article 15 de la loi du 17 juin 2013 prévoit notamment que :
- « 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 » [...].
- L'article 14 auquel il est renvoyé énonce les conditions de recevabilité suivantes :
- « À 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 (...) » [...].
13. Votre Conseil d'État déduit de ces dispositions qu'aurait un intérêt au recours toute personne se présentant comme « une entreprise active dans le domaine correspondant à l'objet du marché contesté et qui aurait été illégalement évincée de celui-ci », pour conclure au principe selon lequel une demande n'est recevable que dans la mesure où la suspension de la décision d'attribution aurait pour effet de rendre à la partie requérante au moins une chance de gagner le marché :
- « Les termes en lesquels [l'article 14 de la loi du 17 juin 2013] 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 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.
- (...) n'aperçoit pas, sur la base de cet argument, comment la requérante aurait été, ou risqué d'être, particulièrement affectée par la fixation des conditions du marché critiquées. En toute hypothèse, la requérante n'expose pas concrètement en quoi, face à d'autres conditions, son offre aurait été à ce point différente qu'elle eût été de nature à lui donner une chance supplémentaire d'obtenir le marché.

Dès lors que la requérante n'établit pas à suffisance la lésion que, selon elle, lui auraient causée ou auraient risqué de lui causer les prétendues violations invoquées par les moyens, lésion à la vérification de laquelle est subordonnée, en vertu de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 précitée, la recevabilité du recours en annulation dirigé contre l'acte attaqué, ce recours doit être déclaré irrecevable.» [...].

Notons que ce principe admis depuis longtemps est de jurisprudence constante. Bien avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 juin 2013, Votre Conseil jugeait effectivement déjà que :

«l'intérêt d'un requérant à attaquer devant le Conseil d'État une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même;» [...].

À titre d'exemples, Votre Conseil a notamment précisé ce qui suit :

□ «Dans le cadre de l'appel d'offres ouvert concerné, la requérante n'a pas déposé l'offre la plus basse mais la seconde plus basse. Afin qu'elle puisse obtenir le marché, et donc avoir en principe un intérêt au recours, l'annulation doit permettre qu'elle puisse encore avoir une chance d'être considérée comme l'offre régulière la plus basse. A cette fin, il ne suffit pas qu'une annulation soit prononcée uniquement sur base d'un moyen contestant qu'elle ait été écartée pour irrégularité. Il n'en irait pas moins que le marché ne pourrait toujours pas lui être attribué, étant donné qu'elle n'a pas l'offre la plus basse.» [...].

□ «L'offre des requérantes ayant été déclarée irrégulière, elles ne peuvent justifier d'un intérêt qu'à la condition que les moyens qu'elles formulent soient de nature à leur rendre une chance de se voir attribuer le marché. Tel est le cas si ces moyens sont de nature à démontrer l'illégalité de la décision déclarant leur offre irrégulière ou de nature à démontrer que toutes les offres auraient en réalité, dû être déclarées irrégulières.» [...].

14. Il découle de ce qui précède qu'une requête en suspension sera déclarée irrecevable, notamment, lorsque la partie requérante ne parvient pas à démontrer que la suspension de l'acte attaqué lui permettrait de retrouver au moins une chance de se voir attribuer le marché.

Or, en l'espèce, quand bien même par impossible Votre Conseil venait à juger les moyens invoqués par la partie requérante comme étant sérieux, *quod non*, force est de constater que cette dernière n'aurait en tout état de cause pas pu se voir attribuer le marché litigieux.

15. Tout d'abord, il convient de souligner que l'absence d'un seul des documents exigés dans le cadre de la sélection qualitative est suffisante pour motiver la non-sélection d'un soumissionnaire. Ainsi, la jurisprudence de Votre Conseil pose le principe selon lequel :

«tous et chacun des documents requis par le § 6, d. du cahier spécial des charges pour prouver la capacité technique du soumissionnaire étaient nécessaires, et que le défaut d'un seul suffisait à justifier une décision de non-sélection; qu'ainsi, l'absence de sérieux d'une seule des branches des premier ou deuxième moyens suffirait à justifier cette décision de non-sélection;» [...].

Or, si la partie requérante met en cause la régularité de certains des critères de sélection, il n'en va pas moins qu'elle reste en défaut de réfuter la totalité des éléments ayant mené à sa non-sélection.

En effet, le rapport d'attribution retient les motifs de non-sélection suivants concernant la partie requérante [...]:

«Ce candidat ne répond pas aux exigences minimales nécessaires à la sélection qualitative.

Nombre d'ouvrier insuffisant

Chiffre d'affaire insuffisant

Liste des travaux similaires non conforme

De plus, son offre ne contient pas les éléments suivants :

- attestation d'engagement de constitution de cautionnement
- déclaration bancaire justifiant une bonne santé financière
- un certificat VCA»

La partie requérante ne satisfaisait clairement pas à plusieurs critères, pourtant manifestement assortis de seuils minimaux d'exigence. Elle n'adresse d'ailleurs aucune critique à l'égard des critères relatifs à l'attestation d'engagement de constitution du cautionnement et au certificat VCA. Même en l'absence des critères litigieux, la partie requérante n'aurait dès lors pas pu être sélectionnée.

- S'agissant du nombre d'ouvriers insuffisant, pour rappel, le cahier spécial des charges requerrait un nombre minimal de 10 employés et d'un (1) conducteur expérimenté pour le type de travaux à réaliser; or, il résulte de l'offre du soumissionnaire que seul[e]s 10 personnes sont proposées au lieu de 11; en outre, parmi ces 10 personnes, se trouve un géomètre indépendant, qui n'est donc par définition pas un membre du personnel; concrètement, la partie requérant[e] ne proposait donc dans son offre, ni 10 membres de son personnel, ni un conducteur expérimenté pour le genre de travaux envisagés; la liste du personnel présentée dans l'offre de la partie requérante ne répondait donc pas au critère et à son seuil minimal d'exigence; il est également particulièrement marquant de constater que la liste du personnel présentée sous le second moyen de la requête, n'est pas la même que celle présente dans l'offre dans la partie requérante [...], dès lors qu'un[e] personne en plus est présente sur cette nouvelle liste, or, c'est évidemment à la liste jointe à l'offre qu'il convient d'avoir égard;
- S'agissant du chiffre d'affaire insuffisant, pour rappel, le cahier spécial des charges requerrait un chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché au cours des trois derniers exercices disponibles, avec comme exigence minimale que 50 % du chiffre d'affaires annuel pour le domaine visé soit égal ou supérieur au montant de l'offre en ce qui concerne au moins deux des chiffres d'affaires des trois années concernées; or, il résulte de l'offre du soumissionnaire que non seulement, la seule déclaration relative au chiffre d'affaires concerne le chiffre global, et non pas le chiffre pour le domaine concerné, mais qu'en outre aucun des trois chiffres mentionnés dans cette déclaration (186.704 €, 261.337,63 € et 783.885,24 €) n'atteint le double du montant de l'offre de la partie requérante (799.574,05 €); même à prendre en compte le montant allégué par la partie requérante (165.000 €), ce qui ne serait pas correct puisque ce n'est pas le montant qui figure sur le formulaire d'offre, la partie requérante ne fait pas valoir deux années dont le chiffre d'affaire représenterait le double du montant allégué de son offre (concrètement, la partie requérante ne fait pas état de deux fois 330.000 € de chiffre d'affaire); le chiffre d'affaire global n'étant en tout état de cause pas suffisant, celui spécifique au domaine d'activité ne pourrait pas l'être non plus; la partie requérante ne répondait donc pas au critère et à son seuil minimal d'exigence; on notera que si la procédure devait être recommencée, la partie requérante ne pourrait en tout état de cause pas modifier sa situation à cet égard; elle ne pourrait donc en aucun cas retrouver une chance d'exécuter le marché;
- S'agissant de la liste de travaux, pour rappel, le cahier spécial des charges requerrait au minimum deux références de travaux similaires pour un montant d'environ 200.000 €; or, il résulte de l'offre du soumissionnaire que sur les 5 références citées, seule une dépasse les 200.000 €, et aucune autre ne s'en rapproche raisonnablement, la plus proche des références étant à 160.000 €, soit 20 % de moins; par ailleurs, les travaux référencés ne portent pas spécifiquement sur le curage des cours d'eaux, malgré l'exigence explicite à cet égard; ce dernier ne répondait donc pas au critère et à son seuil minimal d'exigence;
- Le cahier spécial des charges requerrait également, comme expressément permis par la réglementation, une attestation bancaire (ce critère n'étant par nature pas assorti d'un niveau d'exigence minimale); or, le soumissionnaire a uniquement repris l'attestation non complétée annexée au Cahier spécial des charges; celle-ci n'a en tout état de cause pas été délivrée/complétée par sa banque; il ne satisfaisait donc pas non plus à ce critère;
- Enfin, le cahier spécial des charges mentionnait l'exigence de déposer un certificat VCA; or, comme reconnu par le soumissionnaire dans son courriel au pouvoir adjudicateur du 19 juillet 2019 [...], ce dernier n'a pas déposé ce

certificat (et reproche au pouvoir adjudicateur de ne pas le lui avoir demandé alors que ceci était expressément requis dans les documents du marché). Il résulte de ce qui précède que le soumissionnaire ne satisfaisait pas à plusieurs critères de sélection qualitative, parfaitement réguliers et assortis d'exigences minimales claires. Le soumissionnaire reconnaît d'ailleurs lui-même ne pas avoir mis en œuvre la diligence nécessaire pour produire les documents demandés. Il n'aurait de toute façon pas pu être sélectionné.

16. On relèvera pour le surplus qu'en matière de sélection qualitative, le pouvoir adjudicateur n'est soumis à aucune obligation de demander aux soumissionnaires de compléter les documents éventuellement manquants, et qu'en tout état de cause, une telle demande ne peut certainement pas permettre aux soumissionnaires de modifier leur offre.

17. Ensuite, la partie adverse rappelle que le marché litigieux était passé sur base du seul critère d'attribution lié au prix des offres déposées [...]. Or, quand bien même l'offre de la partie requérante aurait dû être sélectionnée, *quod certe non*, il ressort de l'exposé des faits que son prix s'élevait à plus du triple de celui de ses concurrents (pièce n° 3), de sorte qu'elle n'aurait en aucun cas pu se voir attribuer le marché.

De surcroît, une telle différence aurait très certainement dû mener la Commune à s'interroger sur le caractère éventuellement anormal du prix ainsi proposé par la partie requérante, voire à l'écarter en l'absence de justification raisonnable de ce prix particulièrement élevé.

A cet égard, la Commune constate que même s'il devait s'avérer au cours d'une telle investigation que la partie requérante aurait commis une erreur en remettant un prix total pour le marché, en ce compris les trois années de reconductions autorisées, en lieu et place du prix pour le marché de base tel qu'explicitement demandé dans le formulaire d'offres, à savoir un prix annuel, cette erreur n'aurait pas pu être réparée.

La procédure de justification de prix anormaux ne peut effectivement que mener à des «justifications», et ne peut aucunement permettre de rectifier des erreurs qui proviennent d'une mauvaise interprétation du métré ou de l'inventaire.

Le cas échéant, une telle erreur n'aurait pas non plus pu être rectifiée sur base de l'article 34 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, dès lors que «Quoi qu'il en soit, pour qu'il y ait erreur matérielle au sens des arrêtés royaux, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de la corriger sur la base de l'offre elle-même et non de déclarations ultérieures du soumissionnaire concerné.», ce qui n'est manifestement pas le cas en l'espèce puisque c'est sur la base d'une déclaration ultérieure que le soumissionnaire prétend avoir commis une erreur d'interprétation du métré.

En tout état de cause, l'article 82 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précise explicitement que :

«Dès la date et l'heure limites d'introduction des offres, éventuellement prolongée, le soumissionnaire n'est plus fondé à se prévaloir des erreurs ou omissions qui pourraient figurer dans le métré récapitulatif ou dans l'inventaire mis à sa disposition par le pouvoir adjudicateur.

En outre, dès cet instant, il ne peut se prévaloir des vices de forme dont est entachée son offre, ni des erreurs ou omissions qu'elle comporte.» [...].

Il découle de cette disposition que le soumissionnaire assume seul la responsabilité de l'établissement de son offre, et ne peut se prévaloir, après le dépôt de celle-ci, d'éventuelles erreurs qu'elle comporterait.

Il en résulte que :

- le soumissionnaire a déposé une offre beaucoup plus chère que celles de ces concurrents; la procédure étant basée uniquement sur le prix, il n'aurait pu se voir attribuer le marché car il n'aurait pas été bien classé;
- à titre subsidiaire, à supposer que le prix ait été considéré comme anormal et que le pouvoir adjudicateur ait interrogé le soumissionnaire dans le cadre de la vérification des prix, le soumissionnaire n'aurait pas pu modifier le prix de son offre;
- à supposer que, comme le prétend le soumissionnaire, il s'agirait de sa part d'une erreur matérielle d'interprétation, (i), le soumissionnaire ne peut s'en prévaloir et (ii) le pouvoir adjudicateur n'aurait pas pu la corriger sur la base de

déclarations ultérieures et (iii) n'aurait en tout état de cause pas été tenu de le faire.

□ La partie requérante n'aurait donc de toute façon pas obtenu le marché, et ce, outre les éléments de sélection qualitative manquants et insuffisants, également en raison du prix remis pour ce marché.

18. Il découle de tout ce qui précède que, même indépendamment des moyens soulevés par la partie requérante et de leur bien-fondé, *quod non*, cette dernière n'aurait en tout état de cause eu aucune chance d'obtenir le marché litigieux. La requête est irrecevable à défaut d'intérêt dans le chef de la partie requérante".

B. Plaidoirie du requérant

À l'audience du 19 août 2019, le requérant s'est référé à des contributions doctrinales sur lesquelles il estime pouvoir prendre appui pour établir son intérêt à la demande, que lui conteste la partie adverse. Confrontant au cas d'espèce les enseignements que lui livre cette doctrine, et observant que – conformément à ceux-ci – la recevabilité de sa demande est liée à l'examen des moyens, il rappelle que, dans le deuxième de ceux-ci, il conteste la manière dont son offre a été critiquée; il développe également, à propos du premier moyen, les considérations qui, en substance, sont les suivantes : ce moyen dénonce l'illégalité du cahier spécial des charges en matière de sélection des entrepreneurs. Selon lui, les illégalités dénoncées vicieraient le cahier spécial des charges et, en conséquence, toute la procédure de sélection, de sorte que les entreprises n'auraient pas dû être sélectionnées. Cette irrégularité du cahier spécial des charges imposera nécessairement à la partie adverse de recommencer la procédure *ab initio* et on ne peut préjuger, à ce stade, comment le marché sera relancé, qui pourra y participer et selon quelles modalités et conditions. Dans ces conditions, son intérêt à contester le cahier spécial des charges ne peut être contesté.

IV.2. Exposé des moyens

L'examen de la recevabilité du recours impose de présenter les termes des moyens soulevés à l'appui de cette demande. Le requérant ayant déclaré, à l'audience du 19 août 2019, se désister de son troisième moyen, il n'y a pas lieu d'avoir égard à celui-ci.

Le premier moyen est pris de "la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, et plus particulièrement des articles 4, 5, 36, 66 et 71, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et plus particulièrement des articles 65 et 67 et des principes d'égalité de traitement, de transparence et de concurrence". Les griefs qui y sont formulés portent sur la fixation des conditions de sélection des opérateurs, en ce que

" la Partie adverse sollicite et/ou impose :

- (1) la démonstration d'un niveau de chiffre d'affaire en lien avec des travaux de même nature que ceux considérés pour le marché litigieux qui s'avère n'être pas le même pour tous les soumissionnaires concernés; (première branche)
- (2) la preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels, sans fixer de seuil d'exigence; (deuxième branche)
- (3) une déclaration bancaire; (troisième branche)
- (4) une liste de travaux similaires exécutés avec un seuil de valeur indéterminé «un montant d'environ 200.000 €» limitée à 3 ans; (quatrième branche)
- (5) une liste de matériel sans fixer de seuil d'exigence; (cinquième branche)".

Le deuxième moyen est pris de "la violation [des articles 4 et 71] de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 65 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe de l'égalité de traitement et de son corollaire, le principe de transparence, 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 la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes de bonne administration, et en particulier du devoir de minutie, de l'erreur de fait et de l'erreur manifeste d'appréciation, du principe général de comparaison effective des offres, du principe général de motivation interne des actes administratifs selon lequel toute décision doit porter sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit, et pris de l'excès de pouvoir", en ce que "l'offre du requérant a été déclarée irrégulière car prétendument incomplète, sans que la Partie adverse s'explique ni sur les éléments prétendument manquants, ni sur les motifs permettant de ne pas retenir les éléments avancés par le requérant ou encore sur l'absence d'interrogation du requérant". Le requérant relève en particulier que

" La décision comporte à cet égard uniquement les mentions suivantes :

«Ce candidat ne répond pas aux exigences minimales nécessaires à la sélection qualitative :

Nombre d'ouvrier, liste des travaux similaires non conforme, chiffre d'affaires insuffisant.

De plus, son offre ne contient pas les éléments suivants :

- attestation d'engagement de constitution de cautionnement
- déclaration bancaire justifiant une bonne santé financière
- un certificat VCA.

Alors que le cahier spécial des charges imposait ceux-ci dans les critères de capacité économique, financière, technique et professionnelle».".

IV.3. Appréciation du Conseil d'État

La deuxième exception d'irrecevabilité opposée par la partie adverse doit être examinée sous l'angle de la recevabilité du présent recours, dont les conditions sont fixées par les 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, libellés comme suit:

- " Art. 14. À 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'État, 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'État, 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".

Les termes en lesquels ces dispositions sont libellées et la préoccupation d'effectivité du recours juridictionnel qu'elles ont 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 ces dispositions, 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, dès lors qu'il n'est pas contesté que la requérante a eu un intérêt à obtenir le marché litigieux, il convient, pour apprécier la recevabilité du présent recours, d'examiner s'il est satisfait à la condition relative à la lésion causée, ou risquant d'avoir été causée, par les violations alléguées dans le cadre de ce recours.

À supposer établie l'illégalité dénoncée au titre du deuxième moyen et consistant dans la méconnaissance – par la partie adverse – des obligations de motivation qui lui incombaient en l'espèce, le Conseil d'État n'aperçoit pas en quoi cette illégalité aurait lésé ou risqué de léser le requérant, et ce dès lors qu'une lésion (potentiellement) causée par la non-sélection de requérant aurait, en toute hypothèse, été causée – indépendamment de l'illégalité dénoncée – par ceux des motifs de non-sélection de celui-ci, qui ne sont pas critiqués en termes de requête.

Par ailleurs, s'agissant du premier moyen, qui dénonce les illégalités dont seraient entachées certaines des conditions de sélection des entrepreneurs, le requérant s'est borné – en termes de plaidoiries – à faire valoir que si ces illégalités étaient établies, elles imposeraient de reprendre *ab initio* la procédure d'attribution du marché litigieux, sans qu'il puisse être préjugé des circonstances de cette reprise, de sorte qu'il pourrait entrevoir une chance d'obtenir le marché. Sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur les mérites de cet argument, celui-ci ne permet pas de démontrer concrètement une lésion que lui aurait causée ou risqué de lui causer la violation alléguée et le requérant ne fait état d'aucun élément qui lui permettrait précisément de satisfaire à cet exigence de démonstration.

Dès lors que le requérant n'établit pas à suffisance la lésion que lui auraient – à son estime – causée ou auraient risqué de lui causer les prétendues violations invoquées par les moyens, 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 des recours ouverts par ces dispositions, la présente demande doit être déclarée irrecevable.

V. Confidentialité

La partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des quatre offres déposées dans le cadre du marché litigieux, lesquelles sont identifiées comme étant les pièces 4 à 7 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 ailleurs, il y a lieu, conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, d'ordonner la confidentialité de l'offre du requérant, déposée par celui-ci et identifiée comme étant la pièce 4 de son dossier.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 4 à 7 du dossier administratif, ainsi que la pièce 4 du dossier du requérant, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour 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 des vacations siégeant en référé, le vingt-trois août deux mille dix-neuf par :

David DE ROY,
Samy DJERBOU,

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

Le Greffier,

Le Président,

Samy DJERBOU

David DE ROY