

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 248.728 du 23 octobre 2020

A. 222.851/VI-21.068

En cause : **la société anonyme DERRIKS**,
ayant élu domicile chez
M^e Pierre LEJEUNE, avocat,
rue des Fories 2
4020 Liège,

contre :

la commune de Morlanwelz,
représentée par son collègue communal,
ayant élu domicile chez
M^e Eric DELBRASSINNE, avocat,
rue Cardinal Mercier 4
6032 Mont-sur-Marchienne.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 9 août 2017 par la voie électronique, la SA Derriks demande l'annulation de « la délibération du collège communal de Morlanwelz du 22 mai 2017, décidant de ne pas la sélectionner en tant que soumissionnaire du marché public de travaux "Aménagement d'un terrain de football en gazon synthétique et ses abords" et attribuant le marché à un tiers ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Laurent Jans, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

La partie requérante a déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 1^{er} septembre 2020, l'affaire a été fixée à l'audience du 30 septembre 2020.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

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

M^e Pierre Lejeune, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e Eric Delbrassinne, avocat, comparaissant pour la partie adverse ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent Jans, premier auditeur, a été entendu en son avis contraire.

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

III. Exposé des faits utiles

1. Par avis de marché publié au Bulletin des adjudications du 24 août 2016, la commune de Morlanwelz lance un appel à la concurrence pour un marché de travaux portant sur l'aménagement d'un terrain de football en gazon synthétique et ses abords (n° 20150005).

Le mode d'attribution est l'appel d'offres ouvert.

L'avis de marché énonce comme suit les conditions de sélection :

- « Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies :
- La preuve que le soumissionnaire remplit les conditions d'obtention de l'agrément d'entrepreneurs de travaux dans la classe 4, sous-catégorie G4.

À cette fin, le soumissionnaire peut présenter :

- soit la preuve de son agréation correspondant à la classe et à la catégorie ou sous-catégorie de travaux concernés;
- soit la preuve de son inscription sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre État membre de l'Union européenne ainsi que les documents complémentaires éventuels;
- soit un dossier dont il ressort que l'entrepreneur satisfait aux exigences de la classe et de la catégorie ou sous-catégorie d'agrément à prendre en considération.

Niveau(x) spécifique(s) minimal(aux) exigé(s) (le cas échéant):

chiffre d'affaires global annuel au min égal à : 5.000.000,00 Eur

Agréation requise: G4 (Revêtements spéciaux pour terrains de sport), Classe 4 ».

Par ailleurs, selon le cahier spécial des charges, le critère de sélection de la capacité économique et financière est libellé comme suit :

« b) Capacité économique et financière :

- ☐ La preuve que le soumissionnaire remplit les conditions d'obtention de l'agrément d'entrepreneurs de travaux dans la classe 4, sous-catégorie G4. À cette fin, le soumissionnaire peut présenter :
- ☐ soit la preuve de son agréation correspondant à la classe et à la catégorie ou sous-catégorie de travaux concernés;
- ☐ soit la preuve de son inscription sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre État membre de l'Union européenne ainsi que les documents complémentaires éventuels;
- ☐ soit un dossier dont il ressort que l'entrepreneur satisfait aux exigences de la classe et de la catégorie ou sous-catégorie d'agrément à prendre en considération.

Niveau minimal: chiffre d'affaires global annuel au min égal à: 5.000.000,00Eur ».

2. La requérante remet offre le 3 octobre 2016. Des offres sont également déposées par trois autres soumissionnaires, dont la société Scheerlink Sport.

3. Le 30 novembre 2016, l'auteur de projet de la partie adverse établit un « Rapport d'attribution », concluant à la sélection des quatre soumissionnaires, à la régularité de leurs offres et à l'attribution du marché à la société Scheerlinck, dont il juge l'offre comme étant la plus intéressante au regard des critères d'attribution.

4. Le 19 décembre 2016, le collège communal de la partie adverse adopte une délibération, dont le dispositif se lit comme suit en ses articles 3 à 5 :

« Article 3.- La décision d'approuver le rapport d'examen des offres du 30 novembre 2016, rédigé par l'auteur de projet, BUREAU D'ARCHITECTES KUNOKA S.P.R.L., Rue des Ecaussinnes, 71 à 7070 LE ROEULX.

Article 4.- La décision de considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération.

Article 5.- La décision d'attribuer le marché "Aménagement d'un terrain de foot synthétique" au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit SCHEERLINCK SPORT N.V., Koeweidestraat, 54 à 1785 MERCHTEM, pour le montant de l'offre contrôlé de 500.804,84-€ hors TVA ou 605.973,86-€, 21% TVA comprise et de fixer le délai de garantie à 120 mois ».

5. Cette délibération est attaquée devant le Conseil d'État, par une requête introduite le 23 mars 2017. Elle fera l'objet d'un arrêt n° 240.175 du 13 décembre 2017 aux termes duquel « La délibération du collège communal de Morlanwelz du 19 décembre 2016 attribuant à la société Scheerlinck Sport le marché public de travaux ayant pour objet l'"Aménagement d'un terrain de football en gazon synthétique et ses abords" et la décision implicite qui en découle de ne pas attribuer ce marché à la société Derriks sont annulées ».

6. Le 27 mars 2017, le collège communal de la partie adverse adopte une délibération aux termes de laquelle il annule sa délibération précitée du 19 décembre 2016.

Il ne ressort pas des pièces de la procédure que cette délibération aurait été communiquée à la requérante par la partie adverse.

7. Par un courrier du 28 mars 2017, la partie adverse demande à la requérante si elle consent à une prolongation de la validité de son offre pour une durée supplémentaire de 120 jours.

Le 6 avril 2017, la requérante répond favorablement, moyennant certaines adaptations.

8. Le 19 mai 2017, l'auteur de projet de la partie adverse établit un nouveau « Rapport d'attribution », concluant notamment à la non-sélection de la requérante et à la régularité des offres des trois autres soumissionnaires et à l'attribution du marché à la société Scheerlinck Sport.

9. Le 22 mai 2017, le collège communal de la partie adverse adopte une délibération aux termes de laquelle il décide notamment de ne pas sélectionner la requérante, d'approuver le « rapport d'examen des offres du 19 mai 2017 », de considérer ce rapport comme « partie intégrante de la présente délibération » et

d'attribuer le marché litigieux à la société Scheerlinck Sport.

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

10. Le 12 juin 2017, la partie adverse informe la requérante que le marché litigieux a été attribué à un autre soumissionnaire et lui communique les motifs de sa non-sélection.

Au titre de la conclusion relative à la sélection des soumissionnaires, le motif de non-sélection de la requérante énoncé dans ce courrier se lit comme suit :

« Le niveau minimum du chiffre d'affaires global annuel exigé de 5.000.000 euros n'est pas atteint ».

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité de la requête, en se prévalant de la jurisprudence du Conseil d'État selon laquelle « [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 ». Elle fait valoir qu'il ressort du premier rapport d'adjudication du 30 novembre 2016 que si la partie requérante avait pu passer la phase de sélection – *quod non* - son offre ne se serait de toute manière positionnée (avec 83,32 points) qu'en deuxième place sur la base des 5 critères définis, derrière l'adjudicataire de ce marché (obtenant 84,35 points). La partie adverse estime que la partie requérante n'aurait donc pas pu être adjudicataire de ce marché, en sorte que sa requête n'est pas recevable, à défaut d'intérêt.

B. Mémoire en réplique

La requérante réplique que, sur le plan des principes, un soumissionnaire régulier a intérêt à faire contrôler la légalité de la procédure qui attribue le marché à un concurrent, quel que soit le classement de sa soumission. Elle fait valoir que, en l'espèce, le classement du 30 novembre 2016 est, selon l'avis du pouvoir subsidiant et de la partie adverse, entaché d'illégalités, la décision du collège communal du

19 décembre 2016 ayant, pour ce motif, été annulée par le Conseil d'État par son arrêt n° 240.175 du 13 décembre 2017. Elle ajoute que si l'offre de la requérante n'a pas été jugée régulière lors de la procédure ayant précédé l'acte attaqué, le recours en annulation critique, précisément, cette décision. Enfin, elle soutient que la circonstance qu'elle ait participé à la seconde procédure de passation du marché ne la prive pas d'intérêt au recours.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'exception, prise par la partie adverse, du défaut d'intérêt de la requérante à son recours en annulation doit être examinée sous l'angle de la recevabilité de celui-ci, dont les conditions sont fixées par l'article 14 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qui, tel qu'applicable en l'espèce, était libellé comme suit :

« À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché 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 communautaire en matière de marchés publics applicable au marché concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics;
- 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché concerné;
- 3° les documents du marché ».

En l'espèce, il ne peut être contesté que la requérante avait bien intérêt à obtenir le marché litigieux, ainsi que l'atteste notamment le dépôt de son offre. Par ailleurs, la requérante critique notamment, au titre de la première branche du deuxième moyen de sa requête, le niveau de chiffre d'affaires exigé par la partie adverse en tant que critère de sélection qualitative destiné à vérifier la capacité économique et financière des soumissionnaires. Cette exigence a précisément déterminé la partie adverse à ne pas sélectionner la requérante qui ne démontrait pas pouvoir y satisfaire, ce qui suffit à établir que la violation invoquée à ce titre par la requérante doit donc être considérée comme ayant lésé celle-ci.

Pour le surplus, telle que formulée par la partie adverse, l'exception d'irrecevabilité prend appui sur l'affirmation selon laquelle la requérante ne pourrait, même si elle avait été sélectionnée, avoir aucune chance d'obtenir le marché

litigieux, puisque – selon le premier rapport d’attribution du 30 novembre 2016 – son offre était classée en deuxième position. Cette affirmation préjuge de l’appréciation qu’aurait portée la partie adverse si elle avait sélectionné la requérante et comparé l’offre de celle-ci aux autres, à l’occasion de la réfection de la première décision d’attribution du marché. L’éventualité d’attribution de notes nouvelles conduisant à bouleverser le classement final peut d’autant moins être exclue que le rapport d’attribution du 19 mai 2017, approuvé par l’acte attaqué, révèle que la nouvelle analyse des offres a conduit à l’attribution de notes sensiblement différentes aux trois soumissionnaires sélectionnés. Il apparaît donc que ne peut être vérifié le postulat sur lequel repose l’exception d’irrecevabilité.

Pour les motifs ainsi exposés, l’exception opposée par la partie adverse ne peut être accueillie et le recours, qui satisfait aux conditions de recevabilité ainsi rappelées, doit être déclaré recevable.

V. Deuxième moyen - Première branche

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen, « pris de la violation de l’article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et du principe de l’appel effectif à la concurrence et du principe de transparence; de la violation des articles 29, § 2, 40, § 2, 58, 59, 67, 70 et 72 de l’arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; de la violation du principe général “*patere legem quam ipse fecisti*” et du critère de sélection précisant les exigences minimales en matière de capacité technique dans l’avis de marché; de l’existence d’erreurs manifestes d’appréciation; de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l’article 4 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 ».

En sa première branche, qui dénonce l’illégalité du cahier spécial des charges, le moyen est formulé comme suit :

« 22.- Les critères de sélection visent à vérifier la capacité des soumissionnaires à réaliser le marché. Ils ne peuvent avoir pour effet de “de limiter l'accès au marché à un nombre inutilement restreint de soumissionnaires”.
Pour ce motif, l'article 58, § 1^{er}, 2^o, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose que ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte [sic] “soient liés et proportionnés à l'objet du marché”.

23.- En l'espèce, tant l'avis de marché que le cahier spécial des charges contiennent des dispositions déterminant :

- le niveau minimum requis;
- les exigences en matière de sélection.

24.- Certes, la partie adverse dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer les critères de sélection. Mais ce pouvoir ne peut porter atteinte, au-delà de ce qui est nécessaire, au principe d'appel effectif de la concurrence et doit être proportionné par rapport au marché considéré.

25.- En l'espèce, le marché a donné lieu aux offres portant, selon le rapport d'attribution communiqué à la requérante, sur des montants allant de 567.776,69 € à 745.346,89 €. Au regard de la valeur du marché, est hors de proportion et, partant, entachée d'erreur manifeste d'appréciation, l'exigence d'un chiffre d'affaires global de 5.000.000 €.

La conclusion est la même si on prend en considération la classe exigée, soit la classe 4 correspondant à des travaux de 900.000 €, ou encore les références de travaux exécutés au cours des cinq dernières années, devant porter sur des travaux similaires pour un montant minimum de 400.000 €.

26.- Dans l'avis de marché, sous le titre “Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies” la partie adverse a exclusivement indiqué que le candidat devait fournir “la preuve qu'il remplit les conditions d'obtention de l'agrément d'entrepreneurs de travaux dans la classe 4, sous-catégorie G4”.

27.- En l'occurrence, la requérante dispose bien de l'agrément requise soit la classe 4, sous-catégorie G4. Elle répond donc au critère de sélection portant sur sa capacité économique et financière ... mais non aux exigences minimales requises. Il se démontre ainsi que les documents du marché sont entachés d'une contradiction en visant d'une part la classe et la catégorie de travaux correspondant au marché à titre de condition de sélection, puis en mentionnant une exigence dite minimale qui excède de loin cette condition et, partant, démontrant la disproportion entre l'exigence du chiffre d'affaires global et le marché considéré.

28.- En fixant le seuil de chiffre d'affaires à un tel niveau, la partie adverse a, par ailleurs, inutilement restreint la concurrence, en méconnaissance avec l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 visée au moyen ».

B. Mémoire en réponse

En réponse à ce moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« 19. La partie requérante se réfère tout d'abord aux exigences de capacités économiques et techniques spécifiées dans le C.S.C. de ce marché, et ensuite plus précisément à l'exigence minimale qui était définie :
Niveau minimal : chiffre d'affaires global annuel au min égal à: 5.000.000, 00 Eur.

L'analyse des documents annexés à l'offre de la partie requérante a démontré que celle-ci n'avait qu'un chiffre d'affaires annuel moyen de +/- 2,5 millions d'euros, et, concernant plus spécifiquement l'année 2015, un montant de 2.850.000,00 € seulement.

Le seuil défini ci-dessus n'était donc pas atteint pas la S.A. DERRIKS.

La partie requérante concède qu'elle ne répondait pas à l'exigence minimale précitée pour le chiffre d'affaires annuel.

La partie requérante estime que cette exigence minimale d'un chiffre d'affaires global de 5.000.000,00 € par an est une exigence disproportionnée par rapport de la valeur de ce marché, lequel n'est que de +/- 600.000,00 € seulement (les offres variant entre 567.776,69 € à 745.346,89 €).

Il s'agirait là également selon elle d'une restriction injustifiée de l'accès à ce marché.

20. Les éléments de comparaison sont cependant manifestement mal appréciés par la partie requérante, et son calcul proportionnel est en conséquence entaché d'une erreur de raisonnement.

On rappellera en effet que, dans les éléments contractuels prévus dans le C.S.C., la durée d'exécution du marché public litigieux était au maximum 40 jours ouvrables seulement (pages 9 et 10 du C.S.C.) :

4	Délai	10 points	Délai d'exécution. Attribution des points selon une règle de trois : Délai min/délai
			ent X nb de points du critère. Max 40 jours ouvrables

Il n'est donc pas pertinent de comparer directement le chiffre d'affaires potentiel de ce marché public avec le chiffre d'affaires annuel d'une entreprise censée pouvoir réaliser, tout au long d'une année, des chantiers de la même ampleur économique.

Si l'on veut confronter de manière raisonnable la valeur estimée de ce marché public avec l'exigence du chiffre d'affaires minimum, il faut alors tenir compte du fait que le chiffre d'affaires potentiel pour cet ouvrage n'est engendré que pour une durée d'occupation de l'entreprise adjudicataire pendant 1 mois et demi seulement au total (40 jours ouvrables).

Pour collationner ce chiffre d'affaires potentiel de +/-700.000,00 € à un chiffre d'affaires annuel pour le même type d'activité, il faut bien évidemment le multiplier par 8 (pour 12 mois), ce qui correspond à un chiffre d'affaires annuel de 5,6 millions d'euros.

Il n'était donc absolument pas disproportionné ni exagéré d'exiger comme condition minimale la preuve d'un chiffre d'affaires de 5 millions d'euros pour prouver sa capacité économique à réaliser ce travail.

Il ne s'agit à l'évidence pas d'une erreur manifeste d'appréciation. Ce moyen n'est donc pas pertinent et il ne peut être retenu. »

C. Mémoire en réplique

La requérante réplique comme suit :

« 22.- Contrairement à ce qu'indique la partie adverse, le critère de sélection ne vise pas à établir la capacité économique et financière d'un soumissionnaire à réaliser, tout au long de l'année, des chantiers de la même ampleur économique que le marché litigieux, mais vise à établir la capacité du soumissionnaire à réaliser un marché précis, soit en l'occurrence le marché à attribuer.
Il résulte de la thèse que développe la partie adverse dans son mémoire en réplique que le moyen est fondé en ce qu'il dénonce un manque de proportionnalité entre le critère de sélection et le marché considéré, l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 disposant que l'autorité "...précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché".

23.- La thèse de la partie adverse est en outre contraire à l'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux.

24.- La requérante est agréée en classe 4, ce qui signifie que, pour un marché considéré, elle dispose, selon cet arrêté, de la capacité économique et financière à réaliser un marché d'un montant de 900.000 € et que le montant total, T.V.A. non comprise, des travaux, tant publics que privés, pouvant être exécutés simultanément en Belgique et à l'étranger par la requérante au moment de l'attribution du marché est de 7.000.000 €.

25.- La partie adverse laisse sans réponse les autres éléments avancés par la requérante.

26.- Il se confirme dès lors que l'exigence d'un chiffre d'affaires annuel de 5.000.000 € méconnaît le principe de proportionnalité, est le fruit d'une erreur manifeste d'appréciation et porte atteinte au caractère effectif de l'appel à concurrence ».

D. Derniers mémoires

Dans son dernier mémoire, la requérante formule les observations suivantes :

« 14.- L'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose que l'autorité "... précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché".

15.- Le principe de proportionnalité interdit de restreindre l'appel à la concurrence à un nombre inutilement restreint de candidats. Ce principe s'impose particulièrement en ce qui concerne la capacité économique et financière.

16.- Une Directive européenne le rappelle expressément tout en donnant un ordre

de valeur : le chiffre d'affaires exigé ne peut en principe être supérieur au double du marché à attribuer.

17.- Partant, viole le principe de proportionnalité une exigence d'un chiffre d'affaires de 5.000.000 € pour un marché ayant donné lieu à des offres oscillant entre 567.776,69 et 745.346,89 €. Les pièces nouvelles communiquées par la partie adverse font apparaître que celle-ci estimait la valeur du marché à 548.609,71 € htva, soit 663.817,75 € tva incluse.

18.- La finale de l'article 70 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose :

“ En procédure ouverte ou en procédure négociée directe avec publicité, s'il estime les conditions fixées par ou en vertu de la loi du 20 mars 1991 suffisantes pour opérer la sélection des soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur peut se limiter à la mention visée à l'alinéa 1^{er} sans exiger des soumissionnaires d'autres renseignements ou documents concernant leur capacité économique, financière et technique ou professionnelle ”.

19.- Dès lors, le rapport sur l'affaire ne peut être suivi en ce qu'il estime que “l'exigence liée au chiffre d'affaires et celle de l'agrément de l'entrepreneur sont distinctes” : ainsi que le mentionne le rapport au Roi, cité dans le rapport, ces deux dispositions s'harmonisent et visent au même but, à savoir que le marché puisse être réalisé par un candidat disposant des capacités suffisantes :

“ L'économie de l'agrément 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”.

À cette fin, une autorité administrative peut, par ailleurs, se contenter des exigences relatives à l'agrément des entrepreneurs.

20.- Pour le surplus, la requérante se réfère à son mémoire en réplique :

- contestant qu'un critère de sélection ne vise pas à établir la capacité économique et financière d'un soumissionnaire à réaliser, tout au long de l'année, des chantiers de la même ampleur économique que le marché litigieux;
- et faisant état du fait que cette thèse de la partie adverse, fondée sur l'exigence d'un chiffre d'affaires de 5.600.000 €, était contraire à l'article 3 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux.

21.- Il se confirme dès lors que l'exigence d'un chiffre d'affaires annuel de 5.000.000 € méconnaît le principe de proportionnalité, est le fruit d'une erreur manifeste d'appréciation et porte atteinte au caractère effectif de l'appel à concurrence ».

La partie adverse n'a pas déposé de dernier mémoire.

E. Plaidoiries

À l'audience du 30 septembre 2020, la requérante est revenue sur l'argument exposé dans son dernier mémoire, selon lequel le caractère disproportionné de l'exigence imposée d'un chiffre d'affaires global annuel de

5.000.000 € devait également être tenu pour avéré au regard de la valeur estimée du marché (à savoir 548.609,71 € H.T.V.A.), dont elle n'a eu connaissance que par le dépôt ultérieur de pièces. Elle a, par ailleurs, souligné que la justification donnée par la partie adverse dans son mémoire en réponse, en estimant le nombre de marchés comparables à l'opération litigieuse et susceptibles d'être exécutés sur une année, reposait sur un calcul correctif qui ne pouvait pas être appliqué pour justifier le niveau d'exigence imposé.

La partie adverse est, quant à elle, revenue sur l'argumentation de son mémoire en réponse, laquelle lui paraît justifier à suffisance le niveau de chiffre d'affaires exigé, de sorte que celui-ci ne peut être considéré comme disproportionné.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen invoque notamment la violation de l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, au motif que – selon la requérante – serait hors de proportion et, partant, entachée d'une erreur manifeste d'appréciation, l'exigence d'un chiffre d'affaires global de 5.000.000 € retenue au titre de critère destiné à vérifier la capacité économique et financière des soumissionnaires.

En son paragraphe premier, auquel la requérante se réfère plus précisément, cet article, tel qu'applicable en l'espèce, était libellé comme suit :

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

- 1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;
- 2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir ».

La requérante vise également, parmi les principes et dispositions dont elle invoque la violation, l'article 70 du même arrêté royal, libellé comme suit :

« Dans le cas d'un marché de travaux, lorsqu'en vertu de l'article 3, § 1^{er}, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, le marché ne peut être attribué qu'à des personnes qui, soit sont agréées à cet effet, soit ont fourni la preuve qu'elles remplissent les conditions fixées par ou en vertu de ladite loi pour être agréées, l'avis de marché doit mentionner l'agrément requis conformément à la loi précitée et à ses arrêtés d'exécution.

La demande de participation ou l'offre indique :

1° soit que le candidat ou le soumissionnaire dispose de l'agrément requis;

2° soit que le candidat ou le soumissionnaire est titulaire d'un certificat ou est inscrit sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre État membre de l'Union européenne. Dans ce cas, le candidat ou le soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre le certificat délivré par l'organisme de certification compétent ou la preuve de cette inscription certifiée par l'organisme compétent de l'État membre ainsi que tout document de nature à établir l'équivalence de cette certification ou inscription à l'agrément requis visée à l'alinéa 1^{er}. Ce certificat ou cette inscription mentionnera les références ayant permis la certification ou l'inscription sur la liste;

3° soit que le candidat ou le soumissionnaire invoque l'application de l'article 3, § 1^{er}, 2°, de la loi précitée du 20 mars 1991. Dans ce cas, le candidat ou le soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre les pièces justificatives nécessaires.

En procédure ouverte ou en procédure négociée directe avec publicité, s'il estime les conditions fixées par ou en vertu de la loi du 20 mars 1991 suffisantes pour opérer la sélection des soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur peut se limiter à la mention visée à l'alinéa 1^{er} sans exiger des soumissionnaires d'autres renseignements ou documents concernant leur capacité économique, financière et technique ou professionnelle ».

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer les critères de sélection et les seuils à atteindre, l'exercice de sa compétence discrétionnaire est néanmoins soumis au respect de certaines conditions. Ainsi, les critères qu'il fixe et leur niveau d'exigence doivent être « liés et proportionnés à l'objet du marché ».

À cette obligation de préciser des critères de sélection et des niveaux d'exigence liés et proportionnés à l'objet du marché, s'attachent notamment les deux effets suivants :

- d'une part, les choix posés par le pouvoir adjudicateur dans la définition des critères de sélection doivent pouvoir être justifiés au regard des caractéristiques du marché concerné et des contraintes auxquelles l'exécution de celui-ci exposera l'attributaire, ces critères devant précisément permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de ce que l'opérateur choisi sera capable d'exécuter ce marché;
- d'autre part, lorsque le caractère proportionné d'un niveau d'exigence fixé à propos d'un critère de sélection est contesté dans le cadre d'un recours

juridictionnel, l'instance compétente pour statuer sur celui-ci et chargée, à ce titre, de vérifier la légalité du critère litigieux au regard de l'article 58, § 1^{er}, précité, doit se prononcer sur le grief ainsi formulé au vu des éléments invoqués par le pouvoir adjudicateur comme l'ayant déterminé à fixer le niveau d'exigence critiqué.

Il se déduit, par ailleurs, de l'article 70, précité, qu'un pouvoir adjudicateur peut valablement, en plus de l'agrément, imposer des conditions de sélection qualitative supplémentaires portant sur la capacité financière, économique, technique ou professionnelle des soumissionnaires. L'usage de cette faculté suppose que le pouvoir adjudicateur ait estimé que les conditions liées à l'agrément ne sont pas suffisantes pour opérer la sélection qualitative. En ce sens, lorsque, au vu des caractéristiques du marché, la présomption de capacité déduite de l'agrément ne suffit pas à établir la capacité requise pour le marché en cause, il ne peut être reproché à un pouvoir adjudicateur d'imposer la réalisation d'un chiffre d'affaires annuel global, qui soit supérieur à celui requis en vue de l'obtention de l'agrément dans une classe déterminée, conformément à ce que prescrit l'article 10, § 3, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux. Encore faut-il que cette exigence complémentaire à celle des classe et catégorie d'agrément soit liée et proportionnée à l'objet du marché litigieux, ce qui accentue la nécessité, précédemment identifiée en termes généraux, de justification du choix posé à cette fin par le pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, la partie adverse a exigé une agrément en classe 4, dans la sous-catégorie G4, ainsi que la réalisation d'un « chiffre d'affaires global annuel au min égal à : 5.000.000,00 Eur ».

Le moyen qui, en termes de requête, met en cause, comme étant hors de proportion, le niveau de chiffre d'affaires annuel exigé, est étayé par les arguments suivants :

- le niveau de chiffre d'affaires critiqué est hors de proportion au regard de la valeur du marché, telle que la requérante estime, en termes de requête, la déduire de la fourchette en laquelle se situent les offres (567.776,69 € à 745.346, 89 €).
- Le même grief est formulé en considération des montants de 900.000 € (représentant la valeur maximale (H.T.V.A.) d'un marché susceptible, au titre de l'agrément, d'être attribué en classe 4) et de 400.000 € (représentant la valeur de

travaux similaires dont les références peuvent être invoquées au titre de la capacité technique et professionnelle).

- Le niveau exigé excède le double de la valeur estimée du marché, auquel se réfère le considérant 83 de la Directive 2014/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE.
- Le caractère disproportionné de l'exigence est également révélé par la valeur du marché, estimée à 548.609,71 € H.T.V.A. et dont la requérante déclare, dans son dernier mémoire, avoir eu connaissance à la lecture des pièces nouvelles communiquées par la partie adverse.

S'agissant du chiffre d'affaires exigé, il doit être constaté que celui-ci excède sensiblement, d'une part, le montant estimé du marché, de 548.609,71 euros H.T.V.A., tel qu'il ressort de la délibération du conseil communal de la partie adverse du 29 février 2016 produite après le dépôt du mémoire en réplique, et, d'autre part, le niveau de chiffre d'affaires (soit 1.350.000 €) requis pour l'obtention d'une agrégation en classe 4, conformément à ce que prescrit l'article 10, § 3, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation d'entrepreneurs de travaux. En ce qui concerne précisément cette comparaison avec le chiffre d'affaires exigé au titre de l'agrégation, l'écart observé est d'autant plus remarquable si l'on a égard au fait que l'exigence de niveau de chiffre d'affaires imposée au titre de l'agrégation porte sur trois des huit dernières années, alors que celle fixée, au titre de la sélection qualitative, par l'arrêté royal du 15 juillet 2011 porte sur les trois dernières années.

Si important soit-il, cet écart ne suffit pas, en soi, à révéler le caractère disproportionné du chiffre d'affaires exigé, si ce caractère peut être démenti par les considérations qui ont déterminé la partie adverse à fixer ce seuil, ainsi que permettent d'en juger les justifications apportées par celle-ci.

Pour toute justification du niveau de chiffre d'affaires fixé, la partie adverse rappelle la durée contractuelle d'exécution du marché litigieux, fixée à quarante jours ouvrables et fait, en conséquence de cette donnée, valoir ce qui suit :

- « Il n'est donc pas pertinent de comparer directement le chiffre d'affaires potentiel de ce marché public avec le chiffre d'affaires annuel d'une entreprise censée pouvoir réaliser, tout au long d'une année, des chantiers de la même ampleur économique.

Si l'on veut confronter de manière raisonnable la valeur estimée de ce marché public avec l'exigence du chiffre d'affaires minimum, il faut alors tenir compte du fait que le chiffre d'affaires potentiel pour cet ouvrage n'est engendré que pour une durée d'occupation de l'entreprise adjudicataire pendant 1 mois et demi seulement au total (40 jours ouvrables).

Pour collationner ce chiffre d'affaires potentiel de +/- 700.000,00 € à un chiffre d'affaires annuel pour le même type d'activité, il faut bien évidemment le multiplier par 8 (pour 12 mois), ce qui correspond à un chiffre d'affaires annuel de 5,6 millions d'euros.

Il n'était donc absolument pas disproportionné ni exagéré d'exiger comme condition minimale la preuve d'un chiffre d'affaires de 5 millions d'euros pour prouver sa capacité économique à réaliser ce travail.

Il ne s'agit à l'évidence pas d'une erreur manifeste d'appréciation. Ce moyen n'est donc pas pertinent et il ne peut être retenu ».

Aucun autre élément, que révéleraient les pièces de la procédure ou qui aurait été évoqué au cours des débats, n'est mis en évidence par la partie adverse comme l'ayant déterminée à fixer le niveau d'exigence contesté.

La seule explication ainsi donnée par la partie adverse et qui – selon ce qu'elle soutient ainsi – justifierait le niveau de chiffre d'affaires exigé, appelle à constater ceci : en estimant d'abord un nombre probable de marchés similaires que l'opérateur devrait être en mesure d'exécuter au cours d'une année et en évaluant ensuite, sur la base de cette estimation, le chiffre d'affaires annuel que réaliserait cet opérateur et auquel elle compare le chiffre d'affaires de cinq millions d'euros exigés, pour en conclure – au terme de ce raisonnement – que cette exigence n'est pas hors de proportion, la partie adverse prend appui sur un élément étranger à l'objet du marché et aux caractéristiques de celui-ci, et – ce faisant – applique, selon les termes utilisés par la requérante à l'audience du 30 septembre 2020, un « calcul correctif ». Par l'extrapolation qui résulte de ce calcul, celui-ci ne permet, en toute hypothèse, pas de vérifier le caractère approprié du niveau de chiffre d'affaires exigé, au regard du marché litigieux. Il ne peut donc être utilement invoqué par la partie adverse pour justifier le niveau de chiffre d'affaires contesté. À défaut d'indications données par la partie adverse qui – au regard du cas d'espèce – justifieraient d'en décider autrement, un tel élément n'est donc pas recevable à justifier le critère litigieux et ne peut être pris en considération par le Conseil d'État.

Dans ces circonstances, et dès lors que la partie adverse s'abstient de faire état de tout autre élément qui l'aurait déterminée à fixer le chiffre d'affaires critiqué, le Conseil d'État ne peut tenir celui-ci pour justifié et doit considérer, au vu

de l'écart considérable précédemment mis en évidence, que le niveau d'exigence est disproportionné, ainsi que le moyen en formule le grief.

Il s'ensuit que le deuxième moyen est fondé en sa première branche.

Il n'y a lieu d'examiner ni le deuxième moyen, en ses deuxième et troisième branches, ni les autres moyens. À les supposer fondés, ils ne pourraient, en effet, entraîner une annulation plus étendue de l'acte attaqué.

VI. Accès aux pièces de la procédure

Dans sa requête, la requérante exprime son souhait d'avoir accès aux pièces déposées dans le cadre de la présente procédure.

Il s'impose toutefois de constater que le maintien de confidentialité n'a été demandé à propos d'aucune des pièces déposées par les parties.

La demande d'accès formulée par la requérante est, en conséquence, sans objet.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La requérante sollicite la condamnation de la partie adverse au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La partie adverse n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

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

L'annulation de l'acte attaqué justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la partie adverse.

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

Article 1^{er}.

La délibération du collège communal de Morlanwelz du 22 mai 2017, décidant de ne pas sélectionner la SA Derriks en tant que soumissionnaire du marché public de travaux « Aménagement d'un terrain de football en gazon synthétique et ses abords » et attribuant le marché à la SA Scheerlinck Sport, est annulée.

Article 2.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 23 octobre 2020 par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Nathalie Roba,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky