

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

n° 251.330 du 30 juillet 2021

A. 233.978/VI-22.083

En cause : **la société à responsabilité limitée**
 UC AUTOMOBILES,
 ayant élu domicile chez
 M^e Alexandre PIRSON, avocat,
 rue Saint-Hubert 17
 4000 Liège,

contre :

la ville de Liège, représentée
 par son collègue communal,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Éric LEMMENS et Élisabeth KIEHL, avocats,
 boulevard de la Sauvenière 68/2
 4000 Liège,

Partie requérante en intervention :

la société à responsabilité limitée
 Liège Dépannage et Services,
 ayant élu domicile chez
 M^e David RENDERS, avocat,
 rue du Concours 1
 1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le lundi 28 juin 2021, la SRL UC Automobiles demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la ville de Liège du 7 [lire du 11] juin 2021, notifiée les 11 et 17 juin 2021, de ne pas sélectionner la SRL UC Automobiles dans le cadre de la procédure de passation du marché public intitulé "Procédure ouverte pour l'enlèvement et l'entreposage de véhicules sur le territoire et pour le compte de la Ville de Liège" et d'attribuer ce marché à la SRL Liège Dépannage et Services ».

II. Procédure

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

Par une ordonnance du 29 juin 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 juillet 2021.

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

Par une requête introduite le 6 juillet 2021 la SRL Liège Dépannage et Services demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M^e Alexandre Pirson, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Élisabeth Kiehl, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Emmanuelle Gonthier et David Renders, avocats, comparaissant pour la requérante en intervention, 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 26 juin 2020, le conseil communal de la partie adverse décide de passer un marché de services par accord-cadre et procédure ouverte ayant pour objet « l'enlèvement et l'entreposage de véhicules sur le territoire de la ville de Liège », devant prendre cours au plus tôt le 1^{er} janvier 2021 et fin le 31 décembre 2024. Un avis de marché est publié au *Bulletin des adjudications* et au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Le marché est divisé en deux lots :

- « - le lot n°1 concerne le dépannage de véhicules qui ne sont pas qualifiés d'épaves ou ne peuvent pas être considérés comme abandonnés sur la voie publique;
- le lot n°2 concerne le dépannage de véhicules pouvant être qualifiés d'épaves ou pouvant être considérés comme abandonnés en dehors d'une propriété privée ou sur la voie publique ».

Deux offres sont déposées, celles des parties requérante et intervenante.

Le 30 octobre 2020, le collège communal de la partie adverse décide d'attribuer les deux lots du marché à la société requérante. La partie intervenante introduit une demande de suspension, en extrême urgence, contre cette décision. Par l'arrêt n° 249.563 du 22 janvier 2021, le Conseil d'État ordonne la suspension de l'exécution de la décision d'attribution du 30 octobre 2020 au motif que certains critères de sélection méconnaissent *prima facie* l'article 65, alinéas 2 ou 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ce pour les deux lots du marché. Lors de sa séance du 19 février 2021, le collège communal de la partie adverse décide, à la suite de cet arrêt, de retirer la décision d'attribution contestée, de renoncer à l'attribution du marché et de recommencer la procédure.

2. Le 12 mars 2021, un nouveau marché de services par accord-cadre et procédure ouverte ayant le même objet est lancé. Il doit prendre cours au plus tôt le 1^{er} juillet 2021 et fin le 31 décembre 2024. Il fait l'objet d'un nouvel avis de marché au *Bulletin des adjudications* et au *Journal officiel de l'Union européenne*.

Le nouveau cahier spécial des charges n° 3/2021 comprend notamment les éléments suivants :

- Point « 1.1. Objet du marché » de la partie « A. Dispositions administratives »

Le présent accord-cadre porte sur l'enlèvement sur le territoire de la Ville de Liège et sur réquisition de la Police locale, de véhicules d'une masse maximum autorisée inférieure à 3,5 tonnes ainsi que de dispositifs accessoires tels que remorques, la conservation de ces véhicules dans un lieu d'entreposage dont dispose l'adjudicataire et, le cas échéant, la dépollution, le démantèlement et la destruction de ceux-ci à l'expiration d'un délai légal de six mois.

Il est structuré en deux lots distincts :

- **le lot n°1 concerne le dépannage de véhicules qui ne sont pas qualifiés d'épaves ou ne peuvent pas être considérés comme abandonnés sur la voie publique;**
- **le lot n°2 concerne le dépannage de véhicules pouvant être qualifiés d'épaves ou pouvant être considérés comme abandonnés en dehors d'une propriété privée ou sur la voie publique.**

Les deux lots sont mieux décrits dans la partie B, intitulée « **PRESCRIPTIONS TECHNIQUES** », point 3 (Description et spécifications) du présent cahier spécial des charges. Le soumissionnaire peut remettre une offre pour un seul des lots, voire les deux lots.

L'accord-cadre est conclu avec un seul adjudicataire par lot.

La procédure choisie pour conclure le présent accord-cadre est la procédure ouverte avec publicité européenne.

Le Pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas attribuer le marché ou un lot de ce marché et de décider que ce marché fera l'objet d'un ou de plusieurs nouveaux marchés, au besoin suivant un autre mode de procédure.

- Point « 3.2. Complétude du DUME » de la partie « A. Dispositions administratives »

[...]

Recours aux capacités de tiers pour la sélection qualitative

Conformément à l'article 73, §2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, lorsque le soumissionnaire fait appel à la capacité d'autres entités pour sa sélection, le candidat ou le soumissionnaire, selon le cas, répond à la question reprise à la partie II, C, du DUME visé à l'article 38. Il mentionne également pour quelle part du marché il fait appel à cette capacité et quelles autres entités il propose sans son offre.

Un DUME doit être produit pour chaque tiers à la capacité duquel il est fait appel pour justifier la sélection qualitative, sous peine de nullité.

L'engagement du tiers, à la capacité duquel il est fait appel pour justifier la sélection qualitative, de mettre à disposition les moyens nécessaires doit être déposé en même temps que l'offre. A défaut, il n'en sera pas tenu compte.

Cet engagement est signé par la ou les personnes disposant du pouvoir d'engager la société (les soumissionnaires doivent être attentifs au respect des clauses de double signature le cas échéant). A défaut, il n'en sera pas tenu compte.

[...]

- Point « 10. Prix » de la partie « A. Dispositions administratives »

[...]

10.1.1. En ce qui concerne le lot n°1

Le présent marché est un marché à bordereau de prix, ce qui signifie que seuls les prix unitaires sont forfaitaires.

Le soumissionnaire proposera dans son offre un prix forfaitaire de base par véhicule dépanné, T.V.A. non comprise. Ce prix forfaitaire concernera le déplacement du prestataire de services, l'enlèvement et la mise en dépôt du véhicule ainsi que le gardiennage pendant quatre jours, sans préjudice des autres éléments composant ce prix forfaitaire et visés dans la partie B, intitulée « **PRESCRIPTIONS TECHNIQUES** », du présent Cahier spécial des charges.

[...]

10.1.2. En ce qui concerne le lot n°2

Le présent marché est un marché à prix global, ce qui signifie que le prix global est forfaitaire.

[...]

Prix positif : soit la proposition d'un prix global et forfaitaire par véhicule qui concernera la réalisation d'une prestation complète telle qu'elle est décrite au point 3 concernant le lot n°2 de la partie B intitulée « PRESCRIPTIONS TECHNIQUES » du présent cahier spécial des charges. Sauf stipulation contraire du cahier spécial des

[...]

- Point « 11.1.2.2. Critères de sélection relatifs à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires » de la partie « A. Dispositions administratives »

11.1.2.2.1. En ce qui concerne le lot n°1

[...]

Troisième critère relatif à la compétence technique et professionnelle des soumissionnaires

Le soumissionnaire doit joindre à son offre le certificat ou l'agrément attestant qu'il est propriétaire ou exploitant d'un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction des véhicules hors d'usage. Le certificat ou l'agrément doit être délivré par un organisme agréé pour délivrer un tel document et produit en annexe de l'offre. A défaut d'être propriétaire ou exploitant d'un tel centre agréé, le soumissionnaire doit apporter la preuve (exemple un contrat) qu'il confie la réalisation des prestations concernées à un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction des véhicules hors d'usage.

11.1.2.2.2. En ce qui concerne le lot n°2

[...]

Troisième critère relatif à la compétence technique et professionnelle des soumissionnaires

Le soumissionnaire doit joindre à son offre le certificat ou l'agrément attestant qu'il est propriétaire ou exploitant d'un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction des véhicules hors d'usage. Le certificat ou l'agrément doit être délivré par un organisme agréé pour délivrer un tel document et produit en annexe de l'offre. A défaut d'être propriétaire ou exploitant d'un tel centre agréé, le soumissionnaire doit apporter la preuve (exemple un contrat) qu'il confie la réalisation des prestations concernées à un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction des véhicules hors d'usage.

11.1.2.2.3. Recours aux capacités d'entités tierces

Le soumissionnaire peut faire valoir la capacité de ses sous-traitants ou d'autres entités quelle que soit la nature juridique du lien qui l'unit à ces entités. Dans ce cas, le soumissionnaire joint à son offre les documents utiles desquels ressort l'engagement de ces sous-traitants ou entités de mettre les moyens nécessaires à la disposition du soumissionnaire.

Le soumissionnaire indique dans son offre la part du marché pour laquelle il fait appel à la capacité de sous-traitants ou d'autres entités, ainsi que le(s) sous-traitant(s) ou autre(s) entité(s) qu'il propose.

- Point « 12. Critère d'attribution : “prix” » de la partie « A. Dispositions administratives »

12. Critère d'attribution : «prix »

Le Pouvoir adjudicateur choisira, pour attribuer le présent marché public, l'offre économiquement la plus avantageuse déterminée sur la seule base du prix, pour autant que celle-ci soit formellement et matériellement régulière, remplisse les critères de sélection et ne soit affectée d'aucun motif d'exclusion.

Si, en application de l'article 50 de l'A.R. du 18/04/2017, des soumissionnaires ont proposés des rabais en cas de réunion de plusieurs lots, le choix de l'adjudicataire est déterminé par le groupement de lots qui forme le prix le plus bas.

[...]

- Point « 3. Description des prestations et spécifications » de la partie C « Prescriptions techniques »

[...]

3.1. En ce qui concerne le lot n°1

3.1.1. Prestations

Les services visés par le présent marché comportent :

- le dépannage sur le territoire de la Ville de Liège et sur réquisition de la Police locale, de véhicules d'une masse maximale autorisée n'excédant pas 3,5 tonnes ainsi que des dispositifs accessoires tels que remorques;
- l'évacuation et la mise en dépôt de ces véhicules pendant un délai légal de six mois, sur un lieu d'entreposage des véhicules dont dispose l'adjudicataire.

[...]

Le lot n°1 comprend toutes les charges inhérentes à l'entreprise, et notamment :

- l'utilisation des véhicules et du matériel adaptés à la réalisation du service ;
- les prestations du personnel nécessaires à la réalisation du service ;
- les frais de mise à disposition (s'il échet) d'un entrepôt d'une capacité de cinq cents mètres carrés au moins, couvert sur toute sa superficie, clôturé et gardé 24 heures sur 24, permettant l'entreposage de cinquante véhicules sur une même journée ;
- les frais de gardiennage et de conservation du véhicule ou dispositif accessoire entreposé pendant une durée de quatre jours de calendrier prenant cours le lendemain du jour de l'enlèvement du véhicule ou dispositif accessoire ;
- l'élimination éventuelle d'un véhicule non réclamé par son propriétaire dans un délai de six mois ;
- toutes les sujétions et prestations nécessaires, tous les bris éventuels, les usures mêmes anormales, les dégâts subis par l'adjudicataire ou provoqués à des tiers (en ce compris la Ville de Liège) et les assurances nécessaires ;

[...]

Hypothèse 2 - le propriétaire n'est pas venu rechercher son véhicule dans un délai de six mois de gardiennage.

A l'échéance d'un délai fixé à six mois de gardiennage, le véhicule non réclamé est considéré comme abandonné volontairement par son propriétaire (*res derelicta*) et devient propriété de la Ville.

L'adjudicataire établira une liste reprenant les véhicules non réclamés par leurs propriétaires à l'échéance du délai de six mois, liste qu'il communiquera à la Police locale. Sur base de cette liste, deux possibilités sont offertes au Pouvoir adjudicateur : soit de céder la propriété des véhicules à l'adjudicataire, soit garder la propriété de ceux-ci.

Dans l'hypothèse où le Pouvoir adjudicateur cède la propriété d'un véhicule à l'adjudicataire, il lui fera parvenir un document de cession stipulant, d'une part que l'adjudicataire est autorisé à disposer du véhicule pour la revente de pièces détachées, d'autre part que l'adjudicataire est contraint de procéder à l'élimination du véhicule cédé dans le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur en la matière, à savoir la destruction de ce véhicule dans un centre agréé de dépollution, de démantèlement et de destruction des véhicules hors d'usage. L'adjudicataire s'engage à faire parvenir au Pouvoir adjudicateur copie du certificat de destruction établissant que le véhicule a été détruit de manière réglementaire. Les frais occasionnés dans cette hypothèse par le gardiennage pendant un délai de six mois, ainsi que ceux occasionnés par la dépollution, le démantèlement et la destruction du véhicule sont considérés comme un aléa du lot n°1 et par voie de conséquence intégrés dans le prix global et forfaitaire indiqué par l'adjudicataire dans son offre.

[...]

LE NON-RESPECT D'UNE SEULE DES CONDITIONS ÉNUMÉRÉES CI-DESSUS AURA POUR EFFET DE CONSTITUER DANS LE CHEF DE L'ADJUDICATAIRE UN MANQUEMENT DANS L'EXÉCUTION DU MARCHÉ.

3.2. En ce qui concerne le lot n°2

3.2.1. Prestations

Les services visés par le présent marché comportent :

- l'enlèvement sur le territoire de la Ville de Liège et sur réquisition de la Police locale, des véhicules d'une masse maximale autorisée n'excédant pas 3,5 tonnes ainsi que des dispositifs accessoires tels que remorques, pouvant être qualifiés d'épaves ou abandonnés sur la voie publique, étant convenu expressément que le déplacement du prestataire de services sans enlèvement de véhicule est considéré comme une charge inhérente au marché, et
- l'évacuation ainsi que la mise en dépôt de ces véhicules pendant un délai légal de six mois, sur un terrain dont dispose l'adjudicataire.

[...]

Passé ce délai légal de six mois, les véhicules non réclamés deviennent la propriété de la Ville de Liège en application de la loi du 30 décembre 1975 concernant les biens trouvés en dehors des propriétés privées ou mis sur la voie publique en exécution de jugement d'expulsion.

L'adjudicataire communiquera à la Police locale les véhicules non réclamés au fur et à mesure de l'échéance de ce délai de six mois, liste reprenant les caractéristiques disponibles des véhicules (notamment le numéro de châssis) aux fins d'obtenir l'accord de la Ville pour procéder à la dépollution, au démantèlement et à la destruction du véhicule dans un centre agréé.

L'adjudicataire procédera à la destruction du véhicule et fera parvenir à la Ville le certificat de destruction établissant que le véhicule a été détruit de manière réglementaire.

Le lot n°2 comprend toutes les charges inhérentes à l'entreprise, et notamment :

- l'utilisation du ou des véhicules et du matériel adaptés à la réalisation du service ;
- les prestations du personnel nécessaire à la réalisation du service ;
- les frais de mise à disposition (s'il échet) d'un terrain d'une capacité de cinq mille m² au moins permettant le stockage de plus ou moins cinq cents véhicules ;
- toutes les sujétions et prestations nécessaires, tous les bris éventuels, les usures mêmes anormales, les dégâts subis par le prestataire de services ou provoqués à des tiers (en ce compris la Ville de Liège), les assurances nécessaires, etc. ;
- le déplacement de l'adjudicataire sans enlèvement de véhicule ;
- la disposition au titre de propriétaire ou d'exploitant, d'un centre agréé de démontage, de démantèlement et de dépollution de véhicules hors d'usage ainsi que la détention d'un permis d'environnement en cours de validité, étant entendu que les soumissionnaires disposent également de la faculté de recourir à un contrat de sous-traitance pour la réalisation de ces prestations.

L'attention de l'adjudicataire est attirée sur le fait que seule une prestation complète, à savoir de l'enlèvement du véhicule pouvant être qualifié d'épave ou abandonné jusqu'à sa destruction, fait l'objet des prestations du lot n°2.

[...]

LE NON-RESPECT D'UNE SEULE DES CONDITIONS ÉNUMÉRÉES CI-DESSUS AURA POUR EFFET DE CONSTITUER DANS LE CHEF DE L'ADJUDICATAIRE UN MANQUEMENT DANS L'EXÉCUTION DU MARCHÉ.

➤ Partie « D. Annexes »

[...]

- Annexe D : déclaration relative à la sous-traitance.
- Annexe D^{bis} : formulaire d'engagement du sous-traitant ou de l'entité tierce aux capacités desquelles le soumissionnaire fait appel.

[...].

3. Deux offres sont, de nouveau, déposées pour les deux lots du marché par les parties requérante et intervenante.

4. Le 29 avril 2021, la partie adverse interroge les deux soumissionnaires pour obtenir différentes précisions concernant leurs offres. La requérante y répond par un courriel du 5 mai 2021 et la partie intervenante par un courriel du 6 mai 2021. Par un courriel du 1^{er} juin 2021, la partie adverse demande à la partie intervenante de clarifier encore certains éléments. Celle-ci s'exécute par un courriel du 3 juin 2021. Parallèlement, la partie adverse invite, par courrier du 25 mai 2021, la partie intervenante à justifier ses prix pour le lot 1 du marché, ceux-ci apparaissant comme anormalement bas par rapport aux prestations à exécuter. La partie intervenante répond à cette invitation par courrier du 4 juin 2021.

5. Un rapport d'analyse des offres est établi le 7 juin 2021 par le service des Affaires générale du département de Police administrative et Sécurité publique, duquel il ressort que la requérante ne remplit pas, pour les deux lots du marché, le troisième critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle et qu'elle ne peut dès lors être sélectionnée. Il est plus précisément indiqué ce qui suit :

« [...]

- le soumissionnaire ne satisfait pas au troisième critère relatif à la compétence technique et professionnelle, tant en ce qui concerne lot n°1 que le lot n°2, n'ayant pas joint à ses offres le certificat ou l'agrément attestant qu'il est propriétaire ou exploitant d'un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction des véhicules hors d'usage (un tel certificat ou l'agrément devant être délivré par un organisme agréé pour délivrer un tel document), ni, à défaut d'être propriétaire ou exploitant d'un tel centre agréé, la preuve (exemple un contrat) qu'il confie la réalisation des prestations concernées à un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction des véhicules hors d'usage ; dans son courriel du 5/05/2021 le soumissionnaire indique plusieurs entreprises sans qu'il soit possible de déterminer avec certitude celle à la capacité de laquelle il entend faire appel;
- le soumissionnaire ne fournit pas la déclaration relative à l'engagement (ANNEXE D^{bis} des documents du marché) de la SA BST WALLONIE ni celle d'une des autres sociétés que le soumissionnaire mentionne dans son courriel du 5/05/2021, or cette déclaration était à joindre obligatoirement aux offres pour chaque sous-traitant;
- le courrier émanant de la SA BST WALLONIE, et fourni par la SRL U.C AUTOMOBILES, ne constitue pas un engagement, au sens du Cahier spécial des charges (point 3.2), de la SA BST WALLONIE de mettre à disposition du soumissionnaire les moyens nécessaires à sa sélection qualitative;

- le soumissionnaire ne produit pas le DUME de la SA BST Wallonie, l'entité à la capacité de laquelle le soumissionnaire confirme en date du 5/05/ 2021 recourir dans le cadre de sa sélection qualitative ; or, le défaut de production du DUME de l'entité tierce à la capacité de laquelle le soumissionnaire fait appel pour justifier sa sélection qualitative constitue une cause de nullité en application du Cahier spécial des charges (point 3.2).

[...] ».

Quant à la partie intervenante, le rapport d'analyse des offres mentionne qu'elle ne se trouve pas dans une situation de motifs d'exclusion, qu'elle remplit tous les critères de sélection qualitative et que son offre est régulière, après vérification des prix et des coûts, en application des articles 35 et 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité. L'offre de la partie intervenante est présentée comme l'offre régulière économiquement la plus avantageuse pour les deux lots du marché.

6. Lors de sa séance du 11 juin 2021, le collège communal décide de faire sien le rapport d'analyse des offres et d'attribuer les deux lots du marché à la partie intervenante.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Les motifs de non-sélection de la société requérante lui sont communiqués le 11 juin 2021. La décision d'attribution et le rapport d'analyse des offres lui sont adressés, à la demande de son conseil, par courriel du 17 juillet 2021.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 6 juillet 2021, la SRL Liège Dépannage et Services demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du marché, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V.1. Thèses des parties

Se référant à l'article 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, la partie intervenante indique que, pour justifier d'un intérêt à obtenir la suspension de l'exécution d'une décision en matière de marché public, la requérante doit avoir été

lésée ou risquer d'être lésée par les violations alléguées dans son recours. Elle soutient qu'en l'espèce, les différentes irrégularités dénoncées dans les quatre moyens de la requête n'ont pas lésé ou risqué de léser la requérante, à défaut pour elle de critiquer le motif de l'acte attaqué qui déclare son offre nulle en raison d'absence de DUME de la SA BST Wallonie, en tant qu' « entité à la capacité de laquelle le soumissionnaire confirme en date du 5/05/2021 recourir dans le cadre de la sélection qualitative » (selon les termes du rapport d'analyse des offres qui fait partie intégrante de la décision attaquée). Elle expose que le cahier spécial des charges impose « sous peine de nullité » la production d'un DUME « pour chaque tiers à la capacité duquel il est fait appel pour justifier la sélection qualitative », que la requérante « ne conteste, toutefois, jamais cette nullité et n'évoque jamais la moindre violation des règles applicables en matière de régularité des offres et, plus particulièrement, de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques qui définit les hypothèses dans lesquelles une offre doit être considérée comme étant irrégulière et, le cas échéant, déclarée nulle » et que « [d]ès lors que son offre a été déclarée nulle et qu'elle ne le conteste pas, la partie requérante ne dispose d'aucun intérêt au recours » puisque « [l]es différentes violations alléguées ne sont [...] pas de nature à léser la partie requérante, puisque son offre est, de toute façon, nulle ». Elle précise ce qui suit :

« Certes, la partie requérante reprend, dans la liste des dispositions concernées par son premier moyen, l'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques". La partie requérante n'explique cependant jamais, dans sa requête, la raison pour laquelle cette disposition aurait, à son estime, été violée. Ainsi, les développements du premier moyen de la partie requérante traitent uniquement de la question de la légalité/l'illégalité d'un critère de sélection, sans lien avec la question de la régularité des offres. De même, les développements des autres moyens n'évoquent jamais la question de la régularité des offres. Comme déjà indiqué, à aucun moment, la partie requérante ne soutient que son offre aurait dû être considérée comme étant régulière. Au vu de ces éléments, la seule évocation – non justifiée – de l'article 76, §1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 "relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques" dans le libellé du premier moyen ne saurait suffire à établir que, la partie requérante, a, dans le cadre de son recours, entendu contester la décision de déclarer son offre irrégulière et, en conséquence, nulle ».

La partie intervenante explique ensuite les raisons pour lesquelles « [l]a nullité de l'offre de la requérante – qui ne conteste pas ne pas avoir produit le DUME requis – est [...] indiscutable ».

Elle ajoute encore ce qui suit :

« Pour le surplus, on relèvera encore que l'intérêt de la partie requérante au présent recours est d'autant plus douteux que dans le cadre de réquisitions effectuées par

le pouvoir adjudicateur pour le dépannage de véhicules à dater du 1^{er} juillet 2021, il est apparu que “la SRL UC Automobiles est disponible immédiatement pour le dépannage des véhicules de la catégorie 2 décrite précédemment, mais que, compte tenu des congés et de l’organisation du personnel de l’entreprise, elle n’est en mesure de mettre l’ensemble de ses moyens à disposition pour le dépannage de véhicules de la catégorie 1 qu’à partir du 1^{er} septembre 2021”.

Il en résulte que la partie requérante a, en tout état de cause, déclaré ne pas être en mesure d’assurer la totalité des prestations prévues par le marché à dater du 1^{er} juillet 2021, comme cela était pourtant requis par les documents du marché.

Dès lors qu’elle a expressément reconnu ne pas être en mesure de réaliser les prestations qui sont l’objet du marché à dater du 1^{er} juillet 2021, l’acte entrepris par le présent recours ne saurait être considéré comme ayant lésé ou lésant la partie requérante ».

La partie intervenante en déduit que le recours est irrecevable.

À l’audience, la requérante répond que la décision de ne pas la sélectionner lui fait nécessairement grief, qu’elle justifie d’un intérêt à critiquer la légalité des critères de sélection qui sont prévus par les documents du marché ainsi que la régularité de l’offre de la partie intervenante dès lors que la violation invoquée affecte la décision d’attribution du marché. Quant qu’à la réquisition prévue à partir du 1^{er} juillet 2021, elle explique que le contexte de l’attribution d’un marché et celui d’une réquisition sont tout à fait différents, qu’elle a dû répondre à l’interpellation de la partie adverse dans les 24h tandis qu’à la suite de la décision de l’écarter du marché litigieux, elle a dû se réorganiser et a pris d’autres engagements, raison pour laquelle elle a affirmé n’être en mesure de mettre l’ensemble de ses moyens à disposition pour le dépannage de véhicules de la catégorie 1 qu’à partir du 1^{er} septembre 2021.

V.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. Elle conteste, dans le premier moyen de la requête, la régularité d'un critère de sélection et, dans le deuxième moyen, l'application que la partie adverse a faite de ce critère, les violations alléguées ayant conduit, selon elle, à décider injustement de sa non-sélection. Dans les troisième et quatrième moyens de la requête, la requérante tend notamment à démontrer que l'attributaire n'aurait pas dû être sélectionné ou que son offre était irrégulière en sorte qu'il a obtenu à tort le marché, même s'il offrait les prix les plus bas pour l'attribution des deux lots cumulés.

L'argument selon lequel aucune des violations alléguées n'a lésé ou risqué de léser la requérante ne peut être retenu. Contrairement à ce que soutient la partie intervenante, la requérante critique bien, dans le deuxième moyen de la requête, le motif de l'acte attaqué qui constate la nullité de son offre en l'absence de DUME de la SA BST Wallonie, en faisant valoir, en substance, que la production de ce document n'était pas requise pour remplir les exigences de la sélection qualitative. Les arguments relatifs à la recevabilité de ce grief ou à son caractère sérieux ne doivent pas être examinés au stade de la recevabilité du recours, puisqu'au vu des dispositions précitées, il suffit à la requérante de soulever une violation qui a risqué de la léser.

Par ailleurs, le seul fait que la requérante n'ait pas, postérieurement à la communication de la décision de ne pas la sélectionner, répondu favorablement à la réquisition de ses services, comme envisagé par la partie adverse à partir du 1^{er} juillet 2021, ne permet pas de considérer *prima facie* que la requérante n'aurait pas été en mesure d'assurer la totalité des prestations prévues par les deux lots du marché à partir de cette date, si ceux-ci lui avaient été attribués au mois de juin 2021. Les explications fournies par la requérante à l'audience, à ce sujet, paraissent suffisamment convaincantes.

Les exceptions opposées par la partie intervenante doivent être rejetées.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 4, 5, 43 et 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 65, 68, 71, 73 et 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe général de concurrence, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, du

principe de légitime confiance et de motivation par une autorité administrative de son revirement d'attitude, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une première branche, la requérante soutient que le troisième critère de capacité technique et professionnelle, visé aux points 11.1.2.2.1 (pour le lot 1) et 11.1.2.2.2 (pour le lot 2) restreint artificiellement la concurrence, est disproportionné au regard de l'objet du marché et des prestations demandées et est discriminatoire, car il favorise l'attributaire du marché.

Après avoir rappelé les principes contenus dans les articles 5 et 71 de la loi du 17 juin 2016 précitée et les articles 65 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, la requérante fait valoir que, d'une part, exiger du soumissionnaire qu'il soit propriétaire ou exploitant d'un centre agréé d'élimination de véhicules est manifestement disproportionné en ayant égard aux autres exigences du marché (comme l'obligation de disposer d'un terrain à moins de 10 km du centre de Liège pour entreposer les véhicules et des sept dépanneuses visées au deuxième critère de capacité technique et professionnelle), le nombre de candidats dépanneurs susceptibles de remplir ces exigences « tout en possédant un centre de démantèlement [étant] insignifiant, voire nul » et que, d'autre part, demander « comme la partie adverse l'a interprété dans l'acte attaqué, la preuve de mise à disposition de la capacité de tiers dans le cadre d'une sous-traitance relative [à la] "réalisation de prestations concernées à un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction des véhicules hors d'usage" » et exiger la preuve que « ces véhicules seront démantelés ou éliminés d'une manière équivalente à celle où le démantèlement et l'élimination des véhicules font partie du marché lui-même » ne se justifient pas au regard de l'objet du marché « qui vise l'enlèvement et de dépannage de véhicules sur le territoire de la ville de Liège ». À ce sujet, elle expose plus précisément ce qui suit :

« Certes, dans son énoncé liminaire, l'objet du marché vise "le cas échéant" la dépollution, le démantèlement et la destruction de ceux-ci à l'expiration d'un délai légal de six mois, mais la réalisation d'une telle prestation n'est qu'une des possibilités de destination des véhicules, lesquels sont la plupart du temps revendus ou gérés par des tiers, sous la responsabilité du candidat.

En outre, rien dans le reste des documents du marché ne laisse entendre que la gestion des véhicules postérieurement à leur enlèvement et à leur entreposage constitue le service réellement dispensé pour le compte de la ville de Liège :

- le volume de véhicules concernés pour évaluer le montant du marché est uniquement lié aux véhicules enlevés. Il n'est aucunement tenu compte du volume d'épaves ou de véhicules non récupérés (pièce 3, point B 1.3.1);
- le prix à fournir est un prix "par véhicule [déplacé]" qui est forfaitaire et qui, pour ce qui concerne le 1^{er} lot constituant l'essentiel du marché, couvre "le déplacement du prestataire de services, l'enlèvement et la mise en dépôt de

- véhicules ainsi que le gardiennage pendant quatre jours” sans préjudice des éléments visés dans les clauses techniques (pièce 3, point B 10.1.1, page 15);
- les dispositions contractuelles prévoient ainsi que la bonne exécution du marché est liée aux prestations réalisées sur le territoire de la ville de Liège (v. pages 25 à 26);
- les relevés de prestations et factures mentionnent les dates d’enlèvement et identités des personnes qui enlèvent les véhicules, mais aucun relevé ou facture ne contient l’information de la destination du véhicule;
- aucune définition reprise dans les clauses techniques ne concerne la revente ou le démantèlement des véhicules (pièce 3, point C.1).

Surtout, dans la description des prestations reprise dans les conditions techniques du marché, alors que le dépannage et la détention des véhicules retirés dans le cadre du lot n°1 sont longuement décrits, le sort des véhicules non réclamés est décrit en fonction de la volonté pour la ville ou non de rester propriétaire des véhicules. Dans l’hypothèse [où] la ville ne reste pas titulaire du véhicule, la prestation est décrite comme suit :

“ Dans l’hypothèse où le pouvoir adjudicateur cède la propriété d’un véhicule à l’adjudicataire, il lui fera parven[ir] un document de cession stipulant, d’une part, que l’adjudicataire est autorisé à disposer du véhicule pour la revente de pièces détachées, d’autre part, que l’adjudicateur est contraint de procéder à l’élimination du véhicule cédé dans le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur, à savoir la destruction de ce véhicule dans un centre agréé de dépollution, de démantèlement et de destruction des véhicules hors d’usage. L’adjudicataire s’engage à faire parvenir au pouvoir adjudicateur copie du certificat de destruction établissant que le véhicule a été détruit de manière réglementaire” (pièce 3, page 39).

Ainsi, ce n’est que de manière exceptionnelle, dans le cadre du lot n°1, que l’adjudicataire est tenu de transmettre le reste du véhicule non réclamé à “un” centre agréé : il s’agit d’une obligation d’exécution qui ne nécessite aucunement que l’adjudicataire dispose lui-même d’un tel centre ou qu’un tel centre agréé soit repris dans l’offre de l’adjudicataire. Sauf à fausser artificiellement la concurrence (voy. point 3 ci-après), il n’existe aucune raison d’exiger la mise à disposition d’un tel centre.

La pratique de reprises par des tiers, avec certificat de démolition contrôlé au stade de l’exécution, mais sans exclusivité relative à un centre de démantèlement ou de dépollution, correspond à une pratique générale qui consiste à uniquement exiger au stade de l’exécution les attestations de démolition conformes (voy. pièce 13 et un exemple de telles attestations dans le cadre des marchés similaires dont la requérante se prévaut dans son offre).

La description des prestations du lot n°2, pour des épaves qui impliquent également un entreposage de principe de 6 mois est identique, si ce n’est qu’elle précise que la détention d’un centre de tri ou la faculté d’y recourir fait effectivement partie, pour le lot n°2, de “l’entreprise”.

En réalité, en donnant au troisième critère de sélection de capacité technique la portée que la partie adverse lui attribue dans l’acte attaqué, la partie adverse fait du marché un marché public de services de gestion de déchets, ce qui n’est clairement pas l’objet annoncé, ni adéquat, du marché en cause ».

La requérante déduit de ces éléments que le troisième critère de capacité technique et professionnelle méconnaît les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2016 précitée, dès lors qu’il est « non accessible à la plupart des dépanneurs », que « parmi les prestataires de services en dépannage et enlèvements de véhicules, aucun

ne possède de centre [de] dépollution ou de démantèlement dans la région de Liège », qu'un tel critère « n'ouvre pas suffisamment le marché à la concurrence », que « cette réalité explique par ailleurs le peu d'offres remises au vu des exigences du cahier des charges ». Elle affirme que ce critère est également discriminatoire dès lors que l'attributaire « qui se prévaut de l'utilisation du centre de démantèlement "Nucera" fait partie du seul groupe de sociétés qui dispose à la fois d'une société de services d'enlèvement/dépannage de véhicules (SRL Liège Dépannage et Services) et d'un centre de démantèlement (Centre de dépollution Nucera) » et que « ces sociétés ont des actionnariats communs ». Elle ajoute que « l'absence de lien suffisant avec l'objet du marché du troisième critère se confirme sur la base du constat qu'il [est] malgré tout applicable au lot n°1 alors que dans le cadre du lot n°1, l'immense majorité des véhicules sont récupérés pour être restitués à leur propriétaire et en aucun cas revendus, démantelés ou gérés en centre de déchets » et qu'« à supposer même que le troisième critère ait pu valablement être imposé – *quod non* – ce critère n'aurait pu être imposé que pour le lot n°2, où les véhicules enlevés sont des épaves ».

Elle fait aussi valoir que troisième critère de capacité technique et professionnelle est illégal, en raison de son manque de précision, dès lors qu'il n'énonce pas « précisément » :

- « - le niveau d'exigence requis pour satisfaire au troisième critère en cas d'absence de propriété d'un centre de dépollution ou démantèlement de véhicules;
- le mode de preuve admis (la partie adverse donnant manifestement au cahier des charges une portée plus sévère que celle qui découle de son libellé). Ainsi, aucun des modes de preuve visés à l'article 68 précité de l'arrêté passation n'est utilisé dans le cahier des charges et, ni dans le cahier des charges (pièce 3), ni dans sa demande de compléments du 29 avril 2021 (pièce 9), la partie adverse ne recourt à un critère clair (pas même la démonstration d'intervention de la capacité d'un sous-traitant) ».

Selon elle, « il est impossible pour un soumissionnaire de connaître le niveau d'exigence requis ou encore le mode de preuve admissible d'un accès suffisant à un centre de dépollution ou de démantèlement au regard de la formulation du critère ».

Dans une deuxième branche, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas justifier « son revirement d'attitude » ou « la modification de sa ligne de conduite en matière de critère de sélection » lorsqu'elle décide d'intégrer, pour la première fois dans le cahier spécial des charges de mars 2021, un troisième critère de capacité technique et professionnelle « aussi impactant sur la concurrence » alors qu'une telle exigence ne figurait pas dans le cahier de juin 2020 tandis qu'il s'agit de marchés identiques. Elle estime que rien n'explique (1) l'introduction d'« un

nouveau critère de sélection en lien avec l'exploitation d'un centre de dépollution, et ce tant pour le lot n°1 que le lot n°2 » et (2) d'être plus exigeant sur cette question que ce qui est requis « pour justifier la capacité de réaliser des prestations directement liées au marché (personnel, centre d'entreposage) [...] ». Elle conclut que « [c]e revirement d'attitude, qui semble volontairement guidé par la volonté d'écarter d'autres candidats que celui qui a été retenu, ne trouve aucune justification dans les documents de marché ou dans l'acte attaqué, dont la motivation formelle est en tout état de cause entachée ».

À l'audience, la requérante revient sur les contours de l'objet du marché (dépannage, enlèvement et entreposage de véhicules), en insistant sur le fait que l'opération de destruction des véhicules n'est qu'une étape éventuelle de l'opération première de dépannage, puisqu'elle ne concerne que quelques véhicules « en bout de course ». Elle fait valoir que « dépanneur » et « centre agréé de démantèlement » sont deux métiers différents et que le marché litigieux n'est pas un marché de « gestion de déchets », mais de « dépannage de véhicules ». Selon elle, il suffisait d'exiger des soumissionnaires qu'ils apportent la preuve qu'ils respectent les filières agréées pour l'élimination des véhicules. Démontrer un engagement aussi important que ce qui est requis d'un opérateur économique qui est propriétaire ou exploitant d'un centre agréé de démantèlement de véhicules est, selon elle, tout à fait disproportionné au regard de l'objet du marché litigieux et de son économie générale. La requérante ajoute que le critère litigieux est également imprécis dès lors qu'il ne permet pas d'identifier le degré d'engagement requis (fallait-il recourir à la capacité d'un tiers ou suffisait-il de montrer que la filière est respectée ? un contrat de sous-traitance était-il requis ou pas ?). La requérante expose que les termes de l'acte attaqué et les explications fournies par la partie adverse dans sa note d'observations entretiennent la confusion. Elle s'étonne également du degré d'exigence imposé par la partie adverse pour s'assurer du respect des règles environnementales pour ce qui concerne l'élimination de véhicules (opération très accessoire à l'objet du marché) tandis qu'aucun critère de sélection ne concerne l'entreposage de véhicules (opération pourtant centrale à l'objet du marché). Elle affirme que, pour rédiger le nouveau cahier spécial des charges, la partie adverse s'est basée sur un profil type qui est celui du prestataire actuel, soit la partie intervenante qui est l'attributaire du nouveau marché. Elle relève que cette société a un actionnaire commun avec un centre agréé de démantèlement de véhicules. C'est, selon la requérante, ce qui explique l'apparition de ce critère dans le cahier spécial des charges de mars 2021.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

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 soumis au respect de certaines conditions. Ainsi, l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics impose au pouvoir adjudicateur de limiter ces critères à ceux qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose des capacités juridiques, financières, techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Les critères doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. L'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ajoute que le pouvoir adjudicateur doit indiquer, dans l'avis de marché, tant les critères de sélection que « les moyens de preuves acceptables », que ces critères de sélection qualitative doivent être assortis d'un « niveau d'exigence approprié » et que « chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires ». 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. Par ailleurs, comme le relève la requérante, les critères de sélection qualitative ne peuvent être conçus dans l'intention de limiter artificiellement la concurrence ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques (article 5 de la loi du 17 juin 2016 précitée).

La requérante critique, sous ces différents aspects, le troisième critère de capacité technique et professionnelle, visé aux points 11.1.2.2.1 (pour le lot 1) et 11.1.2.2.2 (pour le lot 2). Ces deux points sont rédigés identiquement comme il suit :

« Troisième critère relatif à la compétence technique et professionnelle des soumissionnaires

Le soumissionnaire doit joindre à son offre le certificat ou l'agrément attestant qu'il est propriétaire ou exploitant d'un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction des véhicules hors d'usage. Le certificat ou l'agrément doit être délivré par un organisme agréé pour délivrer un tel document et produit en annexe de l'offre. À défaut d'être propriétaire ou exploitant d'un tel centre agréé, le soumissionnaire doit apporter la preuve (exemple un contrat) qu'il confie la réalisation des prestations concernées à un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction des véhicules hors d'usage ».

Pour démontrer sa capacité technique et professionnelle à exécuter le marché, le soumissionnaire doit soit produire la preuve qu'il est propriétaire ou exploitant d'un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction de

véhicules hors d'usage, soit apporter la preuve qu'il confie la réalisation des prestations concernées à un tel centre. Un « contrat » avec un centre agréé ayant pour objet la réalisation de ces prestations est donné, à titre d'exemple, comme mode de preuve acceptable.

Contrairement aux affirmations de la requérante, le critère de sélection précité est bien lié à l'objet du marché. Celui-ci vise l'enlèvement et l'entreposage de véhicules sur le territoire et pour le compte de la ville de Liège, mais également les suites à réserver à ces prestations, dont l'élimination de ces véhicules. Ainsi, le point « 1.1. Objet du marché » de la partie « A. Dispositions administratives » du cahier spécial des charges concerne, indistinctement, pour les deux lots, l'enlèvement, la conservation des véhicules et « le cas échéant, la dépollution, le démantèlement et la destruction de ceux-ci à l'expiration d'un délai légal de six mois ». Les services à prester – qui constituent l'objet du marché – sont précisés dans la partie « C. Prescriptions techniques » du cahier spécial des charges. Sous le point « 3. Description des prestations et spécifications », il est expressément prévu que les prestations d'élimination de véhicules font partie des lots 1 et 2 du marché, au titre de « charges inhérentes à l'entreprise ».

- Au point « 3.1. En ce qui concerne le lot n°1 », il est mentionné que les prestations comprennent les services de dépannage, d'évacuation et de mise en dépôt des véhicules sur un lieu d'entreposage dont dispose l'adjudicataire, mais aussi « toutes les charges inhérentes à l'entreprise et notamment [...] l'élimination éventuelle d'un véhicule non réclamé par son propriétaire dans un délai de six mois », cette hypothèse étant précisée en ces termes :

« [...]

A l'échéance d'un délai fixé à six mois de gardiennage, le véhicule non réclamé est considéré comme abandonné volontairement par son propriétaire (*res derelicta*) et devient propriété de la Ville.

L'adjudicataire établira une liste reprenant les véhicules non réclamés par leurs propriétaires à l'échéance du délai de six mois, liste qu'il communiquera à la Police locale. Sur base de cette liste, deux possibilités sont offertes au Pouvoir adjudicateur : soit de céder la propriété des véhicules à l'adjudicataire, soit garder la propriété de ceux-ci.

Dans l'hypothèse où le Pouvoir adjudicateur cède la propriété d'un véhicule à l'adjudicataire, il lui fera parvenir un document de cession stipulant, d'une part que l'adjudicataire est autorisé à disposer du véhicule pour la revente de pièces détachées, d'autre part que l'adjudicataire est contraint de procéder à l'élimination du véhicule cédé dans le respect des dispositions légales et réglementaires en vigueur en la matière, à savoir la destruction de ce véhicule dans un centre agréé de dépollution, de démantèlement et de destruction des véhicules hors d'usage. L'adjudicataire s'engage à faire parvenir au Pouvoir adjudicateur copie du certificat de destruction établissant que le véhicule a été détruit de manière réglementaire. Les frais occasionnés dans cette hypothèse par le gardiennage pendant un délai de six mois, ainsi que ceux occasionnés par la dépollution, le démantèlement et la destruction du véhicule sont considérés comme un aléa du lot n°1 et par voie de conséquence intégrés dans le prix global et forfaitaire indiqué par l'adjudicataire dans son offre.

[...] ».

- Au point « 3.2. En ce qui concerne le lot n°2 », il est mentionné que les prestations comprennent les services d'enlèvement, d'évacuation et de mise en dépôt des véhicules sur terrain dont dispose l'adjudicataire, mais également « passé le délai légal de six mois », sur la base d'une liste communiquée par l'adjudicataire à la Police locale et après avoir obtenu l'accord de la ville, la « dépollution [...] démantèlement et [...] destruction du véhicule dans un centre agréé ». Il est précisé que « le lot n° 2 comprend toutes les charges inhérentes à l'entreprise, et notamment [...] la disposition au titre de propriétaire ou d'exploitant, d'un centre agréé de démontage, de démantèlement et de dépollution de véhicules hors d'usage ainsi que la détention d'un permis d'environnement en cours de validité, étant entendu que les soumissionnaires disposent également de la faculté de recourir à un contrat de sous-traitance pour la réalisation de ces prestations » et que « seule une prestation complète, à savoir l'enlèvement du véhicule pouvant être qualifié d'épave ou abandonné jusqu'à sa destruction, fait l'objet des prestations du lot n°2 ».

Il se déduit de ces éléments que les opérations de démantèlement, de dépollution et de destruction sont bien incluses dans l'objet des lots 1 et 2 du marché. Contrairement aux affirmations de la requérante :

- le fait que le marché ne concerne que l'enlèvement de véhicules situés sur le territoire de la ville de Liège ne contredit pas l'affirmation selon laquelle les opérations d'élimination de ces véhicules sont liées à l'objet du marché;
- le nombre de véhicules enlevés pris en compte pour l'estimation du montant du marché comprend ceux qui seront réclamés comme ceux qui devront être éliminés;
- les prix globaux et forfaitaires proposés pour les lots 1 et 2 incluent toutes les « charges inhérentes aux prestations / à l'entreprise », en ce compris les frais

éventuels d'élimination des véhicules (points 10.1.1 et 10.1.2. de la partie A du cahier spécial des charges qui renvoient aux « prescriptions techniques » du même cahier);

- les factures qui sont établies mensuellement sur la base des véhicules enlevés ne font logiquement pas mention de la destination des véhicules, le coût de leurs éliminations étant, en toute hypothèse, compris dans les prix globaux et forfaitaires proposés pour les deux lots du marché (*cf. supra*);
- comme il a déjà été relevé, les « prescriptions techniques » visent expressément les opérations d'élimination de véhicules, au titre de « charges inhérentes à l'entreprise », tant pour le lot 1 que pour le lot 2 (points 3.1.1 et 3.2.1 de la partie C du cahier spécial des charges); l'absence de définition du terme « démantèlement » ne démontre en rien que cette prestation ne serait pas liée à l'objet du marché;
- la bonne exécution du marché inclut les prestations d'élimination de véhicules, qui font partie des deux lots du marché, l'adjudicataire devant fournir un relevé spécifique des véhicules destinés à être éliminés ainsi que des « certificats de destruction » (points 3.1.1 et 3.2.1 de la partie C du cahier spécial des charges); la destination des véhicules fait l'objet d'un contrôle par le pouvoir adjudicateur.

Prima facie, la requérante n'établit pas non plus que le troisième critère de capacité technique et professionnelle litigieux ne serait pas proportionné à l'objet du marché ou qu'il vicierait le jeu de la concurrence. Pour satisfaire à ce critère, le soumissionnaire ne doit pas nécessairement être propriétaire ou exploitant d'un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction de véhicules hors d'usage. Il peut aussi confier la réalisation des prestations concernées à un centre agréé et, dans ce cas, librement faire appel au centre de son choix. Autrement dit et contrairement à ce que semble affirmer la requérante, la partie adverse n'exige pas du soumissionnaire qu'il exerce à la fois les métiers de « dépanneur » et de « centre agréé », l'entreprise de dépannage pouvant recourir à la capacité de n'importe quel centre agréé pour réaliser, à sa place, les prestations relatives à l'élimination des véhicules, visées dans le marché. En l'occurrence, la requérante ne prétend, ni *a fortiori* ne démontre, qu'il ne lui serait pas possible (1) de confier à un centre agréé le démantèlement, la dépollution et la destruction des véhicules dans les hypothèses visées par le cahier spécial des charges ou (2) d'apporter la preuve de la mise à disposition par un centre agréé des moyens nécessaires pour réaliser ces prestations à sa place. Elle ne soutient nulle part, dans sa requête, que ces démarches lui causeraient des difficultés particulières. Contrairement à ce que soutient la requérante, l'intégration du critère litigieux dans le cahier spécial des charges de

mars 2021 n'explique pas *prima facie* le faible nombre d'opérateurs économiques intéressés par ce marché. Comme le relève la partie adverse, le nombre d'offres n'a pas évolué par rapport au marché précédent dans lequel ne figurait pas ce critère de sélection.

L'affirmation selon laquelle le démantèlement serait exceptionnel, surtout pour le lot 1, n'est pas démontrée et est contestée par la partie intervenante qui affirme que « [pour le lot n°1] le nombre de véhicules concernés est, selon [son expérience] d'environ 100 par an [tandis que pour] le lot n°2, sauf exception, les véhicules ne sont jamais récupérés et doivent systématiquement être dépollués, démantelés et détruits ». En toute hypothèse, le caractère prétendument exceptionnel de ces prestations ne suffit pas *prima facie* à démontrer le caractère disproportionné du critère de sélection qualitative litigieux. Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, la proportion peut aussi « s'apprécier par rapport à l'importance accordée par [le pouvoir adjudicateur] aux normes de dépollution et environnementales, ainsi qu'à la nécessité pour [celui-ci] de s'assurer que le marché pourra être totalement exécuté ». De même, l'affirmation selon laquelle la pratique habituelle pour ce type de marchés est uniquement d'exiger, au stade de l'exécution, des « attestations de destruction conformes » ne permet pas d'invalidier le critère de sélection litigieux. Il ne peut être reproché à la partie adverse de s'assurer, en amont, lors de l'attribution du marché, que le soumissionnaire établit sa capacité à exécuter celui-ci dans le respect des règles environnementales en vigueur. Ceci n'empêche évidemment pas de contrôler, en aval, en cours d'exécution du marché, le respect de ces règles, ce contrôle étant d'ailleurs également prévu dans les « prescriptions techniques » du cahier spécial des charges du marché en cause. En toute hypothèse, comme il a déjà été exposé, la requérante ne fait pas état de difficultés particulières à satisfaire au critère de sélection qualitative litigieux.

La requérante ne démontre pas non plus que ce critère viserait à favoriser la partie intervenante ou que, pour rédiger le cahier spécial des charges de mars 2021, la partie adverse se serait basée sur un profil d'adjudicataire correspondant à celui de la partie intervenante. Le fait que cette société aurait un actionnaire commun avec un centre agréé ne paraît pas déterminant, dès lors qu'une telle relation n'est pas requise par le cahier spécial des charges et qu'il n'est pas établi qu'elle serait nécessaire, voire particulièrement utile, à un soumissionnaire pour pouvoir « confie[r] la réalisation des prestations concernées à un centre agréé [...] ». Il résulte, au contraire, des pièces du dossier que la requérante était, selon ses déclarations, tout à fait en mesure de « confie[r] les opérations [à] BST », sans disposer pour autant d'un actionnariat commun avec ce centre agréé.

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, le « niveau d'exigence requis » et les « modes de preuve admissibles » sont énoncés précisément dans le cahier spécial des charges. Il s'agit, pour le soumissionnaire, de fournir, dans le cadre de la sélection qualitative, pour démontrer sa capacité technique et professionnelle à exécuter les opérations d'élimination de véhicules visées dans les lots 1 et 2 du marché, « le certificat ou l'agrément attestant qu'il est propriétaire ou exploitant d'un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction des véhicules hors d'usage » ou « la preuve (exemple contrat) qu'il confie la réalisation des prestations concernées à un [tel] centre agréé [...] ». Dans cette dernière hypothèse, il s'agit clairement de recourir à la capacité d'un tiers pour la réalisation de ces prestations et justifier ainsi sa sélection qualitative. Le point « 11.1.2.2.3. Recours à la capacité d'entités tierces » de la partie A du cahier spécial des charges, qui fait partie du point « 11.1.2.2. Critères de sélection relatifs à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires », confirme que le soumissionnaire qui fait valoir la capacité de sous-traitants ou d'autres entités « quelle que soit la nature du lien qui l'unit à ces entités » joint à son offre « les documents utiles desquels ressort l'engagement de ces sous-traitants ou entités de mettre les moyens nécessaires à la disposition du soumissionnaire ». Le soumissionnaire qui fait appel à la capacité d'un tiers pour exécuter les prestations d'élimination de véhicules visées dans le marché et justifier ainsi sa sélection qualitative doit apporter la preuve qu'un centre agréé mettra ses moyens à disposition pour réaliser, à sa place, ces prestations. Cet engagement peut prendre la forme d'un contrat (le cas échéant, de sous-traitance) ou une autre forme juridique, au choix du soumissionnaire.

Le premier moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux, sans qu'il soit nécessaire d'examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

Quant à la deuxième branche

La requérante ne démontre pas que la partie adverse aurait opéré un « revirement d'attitude » qu'elle devrait spécialement motiver, qu'elle aurait modifié une « ligne de conduite claire et constante » ou qu'elle aurait retiré une « promesse faite dans un cas concret ».

Comme le relèvent les parties adverse et intervenante, une exigence similaire à celle du critère de sélection litigieux était déjà prévue dans le cahier spécial des charges de mars 2020 pour le lot 2, au titre d'« éléments devant figurer dans l'offre sous peine de nullité absolue de celle-ci » (point 9.1.2.). Sous le point 9.1.2.2. « concernant le lot 2 », il était ainsi exigé des soumissionnaires qu'ils apportent la preuve :

- « a) qu'ils sont propriétaires ou exploitants d'un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction des véhicules hors d'usage et qu'ils sont titulaires à cet effet d'un permis d'environnement en cours de validité;
b) ou encore la preuve qu'ils confient la réalisation de ces prestations à un centre agréé qui est titulaire à cet effet d'un permis d'environnement en cours de validité, par la conclusion d'un contrat de sous-traitance couvrant à tout le moins la durée du présent marché ».

Par ailleurs, l'obligation d'éliminer les véhicules dans un centre agréé figurait dans le précédent cahier spécial des charges, pour les lots 1 et 2, ces opérations étant déjà visées au titre de « charges inhérentes à l'entreprise ». La partie adverse n'adopte donc pas une attitude contraire en intégrant un critère de sélection qui garantit, en amont, pour l'attribution des deux lots du marché, la capacité du soumissionnaire – ou d'un tiers auquel il est fait appel – à réaliser ces prestations.

Il ne peut être reproché à la partie adverse de faire évoluer ses exigences environnementales d'un marché public à un autre. Moyennant le respect des principes de proportionnalité et d'adéquation à l'objet du marché et sous réserve de la sanction éventuelle d'une erreur manifeste d'appréciation, il appartient au pouvoir adjudicateur de décider de la nécessité de prévoir, à l'occasion de la rédaction d'un nouveau cahier spécial des charges, de nouveaux critères de sélection pour s'assurer de la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché dans le respect des règles environnementales. C'est d'autant plus le cas lorsque, comme le relève la partie adverse, l'élaboration d'un nouveau cahier spécial des charges – en ce compris la révision des critères de sélection – est rendue nécessaire, à la suite d'un arrêt de suspension, pour pallier les illégalités affectant le précédent cahier. Dans les mêmes limites, le pouvoir adjudicateur décide en opportunité de prévoir les critères de sélection et les prescriptions techniques qu'il juge nécessaires pour s'assurer de la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché, vérifier la régularité des offres et garantir, dans la mesure du possible, que les prestations seront correctement réalisées en cours d'exécution du marché.

Pour le reste, comme il a déjà été relevé, la requérante ne démontre pas qu'en intégrant un nouveau critère de sélection dans le cahier spécial des charges de mars 2021, la partie adverse a entendu favoriser la partie intervenante.

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

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation des articles 5, 7, 66, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 68, 73 et 74 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe général de concurrence, des principes d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence, consacrés notamment par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 précitée, de l'article 5, 6°, 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle critique l'application faite par la partie adverse du troisième critère de capacité technique et professionnelle, prévu par le cahier spécial des charges, faisant grief à l'acte attaqué de considérer qu'elle recourt à la sous-traitance ou qu'elle ne produit pas la preuve suffisante qu'elle remplit le critère précité. Après avoir rappelé le contenu de l'article 66, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi du 17 juin 2016 précitée et des articles 68, 73 et 74 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, elle expose que les motifs de son écartement – à savoir, selon elle, l'absence d'engagement suffisant de la société BST Wallonie pour la reprise des véhicules et le défaut de preuve d'accès et de respect des conditions de sélection – reposent sur « le présupposé erroné que BST Wallonie, voire les autres sociétés citées par la requérante dans sa réponse à la partie adverse, sont des “sous-traitants” du marché » alors qu'elle ne se prévaut pas dans son offre d'une telle relation avec ces sociétés, mais « explique simplement la filière des véhicules non récupérés, lesquels sont rachetés par des tiers, exactement comme pour la plupart des enlèvements de véhicules pour d'autres marchés ». Selon elle, d'ailleurs, « [c]'est [...] précisément en ce sens que le cahier spécial des charges est rédigé pour ce qui concerne les dispositions relatives à l'exécution du marché dans l'hypothèse où la ville de Liège ne conserve par la propriété des véhicules ». Elle précise, à ce sujet, ce qui suit :

« [...] en matière de marchés publics, la “sous-traitance” se définit comme “l'opération par laquelle un attributaire confie, sous sa responsabilité, à une autre personne (appelée sous-traitant) l'exécution de tout ou partie de l'exécution du marché conclu avec le pouvoir adjudicateur” (P. THIEL, *Mémento des marchés publics* 2021, Liège, Kluwer, 2020, p. 78).

[...]

Le troisième critère litigieux ne vise en aucun [cas] la nécessité de faire appel à de la sous-traitance, mais uniquement la détention d'un centre de dépollution ou de démantèlement ou la preuve d'une collaboration avec un tel centre.

Il ne s'agit donc pas d'exécuter un service directement visé dans le marché, et certainement pas dans le cadre du lot n°1.

La requalification par la partie adverse de “sous-traitance” pour viser l'opération en cause constitue une erreur, tant de fait que de droit, puisque la requérante n'a

en aucun cas l'intention de "confier l'exécution d'une partie du marché conclu" avec la partie adverse. La requérante explique simplement la destination des véhicules non récupérés sur son terrain.

En outre, lorsque les véhicules sont rachetés ou récupérés par une société tierce, la requérante ne paie pas le moindre euro à celle-ci, puisqu'il ne s'agit aucunement de confier à ce tiers l'exécution d'un service.

Dans l'hypothèse de l'explication de la requérante, BST récupère simplement le bien qui a une valeur marchande et ce, après que le service qui fait l'objet du marché ait été réalisé.

Les dispositions contractuelles ne prévoient d'ailleurs aucune précision quant à la nécessité que les véhicules non récupérés soient directement emmenés en centre agréé de démantèlement ou puissent être revendus en pièces détachées (voy. ci-dessus); et cela se comprend aisément, puisqu'il s'agit d'une filière parmi d'autres.

Pour le surplus, l'obligation de respecter soit le droit de l'environnement au moment de la détention d'un véhicule non récupéré ou, lorsque le véhicule est géré directement, la filière de gestion ou d'évacuation des véhicules conformément au droit de l'environnement applicable découle, notamment, de l'article 7 de la loi elle-même, lequel s'impose de plein droit et ne nécessite donc pas d'exiger des engagements étrangers à l'offre remise dans le cadre du marché ».

La requérante ajoute qu'« aussi bien l'énoncé du troisième critère [...] que la demande de complément envoyée le 29 avril 2021 par la partie adverse [...] ne laissent aucunement entendre qu'il s'agit d'une sous-traitance, mais aboutissent au contraire à uniquement exiger de clarifier ou connaître la filière envisagée si la requérante ne dispose pas d'un centre de dépollution ou de démantèlement de véhicules », qu'« à supposer que l'exigence de prouver que le soumissionnaire peut confier les véhicules à un centre agréé soit un critère de sélection valable [...], le courrier de BST du 19 avril 2021 constitue une preuve suffisante de mise à disposition des moyens du centre de démantèlement », que le cahier spécial des charges n'exige pas « un engagement précis pour le marché en cause [ou] sur un volume déterminé [...] joint à l'offre », que « l'existence d'un partenariat en cours avec un centre agréé est suffisante », qu'en l'occurrence, le courrier de BST du 19 avril 2021 confirme l'existence d'un tel partenariat puisqu'il « atteste d'une relation passée et présente entre BST Wallonie et la requérante sur la récupération de véhicules auprès d'un centre agréé de démantèlement [...], ainsi que de la présence, au moment de l'offre, de containers au bénéfice de la requérante », qu'« [i]nterpréter autrement le courrier de BST alors que celui-ci est expressément émis dans le cadre d'un marché écoulé et de prestations en cours constitue une attitude excessive dans le chef de la partie adverse, qu'aucune autre autorité n'aurait adoptée dans des conditions identiques » et que « [p]ar conséquent, en considérant que le troisième critère technique n'est pas rempli, la partie adverse commet une erreur de droit, une erreur de fait, une erreur manifeste d'appréciation et viole son obligation de motivation formelle adéquate ».

La requérante fait encore valoir qu' « [à] supposer que la partie adverse ait estimé la “preuve” trop peu concluante malgré l'énoncé de l'exigence formulée dans le cahier des charges, elle aurait dû à tout le moins, par égalité de traitement, signaler qu'à son sens, le courrier du 19 avril 2021 [...] n'est pas un engagement suffisamment explicite de BST à accepter de mettre à disposition son centre agréé [...] et demander alors à la requérante un tel engagement » et qu' « à lire le rapport d'attribution communiqué le 17 juin [...], la partie adverse a permis à l'attributaire de justifier de la capacité des tiers auxquels il fait appel ainsi que de transmettre des compléments d'information non remis dans l'offre » et que « [c]e n'est par ailleurs pas une fois, mais bien deux (au vu de la mention de l'échange de courriels du 1^{er} juin 2021) que la partie adverse a demandé de préciser la capacité de tiers en matière de sous-traitance ». Elle en déduit qu'en n'interrogeant pas la requérante avec un même degré de demande d'information que l'attributaire, la partie adverse « a apprécié et géré les informations relatives à la capacité des tiers au stade de la sélection de manière discriminatoire ».

« Quant au motif selon lequel BST aurait dû également produire un DUME, ou que la requérante aurait dû justifier de l'intervention des acheteurs alternatifs de véhicules mentionnés dans sa réponse du 5 mai 2021 », la requérante estime qu'il repose également sur « le présupposé erroné que les centres mentionnés sont des sous-traitants qui exécuteront les lots n° 1 et 2 ». Selon elle, le dépôt d'un DUME en son nom ainsi que « la preuve de partenariat avec un centre agréé » devaient suffire à considérer que les exigences de sélection étaient remplies, ces documents établissant, à suffisance, qu'elle « s'engage à veiller à la bonne gestion des véhicules non enlevés ou à confier ces véhicules à des tiers qui réalisent une gestion conforme au droit de l'environnement ». Ces tiers ne réalisant pas de tâches d'exécution du marché public en objet, aucun autre document ne devait, selon la requérante, être produit. Elle conclut qu'en justifiant sa non-sélection par la nécessité de produire davantage que ce qui a été transmis, « la partie adverse a commis une erreur de droit et a violé son obligation de motivation formelle adéquate ».

À l'audience, la requérante répète qu'il y a deux manières d'interpréter le troisième critère de capacité technique et professionnelle, prévu par le cahier spécial des charges : soit celui-ci impose la production d'un engagement d'un centre agréé à réaliser les prestations d'élimination de véhicules ainsi que la preuve qu'il est recouru à la capacité de ce centre dans le cadre d'une sous-traitance, soit ce critère se limite à exiger des soumissionnaires qu'ils montrent qu'ils respectent la filière pour ce type d'activités en apportant la preuve qu'ils travaillent avec des centres agréés. Elle fait, à nouveau, valoir que les termes de l'acte attaqué et les explications fournies dans la note d'observations de la partie adverse entretiennent la

confusion et ne permettent pas de lever l'ambiguïté. Elle estime également que la demande d'information qui lui a été adressée par courrier du 29 avril 2021 avait pour seul objet de voir confirmer qu'elle faisait appel à un tiers pour pouvoir ensuite lui reprocher le défaut de production de DUME de ce tiers.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

Comme il a déjà été exposé à l'occasion de l'examen du premier moyen auquel il est renvoyé, il se déduit clairement des termes du cahier spécial des charges que le troisième critère de capacité technique et professionnelle exige du soumissionnaire qu'à défaut de fournir le certificat ou l'agrément attestant qu'il est propriétaire ou exploitant d'un centre agréé de démantèlement, de dépollution et de destruction de véhicules hors d'usage, il doive apporter la preuve qu'un tel centre met ses moyens à la disposition du soumissionnaire pour réaliser, à sa place, les prestations concernées, cet engagement pouvant prendre la forme d'un contrat (le cas échéant, de sous-traitance) ou une autre forme juridique. Dans ce cas, il s'agit bien pour le soumissionnaire de faire appel à la capacité d'un tiers pour réaliser des prestations visées dans le marché et justifier, par ce biais, sa sélection qualitative.

En l'espèce, la décision de ne pas sélectionner la requérante se fonde sur le motif déterminant que celle-ci n'a pas joint à son offre le certificat ou l'agrément attestant qu'elle est propriétaire ou exploitante d'un centre agréé, ni la preuve qu'elle confie la réalisation des prestations concernées à un tel centre. Il est, plus précisément, mentionné que, dans son courriel du 5 mai 2021, la requérante « indique plusieurs entreprises sans qu'il soit possible de déterminer avec certitude celle à la capacité de laquelle [elle] entend faire appel », qu'elle ne fournit pas la déclaration relative à l'engagement de la SA BST Wallonie ni celle des autres sociétés mentionnées dans son courriel du 5 mai 2021 et que le courrier émanant de la SA BST Wallonie ne constitue pas l'engagement de mettre à disposition du soumissionnaire les moyens nécessaires à sa sélection qualitative.

Ce motif se vérifie à la lecture du dossier administratif. La requérante ne conteste pas que le courrier émanant de la SA BST Wallonie n'emporte pas d'engagement, dans son chef, de réaliser les opérations d'élimination de véhicules visées par le cahier spécial des charges dans le cadre du marché litigieux. Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, ce courrier fait seulement état d'une collaboration avec la requérante « au mois de novembre 2020 » et de la demande faite par cette dernière de placer deux containers sur un de ses sites de dépannage. Par ce courrier, la requérante ne démontre pas qu'un centre agréé mettra les moyens nécessaires à sa disposition pour réaliser les prestations concernées. Comme le relève la partie adverse dans sa note d'observations, la requérante

n'établit pas que la SA BST Wallonie serait impliquée dans l'offre « à quelque titre que ce soit ».

La référence faite, dans l'acte attaqué, à l'obligation de joindre une déclaration d'engagement « pour chaque sous-traitant » – dont la requérante fait grand cas – ne modifie en rien le constat opéré dans le même acte de l'absence de toute preuve de mise à disposition des moyens nécessaires par un centre agréé, nonobstant la nature du lien juridique pouvant exister entre le soumissionnaire et ce centre.

Quant au motif qui reproche à la requérante de ne pas avoir joint à son offre le DUME de la SA BST Wallonie, il est surabondant. Si la requérante n'a, comme elle semble le soutenir, pas entendu recourir à la capacité d'un centre agréé pour justifier sa sélection qualitative, l'acte attaqué considère valablement qu'elle ne satisfait pas aux conditions de cette sélection au motif qu'elle ne produit pas le certificat ou l'agrément attestant qu'elle est propriétaire ou exploitante d'un centre agréé ou la preuve qu'un tel centre mettra à sa disposition les moyens nécessaires pour réaliser, à sa place, les prestations d'élimination de véhicules dans le cadre du marché litigieux.

Enfin, aucune règle n'oblige un pouvoir adjudicateur à solliciter auprès des soumissionnaires des documents ou informations manquants, notamment pour justifier de sa sélection qualitative. Il ne peut dès lors être reproché à la partie adverse (1) de ne pas avoir réinterrogé la requérante à la suite de la réponse donnée par celle-ci à sa première demande d'information et (2) de ne pas lui avoir signalé qu'elle devait apporter la preuve d'un engagement de la SA BST Wallonie de mettre les moyens nécessaires à sa disposition pour pouvoir satisfaire au troisième critère de capacité technique et professionnelle relatif à la sélection qualitative. Contrairement aux affirmations de la requérante, la partie adverse ne paraît pas avoir agi de manière discriminatoire « dans l'appréciation et la gestion des informations relatives à la capacité des tiers au stade de la sélection ». Si elle a interrogé la partie intervenante une deuxième fois, c'est uniquement pour clarifier certains éléments de réponse donnés par celle-ci à la suite de la première demande d'information lui adressée. La partie adverse a, par contre, pu estimer que les réponses apportées par la requérante dans son courriel du 5 mai 2021 étaient suffisamment claires et n'appelaient pas d'autres éclaircissements. Contrairement à ce que soutient la requérante, la partie adverse n'a pas permis à la partie intervenante d'apporter des compléments d'information pour justifier la capacité de tiers auxquels elle a fait appel dans le cadre de la sélection qualitative ou pour compléter ou modifier son offre (*cf.* troisième moyen).

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

VIII. Troisième moyen

VIII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un troisième moyen de la violation des articles 4, 36, 66 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 34 et 35 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des 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 et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle rappelle le principe d'intangibilité des offres et le contenu des articles 4, 36 et 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 précitée. Elle reproche à la partie adverse d'avoir permis à la partie intervenante, attributaire du marché, de modifier son offre après son dépôt, en se prévalant de capacités différentes de celles qu'elle a fait valoir dans son offre. Selon elle, il ressort des courriers échangés entre les parties adverse et intervenante qu'« après avoir interrogé deux fois l'adjudicataire, la partie adverse a accepté que ce dernier modifie les entités tierces dont il se prévaut, et ce postérieurement à son offre, ce qui est notamment contraire à l'article 66, § 3, de la loi et du principe d'intangibilité des offres tel qu'applicable en procédure ouverte, comme en l'espèce ». Plus précisément, elle soutient que la partie intervenante ne pouvait, dans un premier temps, régulièrement se prévaloir de la capacité de la SRL IVTM et qu'elle a, dès lors, à la suite des deux courriers de demande de clarification adressés par la partie adverse, décidé de ne plus faire appel à la capacité de cette société au stade de la sélection. Selon elle, il ne peut s'agir d'une « précision » ou d'une « confirmation » de l'attributaire puisque cette information est contradictoire avec son offre et les premières explications données. Elle en déduit que la partie intervenante « en a très vraisemblablement tiré un avantage indu, dès lors qu'en présence d'un sous-traitant mettant sa capacité à disposition, elle aurait dû produire un DUME ainsi que des preuves d'accès et de respect des conditions de sélection (ce qui a été exigé pour BST concernant la requérante et à suivre la motivation formelle de la partie adverse) » et que « [p]ouvoir modifier son offre postérieurement à celle-ci lui a ainsi évité que l'offre soit considérée comme irrégulière ou à tout le moins non susceptible de sélection ».

Elle rappelle que le pouvoir adjudicateur qui s'inscrit dans une démarche de demande d'information doit traiter de manière égale les soumissionnaires se trouvant dans une situation comparable. Elle estime avoir été discriminée dès lors que, contrairement à la partie intervenante, elle n'a pas pu se justifier, dans la même mesure, dès lors que la partie adverse a demandé par deux fois à la partie intervenante de compléter son offre et lui a permis de « ne plus retenir qu'ADS comme entité tierce » à la capacité de laquelle recourir alors qu'elle « n'[a] interrog[é] la requérante qu'une seule fois, sans lui demander de produire la moindre preuve complémentaire » pour rejeter ensuite sa sélection « pour ce motif d'insuffisance de preuve ». Selon elle :

- « [...] de deux choses l'une :
- soit l'absence de preuves de capacité suffisante ou de détermination de la part de sous-traitance d'IVTM aboutit à considérer que l'offre de la SRL Dépannage et Services ne satisfait pas aux exigences de régularité ou de sélection;
 - soit la partie adverse permet la correction ou la précision des parts et preuves de sous-traitance et à ce moment-là, doit interroger successivement les soumissionnaires de la même manière.
- N'ayant pris aucune de ces positions, la partie adverse a nécessairement violé le respect du principe d'égalité de traitement ».

À l'audience, la requérante souligne qu'il n'est pas admissible d'avoir permis à la partie intervenante de modifier ses appels à la capacité de tiers dans le cadre de la sélection qualitative, alors que cette possibilité ne lui a pas été accordée.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Le grief repose sur le présupposé erroné que la partie adverse aurait permis à la partie intervenante de renoncer, après le dépôt de son offre, au recours à la capacité de la SRL IVTM pour justifier sa sélection qualitative après avoir constaté que celle-ci ne remplissait pas elle-même les conditions légales d'accès ou de sélection qualitative du marché litigieux.

Il ressort de l'offre de la partie intervenante (pièce confidentielle) qu'elle désigne la SRL IVTM comme sous-traitant pour une partie du marché. La partie intervenante a complété, à cette fin, l'« annexe D. Déclaration relative à la sous-traitance ». Cependant, une « annexe Dbis. Formulaire d'engagement du sous-traitant ou de l'entité tierce aux capacités desquelles le soumissionnaire fait appel », complétée par la SRL IVTM, est également déposée au dossier de l'offre. Cette société indique s'« engage[r] à réaliser les services relatifs à l'objet précité en qualité de sous-traitant de la firme Liège Dépannage et Services SRL ». Un DUME de la SRL IVTM est aussi joint à l'offre de la partie intervenante. Le dépôt de ces deux derniers documents pourrait faire suggérer que la partie intervenante a entendu faire

appel à la capacité de la SRL IVTM, au sens de l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et du point « 11.1.2.2.3. Recours aux capacités d'entités tierces » du cahier spécial des charges. Cependant, dans les limites de ce que permet un examen en extrême urgence, il ne ressort d'aucune pièce déposée par la partie intervenante que celle-ci a effectivement fait appel à la capacité de cette société pour satisfaire à l'un ou l'autre des critères de la sélection qualitative. Pour rencontrer ces critères, la partie intervenante a recours à la capacité de deux autres sociétés, mais pas à la SRL IVTM. *Prima facie*, la partie intervenante ne semble pas avoir fait appel à la capacité de cette société au stade de la sélection qualitative, mais uniquement comme sous-traitant pour exécuter une partie du marché, au sens de l'article 74 du même arrêté royal du 18 avril 2017. Ceci est confirmé par la réponse de la partie intervenante à la première demande d'information du 29 avril 2021 lui adressée par la partie adverse. La partie intervenante y indique que la SRL IVTM est seulement son « sous-traitant pour les aspects tels que la centrale d'appel, le dispatching, la gestion des plaintes, les tâches administratives et la comptabilité ». Contrairement à ce qu'indique le rapport d'analyse des offres, elle ne mentionne pas, dans ce courrier, « faire appel à la capacité » de la SRL IVTM. Dans un deuxième courriel du 1^{er} juin 2021, la partie adverse demande à la partie intervenante de confirmer qu'il n'est pas fait appel à la SRL IVTM pour la sélection qualitative. La partie intervenante le confirme dans son courriel en réponse du 3 juin 2021.

En toute hypothèse, la requérante ne conteste pas le motif de l'acte attaqué qui constate que la partie intervenante satisfait aux critères de sélection qualitative, sans avoir recours à la capacité de la SRL IVTM. Pour le reste, aucune modification n'a été apportée à l'offre de la partie intervenante. L'engagement de la SRL IVTM comme sous-traitant pour exécuter une partie du marché est, dès le départ, certain, indépendant de la question de savoir si ses titres et mérites ont été pris en compte pour permettre la sélection de la partie intervenante – *quod non*. Contrairement à ce qu'indique la requérante, la partie adverse n'a pas permis à la partie intervenante de compléter ou de modifier son offre.

Comme il a déjà été relevé à l'occasion de l'examen du deuxième moyen, la requérante ne peut se plaindre d'un traitement discriminatoire. Contrairement à ce qu'elle affirme, la partie adverse a interrogé les parties requérante et intervenante pour clarifier leurs situations respectives en leur demandant de préciser les entités auxquelles elles faisaient appel pour satisfaire aux critères de la sélection qualitative et pouvoir déterminer, sur la base des réponses apportées par ces deux sociétés, si les documents produits à l'appui de leurs offres étaient conformes aux prescriptions du cahier spécial des charges. Comme il a déjà été exposé, si la partie adverse a interrogé la partie intervenante une deuxième fois, c'est uniquement pour obtenir des clarifications supplémentaires à la suite de la

réponse obtenue à sa première demande d'information tandis que la réponse apportée par la requérante à la suite de cette première demande ne nécessitait pas d'autres éclaircissements.

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

IX. Quatrième moyen

IX.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un quatrième moyen de la violation des articles 4, 7 et 84 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 36, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 5, 8°, 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, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle reproche à la partie adverse d'avoir « omis d'interroger l'attributaire ou de justifier l'acte attaqué quant à la normalité d'une baisse soudaine de prix de l'ordre de 50% » alors que les dispositions visées au moyen lui imposaient, soit de considérer cette offre comme anormalement basse, soit de motiver spécifiquement les raisons pour lesquelles elle considère le prix de l'offre comme normal « au regard de cet écart exceptionnel et des antécédents du dossier ». Après avoir rappelé les principes applicables à la vérification des prix ou des coûts, elle expose ce qui suit :

- « En l'espèce, même s'il ressort de l'acte attaqué que l'attributaire a été interrogé sur l'anormalité de son prix, absolument rien n'explique dans l'acte attaqué, que :
- le prix présenté dans l'offre de l'attributaire soit de 98 euros pour le lot au lieu des 150 euros proposés dans le cadre du marché précédent (pièce 6);
 - le prix unitaire soit 50% inférieur au prix proposé dans le précédent marché et 25% inférieur au prix que la requérante avait remis, de manière ultra-compétitive, dans le cadre du marché précédent;
 - de surcroît, le prix pour les deux lots soit également incroyablement bas au vu de l'application de la ristourne sur les épaves en cas d'attribution pour les deux lots.

En réalité, l'unique explication à l'attitude de la partie adverse face à ce prix anormal et à l'absence de volonté de mettre en perspective le prix retenu avec les antécédents du marché réside dans le fait que :

- l'attributaire a profité d'une information qui aurait dû rester confidentielle – à savoir le prix de la requérante dans le cadre de la précédente offre - pour “casser le marché” et remettre un prix non bénéficiaire (et partant anormalement bas);
- la partie adverse y a trouvé un intérêt, car, en raison de sa propre faute dans le cadre de la passation précédente, les rabais proposés sont devenus d'une importance telle que le prix retenu en est devenu incroyablement bas.

Au vu des circonstances, néanmoins, la partie adverse ne pouvait admettre, sauf à le motiver spécialement, un prix à ce point bas.

Aucun motif de l'acte ne permet de comprendre une telle différence, si bien qu'il est irrégulier et que le moyen est fondé ».

À l'audience, la requérante dénonce principalement l'absence de motifs dans l'acte attaqué qui expliquent concrètement la différence radicale de prix avec le marché précédent.

IX.2. Appréciation du Conseil d'État

Il ressort des pièces du dossier que, par un courrier du 29 avril 2021, la partie adverse a, dans le cadre de la vérification des prix, interrogé la partie intervenante sur la différence de prix pour le lot 1 par rapport au marché précédent, que, par un courriel du 6 mai 2021, la partie intervenante a fourni plusieurs explications pour justifier cette différence de prix, que, par un courrier du 25 mai 2021, la partie adverse a invité la partie intervenante à justifier ses prix pour le lot 1 – qui lui paraissaient anormalement bas par rapport aux prestations à exécuter – tandis qu'elle a vérifié et considéré comme normaux, les prix concernant le lot 2 du marché et que, par un courrier du 4 juin 2021, la requérante a communiqué les justifications de ses prix pour le lot 1. Le pouvoir adjudicateur a examiné les éléments de justification lui soumis et les a considérés comme admissibles. Ces différentes demandes, explications, justifications et appréciations sont reprises, par le menu, dans le rapport d'analyse des offres qui fait partie intégrante de la décision d'attribution attaquée. Ce rapport conclut comme il suit :

- « La cohérence du prix total offert par la SRL Liège Dépannage et Services a pu être vérifiée sur la base des justificatifs fournis par le soumissionnaire et la suspicion d'anormalité des prix ou des coûts est levée. Le pouvoir adjudicateur n'a décelé aucune anormalité dans les justifications des prix.

Par conséquent, il y a lieu de conclure que la différence entre le prix proposé lors du précédent marché et le prix proposé pour le présent marché se justifie par les nouveaux moyens organisationnels mis en place par la SRL Liège Dépannages et Services notamment *via* l'externalisation de certaines prestations à moindres coûts ainsi que la réorganisation des moyens humains utilisés en interne ».

Comme le relève la partie intervenante, l'affirmation de la requérante selon laquelle le pouvoir adjudicateur aurait omis d'interroger l'attributaire ou n'aurait pas motivé sa décision quant à la différence radicale de prix avec le marché précédent paraît bien inexacte. Pour le reste, la requérante ne conteste pas les justifications de prix communiquées par la partie intervenante. Elle n'établit pas, non plus, que l'appréciation portée par la partie adverse sur ces justifications et le constat de la normalité des prix proposés par la partie intervenante procéderaient d'une erreur manifeste. Elle se limite à affirmer, sans le démontrer, que l'offre de la partie intervenante aurait pour objectif de « casser les prix » au point de ne plus pouvoir tirer aucun bénéfice de l'exécution du marché litigieux.

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

X. Confidentialité

La requérante demande de maintenir la confidentialité des offres déposées dans le cadre du marché en cause « [a]u vu du nécessaire secret des affaires ». Elle dépose elle-même, à titre confidentiel, l'attestation BST, sa réponse du 5 mai 2021 ainsi que des « preuves de vente de véhicules et certificats de démolition ». Il s'agit des pièces 8, 10 et 13 annexées à la requête.

La partie adverse formule la même demande pour l'ensemble des offres versées au dossier administratif, à savoir, plus précisément, les offres des parties requérante et intervenante déposées dans le cadre du marché précédent, celles des mêmes parties déposées dans le cadre du marché litigieux, le courriel du 5 mai 2021 de la requérante et les courriers des 6 mai et 4 juin 2021 de la partie intervenante. Il s'agit des pièces 4, 5, 10, 11, 13, 15 et 18 du dossier administratif.

La partie intervenante demande, quant à elle, que son offre et les échanges intervenus entre elle et le pouvoir adjudicateur ne soient pas communiqués à la requérante, ces pièces comportant « des informations dont la divulgation est susceptible de nuire [à ses] intérêts, dès lors qu'elles portent entre autres sur la composition du prix offert ainsi que les moyens et accords commerciaux confidentiels mis en œuvre pour atteindre ce prix [...] [l]e secret des affaires justifi[ant] que ces informations ne soient pas divulguées à un concurrent ».

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

XI. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 1.400 euros.

L'article 67, § 1^{er}, du règlement général de procédure dispose comme suit :

« Le montant de base de l'indemnité de procédure est de 700 euros, le montant minimum de 140 euros et le montant maximum de 1.400 euros.
Par dérogation à l'alinéa qui précède, le montant maximum est porté à 2.800 euros pour les litiges relatifs à la réglementation sur les marchés publics et certains marchés de travaux, de services et de fournitures ».

Si le montant maximum de l'indemnité peut être porté à 2.800 euros pour les litiges relatifs à la réglementation sur les marchés publics, il n'en reste pas moins que le montant de base de l'indemnité en cette matière est de 700 euros. À défaut pour la partie adverse de faire état d'éléments concrets de nature à justifier l'octroi d'une indemnité de procédure supérieure au montant de base prévu par la disposition précitée, il convient de lui octroyer 700 euros.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SRL Liège Dépannage et Services est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 8, 10 et 13 annexées à la requête et les pièces 4, 5, 10, 11, 13, 15 et 18 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties adverse et intervenante qui n'ont pas choisi la procédure électronique.

Article 6.

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.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le 30 juillet 2021 par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret