

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 251.215 du 7 juillet 2021

A. 233.902/VI-22.072

En cause : **la société anonyme RENKIN,**
 ayant élu domicile chez
 M^e Jean-Marc RIGAUX, avocat,
 boulevard d'Avroy 270
 4000 Liège,

contre :

le CPAS de Namur,
 ayant élu domicile chez
 M^e Gilles VANDERMEEREN, avocat,
 rue JB Brabant 56
 5000 Namur.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 17 juin 2021, la SA Renkin demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision d'attribution de marché à la SPRL FROIRECA, le 27 mai 2021 et communiquée à la requérante le 7 juin 2021 ainsi que la décision de non-sélection de la requérante communiquée le 7 juin 2021 ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 18 juin 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 2 juillet 2021.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

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

M^{me} Florence Piret, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Jean-Marc Rigaux, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Sophie Baudoin, *loco* M^e Gilles Vandermeeren, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

1. Le 4 février 2021, un avis de marché de travaux est publié au *Bulletin des adjudications* ayant pour objet « Travaux d'aménagement de la cuisine centrale dans une nouvelle MRS en cours de construction ».

Le marché est estimé à 1.492.964 euros HTVA. Il est divisé en quatre lots, dont le lot 4 intitulé « système frigorifique et panneaux ». Il est passé par procédure ouverte avec pour seul critère d'attribution le prix.

Il est régi par le cahier spécial des charges n° ERP-001-02 qui comprend notamment les éléments suivants :

➤ Point 5.4.2. Options

Il est interdit de proposer des options libres, sous peine de nullité de l'offre.

Aucune option autorisée n'est prévue.

La ou les options définies sont obligatoires. Cela signifie que les soumissionnaires sont obligés de faire une offre pour les options en plus de l'offre de base.

L'objet, la nature et la portée de la ou des options sont reprises en fin de métré.

Les options sont présentées dans une partie séparée de l'offre.

Le Pouvoir adjudicateur se réserve le droit de commander ou pas les options lors de la commande ou, plus tard, en cours d'exécution.

➤ Point 6.3. Agréation

Le soumissionnaire est tenu d'apporter la preuve qu'il remplit les conditions d'obtention de l'agrément d'adjudicataires de travaux dans la ou les spécialité(s) et catégorie(s) requise(s).

Le soumissionnaire doit fournir l'adresse WEB à laquelle la copie du certificat d'agrément peut être obtenue par le pouvoir adjudicateur doit fournir ce certificat dans son offre.

La classe de l'agrément doit nécessairement correspondre au montant de l'offre. Cette preuve est apportée conformément à l'article 3 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux.

Les travaux faisant l'objet du présent marché rentrent dans les catégories ou classes suivantes ou supérieures pour chacun des lots suivants :

Lots	Catégories et Sous-catégories	Classe
Lot 1	T4	Classe 3
Lot 2	T4	Classe 2
Lot 3	T4 ou D18	Classe 3
Lot 4	T3	Classe 4

La sous-catégorie T3 porte sur les « équipements frigorifiques » et la classe 4 concerne des travaux dont le montant peut s'élever jusqu'à 900.000 euros, la classe 3 portant sur des travaux dont le montant ne dépasse pas 500.000 euros.

➤ Point 6.4.2. Capacité technique et professionnelle du soumissionnaire – références requises (art. 68 de l'AR du 18 avril 2017)

[...]

2) Une liste de 3 références réalisées au cours des 5 dernières années, avec un rapport à l'objet du présent marché :

- Au moins une des 3 références devra être une cuisine centrale affectée au secteur médico-social (maison de repos et de soins, hôpitaux, ...) d'un montant minimum correspondant à la classe d'agrément requise au vu du montant de l'offre.
- Pour le lot 01, au moins une des 3 références devra être une référence différente de la précédente pour une cuisine centrale de production pour une liaison froide de min. 800 repas de midi par jour.
- Pour le lot 02 au moins une des 3 références devra être une référence différente de la précédente pour des chariots de régénération de repas en liaison froide dans un établissement de type médico-social de min. 120 lits provenant d'une cuisine centrale.

Ces moyens de preuve doivent être joints à l'offre.

La bonne exécution des chantiers repris sur la liste devra être prouvée par la remise d'une attestation de bonne exécution signée par le maître de l'ouvrage du chantier de la référence proposée ou un de ses délégués.

2. À la date limite de dépôt des offres, le 10 mars 2021 à 10h30, les sociétés suivantes ont déposé une offre pour le lot 4 du marché :

SOUSSIONNAIRE	CLASSEMENT	MONTANT HTVA
RENKIN	1	511.231,59 €
MAGEC	2	567.603,65 €
FROIRECA	3	581.310,47 €
POLYMAT	4	604.911,81 €

Pour justifier sa capacité technique et professionnelle, la requérante joint une « liste de près de 200 références de marchés » (suivant les termes de la requête) et trois attestations de bonne exécution contenant les éléments suivants :

- Carrefour Market Place Keym – 25/10/2016 – fourniture et placement équipement frigorifique (meubles, centrales) – 353.393 euros – exécution 2016 ;
- AISH – CHBA Centre Hospitalier du Bois de l'Abbaye – 27/10/2016 – Installation frigorifique pour une cuisine (chambre froide, évaporateur, condenseurs, centrales) – agrégation T3, classe 5 – 1.887.000 euros – exécution en 2013, 2014, 2015 ;
- SA GBM – 13/07/2016 – fourniture et placement d'équipements frigorifique (placement tuyauterie, chambres froides, évaporateur) – 571.455,99 euros – exécution en 2014, 2015.

3. Le 14 mars 2021, l'auteur du projet établit un rapport d'analyse des offres pour le lot 4 (pièce 8 de la « partie confidentielle » du dossier administratif).

4. Le 27 mars 2021, le conseil d'action sociale de la partie adverse fait sien le rapport d'analyse des offres et décide « d'attribuer le lot n° 4 (système frigorifique et panneaux) du marché de travaux d'aménagement de la cuisine centrale dans une nouvelle maison de repos et de soins en cours de construction à Erpent, à Froireca sprl [...] pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de 497.060,57 € HTVA, hors options ».

Concernant la soumission de la requérante, il est précisé ce qui suit :

Vu les pages n° 7 à 8 du rapport d'attribution du 14 mai 2021, faisant partie intégrante de la présente délibération, établi par A.A.U. sa, rue de Livourne, 39 à 1050 Bruxelles, indiquant que les opérateurs économiques suivants ne sont pas sélectionnés pour le lot n° 4, pour les raisons suivantes :

Etablissements Renkin sa

Les références présentées ne sont pas conformes aux critères demandés. Deux des trois références ont plus de 5 ans. La troisième référence ne concerne pas le secteur médico-social et le montant des travaux ne dépasse pas le seuil requis, déterminé par la classe d'agrégation requise au vu du montant de l'offre.

Quant à l'offre de l'attributaire, il est mentionné ce qui suit :

Attendu que Polymat sprl et Froireca sprl sont sélectionnées car elles ont fourni tous les documents demandés et satisfont aux critères de sélection (droits d'accès et sélection qualitative) ;

Vu le rapport d'attribution du 14 mai 2021, faisant partie intégrante de la présente délibération, établi par A.A.U. sa, proposant d'attribuer ledit lot à Froireca sprl ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur base du prix), pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de 591.472,97 € HTVA, options comprises ;

Considérant que le CPAS fait sienne de l'analyse que A.A.U. sa lui a soumise ;

Attendu que l'analyse du choix des options exigées n'est pas encore terminée, il sera présenté à la prochaine séance du Conseil un dossier à cet effet ;

Il s'agit de l'acte attaqué.

Les motifs qui justifient la non-sélection de la requérante lui sont communiqués par un courrier daté du 7 juin 2021. Il y est également précisé que le lot 4 du marché a été attribué à « Froireca sprl [...] pour un montant d'offre contrôlé et corrigé de 497.060,57 € HTVA, hors options ».

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

1. Requête

La requérante affirme qu'elle « a intérêt au recours, tant contre la décision de ne pas lui attribuer le marché pour ne pas avoir rempli les conditions de sélection qualitative que contre celle de l'attribuer à un autre soumissionnaire ». Elle expose que si elle avait été sélectionnée, « elle aurait obtenu le marché dans la mesure où son offre était la meilleure » et que « si l'offre du soumissionnaire choisi était déclarée irrégulière, la décision de lui attribuer le marché le serait également et la requérante recouvrerait la possibilité d'obtenir le marché », que, plus particulièrement, dans cette dernière hypothèse, seule l'offre la plus chère resterait encore en lice, qu'il n'est pas exclu que la partie adverse estime devoir recommencer la procédure, et qu'elle récupérerait alors une chance certaine d'obtenir le marché puisque son offre propose de loin le meilleur prix qui constitue le seul critère d'attribution. Elle en déduit qu'elle « est recevable à introduire le recours contre les deux décisions, *ratione materiae* ».

2. Note d'observations

La partie adverse expose que, la requérante n'ayant pas été sélectionnée, « son offre n'a pas fait l'objet [...] ni d'une décision concernant sa régularité, ni *a fortiori* d'une décision consécutive à la confrontation de son offre aux critères

d'attribution ». Or, elle relève sur la base de « l'examen des fiches techniques » un certain nombre de « non-conformités » qu'elle recense en ces termes :

- « · Poste 04.05.01.01 : Contrairement au CSC, le 2^{ème} compresseur MT n'est pas piloté par un variateur de fréquence et il n'est pas fait mention de la présence d'un groupe de continuité UPS pour le groupe de secours;
- Poste 04.05.02 : Contrairement au CSC, la pression acoustique est au-dessus des limites autorisées et demandées, les données des FT sont contradictoires;
- Poste 04.06.01 et 04.06.02 : Contrairement au CSC, la pression acoustique est au-dessus des limites autorisées et demandées;
- Poste 04.06.03 et 04.06.04 : Contrairement au CSC, la pression acoustique est au-dessus des limites autorisées et demandées;
- Poste 05.13 : Le modèle proposé comprend un moteur extérieur, qui demande une distance de 310 mm en plus de la largeur du volet, suivant l'implantation dans les couloirs, il n'est pas possible de les installer sans réduire la largeur d'ouverture. Ce qui mettrait en péril l'organisation de la cuisine;
- Poste 05.15.01.01 : Prix anormalement bas pour les 6 portes de service à 114,02€/pce, écart de +/- 90% en comparaison des offres reçues. »

La partie adverse déduit de ces éléments que l'offre de la requérante est irrégulière et qu'elle n'aurait aucune chance d'être retenue, même si elle devait être sélectionnée. Elle relève encore que la requérante ne critique pas la régularité de toutes les offres déposées, en sorte qu'elle n'a, en toute hypothèse, aucune chance de se voir attribuer le marché. Elle expose, à ce propos, qu' « un soumissionnaire déclaré irrégulier à juste titre doit (ce qui n'a pas encore été le cas, mais le serait, le cas échéant si Votre Conseil estimait par impossible que l'offre de Renkin doit passer l'étape de sélection qualitative), pour avoir intérêt à un moyen déterminé, établir qu'aucune offre ne pouvait être déclarée régulière (C.E., n° 238.797 du 10 juillet 2017, S.A. EMIL PALM c/ Centre Hospitalier Universitaire de Liège (recours en extrême urgence), ce que ne fait pas Renkin ».

3. Débats à l'audience

La requérante fait valoir, à l'audience, que l'acte attaqué ne contient aucun motif relatif à la régularité de son offre et qu'il est, dès lors, prématuré, à ce stade, de statuer sur cette question. Elle affirme que les exceptions soulevées par la partie adverse – relatives à la régularité des offres des soumissionnaires sélectionnés – contestent, en réalité, l'intérêt au deuxième moyen de la requête, mais pas l'intérêt au recours.

La partie adverse répète les arguments développés dans sa note d'observations, en insistant sur l'absence d'intérêt au deuxième moyen de la requête, à défaut pour la requérante de critiquer toutes les offres déclarées régulières.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de 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 dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation « ayant lésé » ou « risquant de léser » la requérante.

En l'espèce, l'intérêt de la requérante au présent recours n'est *prima facie* pas contestable. Elle est un opérateur économique qui a fait offre pour le marché considéré. Dans son premier moyen, elle tend notamment à démontrer que des illégalités commises lors de la sélection des soumissionnaires ont conduit la partie adverse à l'écarter injustement et à retenir irrégulièrement, et à son désavantage, l'offre de la SRL Froireca, tandis que la requérante a déposé l'offre qui proposait le meilleur prix.

Dès lors qu'en termes de requête, la requérante soulève au moins un moyen fondé sur une violation qui l'a lésée ou a risqué de la léser, il est vain – dans le cadre de l'examen de recevabilité de la demande au regard des conditions fixées par les dispositions précitées – de faire valoir que la requérante n'aurait intérêt à soulever aucun des autres griefs de sa requête. Les arguments développés à ce propos par la partie adverse ne doivent donc pas être examinés à ce stade.

Enfin, l'argument de la partie adverse aux termes duquel la violation alléguée par le premier moyen n'aurait pas lésé la requérante, dès lors que l'offre de celle-ci serait entachée d'irrégularités justifiant de la rejeter de toute façon, ne peut être pris en considération dès lors qu'aucune des irrégularités ainsi invoquées n'a fait l'objet d'une décision prise en ce sens par le pouvoir adjudicateur dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux.

L'exception opposée par la partie adverse doit être rejetée. La recevabilité de la demande doit être admise au vu des dispositions précitées.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation « [d]es articles 4 et 71 de la loi du 17 juin 20[1]6 relative aux marchés publics, [d]e l'article 68, §§ 1^{er} à 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, [d]e l'article 6.4.2.2), des clauses administratives du Cahier Spécial des Charges, [d]es articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuels, [d]es articles 4 et 5 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, [d]es principes généraux de droit de devoir de minutie, de bonne administration, du principe d'égalité, [d]e l'erreur de fait, de l'erreur de droit, de la contradiction de la motivation [et] [d]e l'erreur manifeste d'appréciation ».

Dans une première branche, la requérante rappelle le contenu du point 6.4.2.2) du cahier spécial des charges qu'elle compare aux termes de l'article 68, § 4, 1^o, a), de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et confronte aux motifs de l'acte attaqué. Elle considère que le terme « références » visé au point 6.4.2.2) du cahier spécial des charges concerne la production des « attestations de bonne exécution » et que ce sont ces dernières – et non les travaux qu'elles certifient – qui doivent être établies « au cours des cinq dernières années ». Elle relève que les trois attestations qu'elle a déposées ont été établies en 2016 (respectivement les 25 octobre, 13 juillet et 27 octobre 2016) et qu'il est donc inexact de considérer que « deux des trois références ont plus de 5 ans ». Elle souligne que « [l]a partie adverse ne donne pas une motivation spécifique dans laquelle elle préciserait qu'elle interprète son CSC comme une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, comme précisé à l'article 68, § 4, 1^o, a), de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité ». Elle en déduit que « soit le CSC est illégal, car non conforme à l'article 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 (voir deuxième branche), soit le pouvoir adjudicateur a choisi un autre moyen de preuve que celui visé aux paragraphes 3 et 4 de l'article 68 précité », ce qui, selon elle, était permis, « le pouvoir adjudicateur [étant libre] de choisir les conditions qu'il impose pour permettre les preuves relatives aux capacités techniques ». Selon elle, « le fait de choisir une liste de trois références réalisées au cours des 5 dernières années est manifestement un moyen de preuve différent de celui développé à l'article 68, § 4, 1^o, a), de l'arrêté précité ». Elle reproche à l'acte attaqué de vouloir se référer à cette disposition réglementaire plutôt qu'aux exigences du cahier spécial des charges, en considérant que ce sont les travaux qui auraient dû être effectués au cours des cinq dernières années. Elle ajoute que la décision attaquée « contient également une motivation contradictoire, car les trois

attestations sont datées de juillet et octobre 2016, mais toutes les trois visent des travaux réalisés entre 2013 et 2015 » et que « si la partie adverse était logique avec elle-même, elle aurait considéré que les trois références avaient plus de 5 ans ». Elle en déduit que « la motivation est tout à fait imprécise » alors que « le Conseil d'État exige, dans sa jurisprudence, la plus grande précision à cet égard ». Elle ajoute que « la motivation ne se réfère pas à l'article 68, § 4, 1°, a) » et « qu'en l'espèce, contrairement à l'arrêt [SA Astilleros Gondan, n° 241.347 du 27 avril 2018], le pouvoir adjudicateur n'est pas en face de deux interprétations possibles », mais devait considérer que seule la date des attestations, et non celle de l'année d'exécution des travaux, était applicable. Elle conclut qu'« [o]utre les erreurs de motivation évoquées ci-dessus, l'acte attaqué contient également une erreur manifeste d'appréciation dans la mesure où il considère les "références" comme étant des travaux exécutés ».

Dans une deuxième branche, la requérante fait valoir qu'à supposer qu'il faille interpréter le point 6.4.2.2) du cahier spécial des charges « comme identique à l'article 68, § 4, 1°, a), de l'arrêté royal susvisé », il faudrait alors conclure que cette disposition du cahier est imprécise, les termes utilisés étant différents de ceux employés dans la réglementation, « [u]ne liste de trois références réalisées au cours des 5 dernières années ne [voulant] pas dire la même chose qu'une liste de travaux exécutés au cours des 5 dernières années au maximum ». Selon elle, « [l]a manière dont a été rédigé le CSC peut à tout le moins prêter à confusion, ce qui a été le cas dans le chef de la requérante ». Elle explique qu'elle a « produit en annexe à son offre, près de 200 références de marchés exécutés pour la fourniture et le placement de ce type d'installations frigorifiques », que « [l]a plupart sont des références de travaux effectués au cours des 5 dernières années, d'un montant suffisant, et pour certaines au bénéfice d'institutions hospitalières (n° 4401, 4436, 4503, 4546, 4547, 4608, 4620) », qu'elle « n'a évidemment pas fait établir 200 attestations de bonne exécution », que « [l]es trois attestations de bonne exécution jointes à son offre lui paraissaient tout à fait appropriées, à la fois pour les montants, le type d'équipement et pour l'une d'entre elles affectée au service hospitalier (AISH CHBA Centre Hospitalier du Bois de l'Abbaye) » et que « [s]i le CSC avait fait expressément référence à l'article 68, § 4, 1°, a), ou avait été rédigé de manière identique à cet article, la requérante n'aurait alors pu se méprendre et aurait pu fournir d'autres attestations de bonne exécution ». Elle conclut que dès lors que le cahier spécial des charges recèle certaines ambiguïtés, celui-ci est illégal, que « la partie adverse viole également le principe d'égalité » en choisissant une interprétation qui n'est pas nécessairement celle que chaque soumissionnaire a pu déduire des documents du marché et que la partie adverse « commet aussi une erreur manifeste d'appréciation en laissant subsister cette ambiguïté ».

Dans une troisième branche, la requérante fait valoir que « [l]’acte attaqué contient des erreurs de motivation », puisque, premièrement, les références qu’elle a présentées sont conformes au point 6.4.2.2) du cahier spécial des charges (cf. première branche), deuxièmement, il est inexact d’affirmer que « deux des trois références ont plus de 5 ans » (car soit les trois références sont à rejeter, soit elles sont bonnes toutes les trois – cf. première branche) et, troisièmement, l’acte attaqué n’a pas pu considérer que « [l]a troisième référence ne concerne pas le secteur médico-social et le montant des travaux ne dépasse pas le seuil requis, déterminé par la classe d’agrément requise au vu du montant de l’offre » alors que « cette référence concerne notamment les hôpitaux comme cela est expressément indiqué dans le CSC », qu’elle « est d’un montant de 1.887.000 € » et qu’elle est donc « très largement supérieur[e] au montant du marché et dispose d’une classe d’agrément 5, soit supérieure à celle du marché (classe d’agrément 4) ».

À l’audience, la requérante répète les arguments développés dans sa requête.

V.2. Appréciation du Conseil d’État

Le point 6.4.2. du cahier spécial des charges relatif à la « capacité technique et professionnelle du soumissionnaire – références requises (art. 68 de l’AR du 18 avril 2017) » impose aux soumissionnaires de joindre à leurs offres, sous un point 2), « une liste de 3 références réalisées au cours des 5 dernières années, avec un rapport à l’objet du présent marché », étant entendu qu’« au moins une des 3 références devra être une cuisine centrale affectée au secteur médico-social (maison de repos et de soins, hôpitaux, ...) d’un montant minimum correspondant à la classe d’agrément requise au vu du montant de l’offre ». Il est précisé, en outre, que « la bonne exécution des chantiers repris sur la liste devra être prouvée par la remise d’une attestation de bonne exécution signée par le maître de l’ouvrage du chantier de la référence proposée ou un de ses délégués ».

Dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, il paraît pouvoir être considéré qu’en exigeant la production d’« une liste de 3 références réalisées au cours des 5 dernières années », le cahier spécial des charges vise le dépôt d’une liste de travaux exécutés au cours des cinq dernières années et non, comme le soutient la requérante, le dépôt de trois attestations établies dans les cinq dernières années, quelle que soit la date de réalisation des travaux considérés. La manière dont est rédigée cette disposition ne paraît pas pouvoir objectivement prêter à confusion ou être de nature à créer une ambiguïté, contrairement à ce qu’affirme la requérante.

C'est d'autant le cas que :

- le point 6.4.2. du cahier spécial des charges renvoie à l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dont le paragraphe 4, fait bien état, comme « moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques », sous le point 1°, a), d'« une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, assortie de certificats de bonne exécution [...] »;
- le même point 6.4.2.2) précité précise que la bonne exécution « des chantiers repris sur la liste » devra être prouvée par la remise d'une attestation de bonne exécution signée par le maître de l'ouvrage « du chantier de la référence proposée » ou d'un de ses délégués, confirmant ainsi que la « liste de 3 références réalisées au cours des cinq dernières années » est bien une liste de trois « chantiers » exécutés au cours des cinq dernières années, lesquels doivent être assortis d'une attestation de bonne exécution;
- pour démontrer la capacité technique des soumissionnaires à exécuter un marché donné, exiger une liste de références qui porte au maximum sur les cinq dernières années n'a de sens que si ce délai concerne les prestations envisagées, soit, en l'occurrence, la réalisation de travaux ayant un rapport avec l'objet du marché, nonobstant la date à laquelle l'attestation de bonne exécution est établie.

Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, le point 6.4.2.2) du cahier spécial des charges paraît clairement distinguer les notions de « liste », de « référence » et d'« attestation ». L'« attestation » vise à prouver la bonne exécution des « chantiers repris sur la liste ». Cette liste doit comporter trois « références », c'est-à-dire trois chantiers réalisés au cours des cinq dernières années, qui ont un rapport avec l'objet du marché et dont « au moins une des 3 références » porte sur « une cuisine centrale affectée au secteur médico-social (maison de repos et de soins, hôpitaux, ...) d'un montant minimum correspondant à la classe d'agrément requise au vu du montant de l'offre ». Le point 6.4.2.2) de ce cahier est conforme à l'article 68, § 4, 1°, a), de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité. Contrairement à ce qu'affirme la requérante, la partie adverse ne devait pas préciser, dans l'acte attaqué, qu'elle interprétait ce point de son cahier conformément à la réglementation en vigueur.

En l'espèce, il apparaît des pièces du dossier administratif que les trois références de chantiers pour lesquelles la requérante a produit des certificats de bonne exécution ne répondent pas aux exigences du cahier spécial des charges. En

effet, deux des trois références concernent des travaux réalisés plus de cinq ans avant la date de la publication de l'appel d'offres (en 2014 et 2015, pour l'une et, en 2013, 2014 et 2015, pour l'autre). Contrairement à ce qu'affirme la requérante, la troisième référence produite concerne bien des travaux réalisés au cours des cinq dernières années (en 2016). Elle ne remplit cependant pas les exigences prévues par le cahier spécial des charges qui impose pour « au moins une des trois références » d'« être une cuisine centrale affectée au secteur médico-social (maison de repos et de soins, hôpitaux,...) d'un montant minimum correspondant à la classe d'agrément requise au vu du montant de l'offre », à savoir des travaux de minimum 500.000 euros, puisque l'attestation de bonne exécution qui accompagne cette référence indique un montant des travaux de 353.393 euros et que rien ne permet de considérer que ceux-ci concerneraient des éléments frigorifiques liés au fonctionnement d'une cuisine centrale affectée au secteur médico-social.

La décision de non-sélection de la requérante qui porte les mêmes constats paraît *prima facie* valablement motivée et n'est empreinte d'aucune contradiction. Une telle décision ne paraît pas procéder d'une erreur manifeste d'appréciation.

Quant aux autres travaux repris dans la « liste de près de 200 références de marchés » (suivant les termes de la requête), ils ne pouvaient être pris en considération par la partie adverse, n'étant pas accompagnés d'attestations de bonne exécution. C'est au soumissionnaire qu'il incombe de choisir parmi ses réalisations antérieures celles qu'il estime propres à démontrer qu'il atteint le niveau fixé par le pouvoir adjudicateur pour démontrer sa capacité à exécuter le marché. Il lui revient donc d'indiquer concrètement les références précises qu'il entend faire valoir pour démontrer qu'il dispose de cette capacité.

Le premier moyen n'est sérieux en aucune de ses branches.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation « [d]e l'article 5.4.2 de la partie administrative du CSC, [d]es articles 4 et 56, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, [d]e l'article 48, § 1^{er} et § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés [publics] dans les secteurs classiques, [d]es articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs individuels, [d]es articles 4 et 5 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, [d]es principes généraux de droit de devoir de minutie, de bonne administration, d'égalité, de transparence et de proportionnalité, [d]e l'erreur de fait, de l'erreur de droit [et] [d]e l'erreur manifeste d'appréciation ».

La requérante justifie son intérêt au moyen comme il suit :

« La requérante a intérêt à développer le second moyen dans la mesure où si l'offre de la SPRL FROIRECA est écartée parce qu'irrégulière, le pouvoir adjudicateur se trouve dans une situation où il aurait à ce moment dû écarter trois des quatre offres et il ne lui reste plus que l'offre comprenant le prix le plus élevé; Dès lors, si la décision est annulée pour les motifs repris au second moyen, il est tout à fait possible que la partie adverse renonce au marché et sollicite le dépôt de nouvelles offres;

La requérante pourrait alors, dans l'hypothèse où le premier moyen ne serait pas fondé, déposer des attestations de bonne exécution pour des travaux exécutés entre 2016 et 2020;

Elle récupérerait alors une chance indiscutable de pouvoir obtenir le marché;

La requérante a donc intérêt au moyen ».

Quant au caractère sérieux du moyen, la requérante rappelle le contenu du point 5.4.2 du cahier spécial des charges, de l'article 56 de la loi du 17 juin 2016 précitée et de l'article 48, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité. Elle expose qu'en cas d'options obligatoires, celles-ci sont présentées dans une partie séparée de l'offre et le montant final de celle-ci doit comprendre celui des options obligatoires, que « [c]ette double condition doit permettre au pouvoir adjudicateur, d'une part, de pouvoir comparer les offres sur une base objective (prix global comprenant l'option), mais également de pouvoir décomposer le prix au cas où il n'exercerait pas cette option », qu'elle « a, dans son offre, respecté cette manière de faire », mais s'interroge sur l'offre déposée par la société attributaire Froireca. Elle explique, à ce propos, ce qui suit :

« Dans ce P.V. d'ouverture des offres, le prix offert par FROIRECA pour le lot 4 est de 581.310,47 € hors TVA;

Or, de manière étrange, la décision d'attribution désigne comme adjudicataire la SPRL FROIRECA "pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de 497.060,57 € HTVA, hors options";

Le pouvoir adjudicateur ne pouvait attribuer le marché sur base d'un prix hors options dans la mesure où cela est contraire aux dispositions légales et au CSC;

Les prix tels qu'ils apparaissent en pièce 4, dans le P.V. d'ouverture des offres, sont comparés sur base d'un prix, options comprises, ce qui permet de comparer les offres des différents candidats;

Dès lors que l'offre choisie l'est sur base d'un montant ne comprenant pas l'option, il y a manifestement impossibilité de pouvoir comparer les offres;

La partie adverse rompt également le principe d'égalité entre les différents soumissionnaires;

La requérante ignore si l'offre du soumissionnaire choisi est illégale au regard du CSC;

Si c'est le cas, les dispositions visées au moyen sont fondées, car, si le soumissionnaire choisi n'a pas respecté les dispositions du CSC, cela implique dès lors que son offre est irrégulière;
Si, au contraire, l'offre du soumissionnaire choisi respecte les conditions du CSC, la décision attaquée est de toute façon illégale dans la mesure où elle compare les différents prix hors options ce qui est également contraire aux dispositions reprises au moyen;
Dans tous les cas, une ou plusieurs dispositions visées au moyen sont violées ».

À l'audience, la requérante répète les arguments développés dans sa requête.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Contrairement aux affirmations de la requérante, il ressort des pièces auxquelles le Conseil d'État peut avoir égard – et en particulier de l'offre de la sprl Froireca – que celle-ci a bien fait offre pour les options obligatoires reprises dans le métré et que ces options ont, de la même manière que celle de la requérante, été présentées dans une partie séparée de l'offre. Par ailleurs, il apparaît du rapport d'analyse des offres et de la décision motivée d'attribution que les deux offres régulières restant en lice – à savoir celles de la sprl Polymat et de la sprl Froireca – ont bien été comparées sur la base d' « un montant contrôlé et corrigé [...] options comprises » pour constater que l'offre de la sprl Froireca était « l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (sur la base du prix) » pour un montant de 591.472,97 euros HTVA, options comprises. La circonstance que le marché a été attribué à cette société pour un montant de 497.060,57 euros HTVA, hors options, est sans incidence et ne permet pas de considérer que l'acte attaqué méconnaîtrait les principes et dispositions visés au moyen.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

VII. Confidentialité

La partie adverse sollicite le maintien de la confidentialité des offres – ou parties d'offres – des différents soumissionnaires ainsi que du rapport d'analyse des offres, « en ce que leur examen par les opérateurs économiques (requérant ou intervenants éventuels) pourrait leur permettre d'obtenir des informations sur leurs concurrents devant rester couvertes par le secret des affaires ». Elle ajoute que « ces documents comportent des éléments personnels relatifs à des personnes tierces à la présente procédure et dont la divulgation n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, d'autant que la partie adverse produit des extraits caviardés de

l'offre de Froireca et du rapport d'analyse ». Il s'agit des pièces 4 à 8 de la « partie confidentielle » du dossier administratif.

La requérante formule la même demande pour son « offre [...] et l'ensemble de ses justificatifs », qui forment la pièce 4 annexée à sa requête.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

VIII. Indemnité de procédure et dépens

La partie adverse demande de « mettre les dépens, liquidés à 840 € (montant de base majoré de 20%) à charge de la requérante ».

Une lecture bienveillante de la note d'observations impose de considérer que la partie adverse sollicite, en réalité, par cette mention, une « indemnité de procédure » de 840 euros. Cependant, aucune majoration n'est due, la demande de suspension n'étant pas accompagnée d'un recours en annulation. Il y a donc lieu d'accorder à la partie adverse une indemnité correspondant au montant de base de 700 euros.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 4 à 8 de la « partie confidentielle » du dossier administratif et la pièce 4 annexée à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit 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 7 juillet 2021 par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret