CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o^ 254.257 du 8 juillet 2022

A. 236.617/VI-22.364

En cause : **la société anonyme LESUCO**,
ayant élu domicile chez
M^es^ Laurent-Olivier HENROTTE et
Eve MICHEL, avocats,
avenue de Luxembourg 152
5100 Namur,

contre :

la commune de Sambreville,
représentée par son collège communal,
ayant élu domicile chez
M^e^ Julie BOCKOURT, avocat,
place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 juin 2022, la société anonyme LESUCO demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision de la commune de Sambreville du 25 mai 2022 de l'évincer du marché de travaux ayant pour objet l'aménagement d'un parc de loisir d'environ 4 ha avec, en son sein, la construction d'un pavillon de plain-pied de 550 m^2 au sol (CSC n°55540 – Lot 1) ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 14 juin 2022, l'affaire a été fixée à l'audience du 30 juin 2022.

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

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

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

M^e^ Eve Michel, avocat, comparaissant pour la partie requérante et M^e^ Julie Bockourt, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendues en leurs observations.

M^me^ Marie Lambert de Rouvroit, auditeur adjoint au Conseil d'État, a été entendue 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

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme il suit :

« 1. Le 29 juin 2021, la COMMUNE DE SAMBREVILLE, agissant en qualité de pouvoir adjudicateur, a publié un avis de marché public de travaux, ayant pour objet l'aménagement d'un parc de loisir d'environ 4 ha avec, en son sein, la construction d'un pavillon de plein pied de 550 m2 au sol […].

L'avis de marché prévoit que le marché public est passé par procédure ouverte, sur la base du seul critère prix.

Ce marché est divisé en deux lots, lesquels sont les suivants :

- Lot 1 : travaux d'aménagement du parc, y compris assainissement du sol ;
- Lot 2 : travaux de construction d'un nouveau pavillon, y compris démolition de l'ancien.

Il importe de préciser que la requérant n'a déposé une offre que pour le lot 1. Aux termes de cette offre, la requérante s'engageait à réaliser les travaux visés dans le lot 1 pour le montant de 1.545.260,71€ HTVA […].

2. L'avis de marché précise également les conditions de participation au marché. Ces conditions de participation sont reprises de manière identique dans le CSC (n° 55-540) […].

L'article 18.2 du CSC fixe ainsi les critères de sélection qualitative portant, d'une part, sur la capacité économique et financière du soumissionnaire, et, d'autre part, sur la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire.

Ces clauses sont reproduites ci-dessous pour la facilité de Votre Conseil :

“

18.2. Sélection qualitative

18.2.1. La capacité économique et financière

Conformément à l'article 70 de l'AR du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur se satisfait de la preuve de l'agréation comme décrit au point 6 ci-dessus pour opérer la sélection des soumissionnaires.

18.2.2. La capacité technique et professionnelle

Pourra être sélectionné le candidat ou le soumissionnaire remplissant les critères de capacité technique ou professionnelle fixés ci-dessous qu'il justifiera par les documents suivants :

1) Une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels de l'entrepreneur pendant les trois dernières années.
Par effectif, on entend le personnel employé par le soumissionnaire qu'il soit d'encadrement ou ouvrier.
Sera considéré comme suffisant le niveau d'exigence suivant : pour chacune des 3 dernières années, les soumissionnaires doivent disposer d'un ratio chiffres d'affaires annuel /effectif moyen annuel au maximum égal à 500.000 € par travailleur.

Documents à fournir :
Le soumissionnaire joint à son offre un document reprenant le chiffre d'affaires des trois dernières années et l'effectif moyen annuel correspondant

”.

En ce qui concerne le critère de sélection ayant trait à la capacité économique et financière, le cahier spécial des charges précise que le pouvoir adjudicateur se satisfait de la preuve de l'agréation comme décrit au point 6 du CSC. Il ressort de cet article 6 du CSC que l'agréation exigée pour le lot 1 est la classe C.5.

À cet égard et à toutes fins utiles, la requérante se permet de rappeler que selon l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneur de travaux, la classe C vise les travaux “Entreprises générales de travaux routiers”.

Toujours selon ce même arrêté royal, pour pouvoir bénéficier d'une agréation de classe 5 telle qu'exigée pour le lot 1, l'entrepreneur doit notamment justifier d'un chiffre d'affaires global en travaux pendant trois des huit dernières années et d'un nombre minimum d'effectif.

À titre informatif, la requérante reproduit les seuils retenus par l'arrêté royal pour la classe 5 ainsi que pour les classes immédiatement inférieures et supérieures à cette classe :

- Classe 4 :
• Chiffre d'affaires minimum requis : 1.350.000€ ;
• Nombre d'effectifs minimum requis : 13 ouvriers et 1 cadre.

- Classe 5 :
• Chiffre d'affaires minimum requis : 2.750.000€ ;
• Nombre d'effectifs minimum requis : 21 ouvriers et 2 cadres.

- Classe 6 :
• Chiffre d'affaires minimum requis : 5.000.000€ ;
• Nombre d'effectifs minimum requis : 35 ouvriers et 5 cadres.

3. Les offres devaient parvenir à la COMMUNE DE SAMBREVILLE au plus tard pour le 30 septembre 2021 au plus tard.

4. La requérante n'a pas manqué de déposer une offre, pour le lot 1 exclusivement, dans les délais prescrits. (Pièce A)

5. Par décision du 25 mai 2022 (Pièce 2), la COMMUNE DE SAMBREVILLE a décidé d'évincer la requérante pour les motifs suivants :

“

Les motifs de votre éviction, extraits de la décision motivée d'attribution du marché sont les suivants :
« Le soumissionnaire joint à son offre un document reprenant le chiffre d'affaires des trois dernières années (2018, 2019 et 2020).

Le soumissionnaire ne joint pas à son offre de document mentionnant l'effectif moyen annuel durant ces trois dernières années.
Afin de vérifier si le ratio chiffre d'affaires annuel / effectif moyen annuel est au maximum égal à 500.000€ par travailleur, le pouvoir adjudicateur doit également disposer d'un document reprenant mentionnant l'effectif moyen annuel durant ces trois dernières années (2018, 2019 et 2020).

Usant de son pouvoir d'investigation, le Pouvoir adjudicateur a consulté les comptes annuels de la société publiés sur le site de la Banque nationale de Belgique, desquels il ressort que :
- le nombre de travailleurs pour les années 2018 à 2020 s'élève à :
- 2020 : 24,4 ETP
- 2019 : 24,2 ETP
- 2018 : 26,1 ETP
- le chiffre d'affaires des années 2018 et 2020 s'élève à :
  - 2020 : 17.936.262 € (montant différent de celui mentionné dans l'offre du soumissionnaire)
  - 2018 : 19.083.901 € (montant différent de celui mentionné dans l'offre du soumissionnaire)

Le Pouvoir adjudicateur décide de se baser sur les chiffres publiés sur le site de la Banque nationale de Belgique et non sur les données mentionnées dans l'offre.

LESUCO				
	CA (€)	Effectif moyen annuel (ETP)	**max 500.000€**	
2018	19.083.901	26,1	731.183,95	NOK
2019	18.651.846	24,2	770.737,44	NOK
2020	17.936.262	24,4	735.092,70	NOK

Etant donné qu'en moyenne sur les 3 dernières années, le ratio « chiffre d'affaires annuel/effectif moyen annuel » du soumissionnaire dépasse le seuil de 500.000€, l'offre du soumissionnaire est écartée à partir de ce point. »

”.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision a été communiquée à la requérante par un courrier recommandé daté du 25 mai 2022 et envoyé, selon le cachet de la poste, le 1er juin 2022 ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation de l'article 16 de loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 6 et 7 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe de bonne

administration et de minutie, du principe de concurrence et du principe de non-discrimination.

Elle reproche à la partie adverse de ne pas avoir procédé à l'estimation du montant du marché lors du lancement de la procédure de passation, aucune estimation de ce montant ne figurant dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges.

Elle développe son argumentation comme il suit :

« […] Les règles applicables en matière d'estimation du montant du marché sont contenues à l'article 16 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et aux articles 6 et 7 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation de marchés publics dans les secteurs classiques.

L'article 16 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics stipule que :

" Le montant du marché doit être estimé. Le Roi fixe les règles régissant l'estimation du montant du marché.
Sauf disposition contraire, tous les montants de la présente loi s'entendent hors taxe sur la valeur ajoutée".

L'article 6 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 prévoit que :

" L'estimation du montant du marché établie lors du lancement de la procédure détermine les règles qui lui sont applicables pendant tout son déroulement, pour autant que l'application de ces règles dépende de la valeur estimée du marché ou découle de l'obligation d'assurer une publicité européenne préalable".

L'article 7 de l'arrêté royal du 18 avril 2011, reproduit partiellement ci-dessous, prévoit que :

" §1er. Le calcul de la valeur estimée d'un marché est fondé sur le montant total payable, hors taxe sur la valeur ajoutée, estimé par le pouvoir adjudicateur. L'estimation tient compte de la durée et de la valeur totale du marché, ainsi que notamment des éléments suivants :
1° toutes les options exigées ou autorisées ;
2° tous les lots ;
3° toutes les répétitions au sens de l'article 42, § 1er, 2°, de la loi ;
4° toutes les tranches fermes et conditionnelles du marché ;
5° toutes les primes ou tous les paiements que le pouvoir adjudicateur prévoit au profit des candidats, participants ou soumissionnaires ;
6° le cas échéant, les clauses de réexamen ;
7° les reconductions.
[…]
§3. Le choix de la méthode pour le calcul de la valeur estimée d'un marché public ne peut être effectué avec l'intention de soustraire le marché aux règles de publicité. De même, un marché public ne peut être scindé de manière à le soustraire aux règles de publicité, sauf si des raisons objectives le justifient.
§4. La valeur estimée est valable au moment de l'envoi de l'avis de marché ou, dans les cas où un tel avis n'est pas prévu, au moment où le pouvoir adjudicateur engage la procédure de passation du marché, par exemple, au moment de l'envoi des documents du marché.
[…]
§7. Pour les marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée prend en compte le coût des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures

et des services mis à la disposition de l'adjudicataire par le pouvoir adjudicateur s'ils sont nécessaires à l'exécution des travaux
[…] ".

Le rapport au Roi précise, à toutes fins utiles, que :
" Il convient de rappeler que lorsqu'un marché est divisé en lots, le calcul de la valeur totale estimée doit prendre en compte la totalité des lots".

Cette précision s'inscrit dans la volonté de lutter contre toute forme de saucissonnage.

[…] Il n'est pas établi que le pouvoir adjudicateur ait procédé à cette évaluation en l'espèce. L'évaluation du marché ne figure ni dans l'avis de marché ni dans le cahier spécial des charges.

[…] Or, les règles relatives à l'estimation de la valeur d'un marché public revêtent une importance indéniable. Leur correcte application détermine notamment les règles de publicité à appliquer au marché en question. Cette estimation permet également de juger du caractère anormalement haut ou bas des prix des offres des soumissionnaires.

Selon la doctrine et la jurisprudence, il importe que l'avis indique la quantité ou l'étendue globale du marché sur laquelle il porte, faute de quoi il en résulte une violation de la réglementation sur les marchés publics.

[…] Il résulte des développements qui précèdent que rien n'établit que la partie adverse a bien procédé à l'évaluation du marché au moment du lancement de la procédure du marché et qu'elle a respecté le prescrit de l'article 16 de la loi du 17 juin 2016 et des articles 6 et 7 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ainsi que les autres principes visés au moyen.

[…] Eu égard aux éléments développés ci-avant, le premier moyen est sérieux ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Il résulte des pièces du dossier que la partie adverse a bien procédé, au moment du lancement du marché, à l'estimation de celui-ci, séparément pour chaque lot (options exigées comprises) ainsi que pour le total des deux lots (options exigées comprises). Ainsi, le conseil communal de la partie adverse a, par décision du 26 février 2021, approuvé le lancement du marché litigieux et estimé celui-ci, pour ses deux lots, avec options, à 3.150.977,47 euros HTVA et, pour le lot 1, avec options, à 1.466.282,20 euros HTVA. En ce qu'il affirme le contraire, le moyen manque en fait.

La requérante paraît également reprocher à la partie adverse de ne pas avoir fait figurer cette estimation dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges. Le grief est cependant irrecevable, à défaut pour la requérante de préciser le principe ou la disposition légale ou réglementaire qui imposerait une telle publication. En toute hypothèse, la requérante ne démontre pas que l'absence de mention de l'estimation du marché dans l'avis ou le cahier a pu lui causer grief, cette absence étant étrangère à son éviction du marché litigieux.

Le premier moyen n’est pas sérieux.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de l'article 58 de la directive 2014/24/UE du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, des articles 5 et 71 de loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 65, 67 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'article 4 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, 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, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe de bonne administration et de minutie, de l'adage *patere legem quam ipse fecisti* ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur de fait, de l'erreur de droit et de la contradiction dans les motifs.

Elle met en cause le critère de sélection qualitative, prévu par le cahier spécial des charges, qui a conduit à son éviction du marché, à savoir le critère relatif à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires, qui impose la production d'une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels de l'entrepreneur pendant les trois dernières années avec comme niveau d'exigence de disposer d'un *ratio* chiffre d'affaires annuel/effectifs moyens annuels au maximum égal à 500.000 euros par travailleur.

Elle divise son moyen en quatre branches.

Dans une première branche, elle soutient qu'un tel critère de sélection limite artificiellement la concurrence en favorisant ou en défavorisant certains opérateurs économiques, ce qui méconnaît l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elle expose qu'en vertu de l'article 67, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur ne peut, en principe, exiger un chiffre d'affaires annuel supérieur au double de la valeur estimée du marché et qu'en imposant, à titre de critère de sélection qualitative relatif à la capacité financière et économique du soumissionnaire, une agréation de classe 5, la partie adverse frôle déjà cette limite maximale, de sorte qu'en ordonnant, en plus, à titre de critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle, de démontrer un *ratio* chiffre d'affaires annuel/effectifs moyens annuels au maximum égal à 500.000 euros par travailleur, la partie adverse réduit artificiellement la concurrence en favorisant ou en défavorisant

indûment certains opérateurs économiques. Elle explique que lorsqu'il est appliqué à une entreprise – comme la sienne – qui a un chiffre d'affaires pour les années 2018 à 2020 égal à 18.557.336,30 euros, ce critère impose de disposer de 37 travailleurs, ce qui, selon elle, n'est pas justifié pour la réalisation d'un marché évalué à 1,5 million d'euros. Elle affirme que ce critère a « dans les faits, concrètement pour conséquence d'écarter bon nombre d'entreprises spécialisées dans les travaux d'aménagement extérieur tel que ceux prévus au lot 1 (aménagement du parc) qui disposent d'une agréation de classe 5 et qui présentent un chiffre d'affaires supérieur à celui requis pour les entreprises agréées de classe 5 » et en déduit qu'en imposant ce *ratio*, les entreprises avec un plus gros chiffre d'affaires sont discriminées par rapport aux autres. Elle estime qu'en justifiant d'un chiffre d'affaires annuel supérieur à 2.750.000 euros et en disposant de 21 ouvriers et 2 cadres (exigences de l'agréation de classe 5), elle démontre, à suffisance, qu'elle est tout à fait capable, tant sur le plan économique que sur le plan des effectifs, d'exécuter le lot 1 du marché litigieux, qui est évalué 1,5 million d'euros, le marché ne présentant aucune particularité qui justifie, en outre, de satisfaire à un *ratio* « chiffre d'affaires / effectifs ». Elle considère que ce critère n'est pas justifié au regard des caractéristiques du marché concerné et des contraintes auxquelles l'exécution de celui-ci exposera l'attributaire et conclut qu'« en imposant au soumissionnaire de justifier de ses effectifs alors même qu'il lui est déjà imposé de justifier d'une classe 5 pour des travaux évalués à 1.545.260,71€ HTVA, le pouvoir adjudicateur a fixé un critère de sélection qui doit être considéré comme de nature à limiter artificiellement la concurrence ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques ».

Dans une deuxième branche, elle affirme qu'un tel critère de sélection n'est ni directement lié à l'objet du marché ni proportionné à ce dernier, ce qui viole l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 précitée. Elle répète les arguments de la première branche du moyen en insistant sur le fait qu'en exigeant, pour le lot 1, que les soumissionnaires disposent d'une agréation de classe 5, la partie adverse se situe déjà aux limites de ce qu'elle pouvait imposer au regard des travaux à réaliser (article 67, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017) et qu'il n'y avait, dès lors, pas de raison d'ajouter un critère de sélection qui a « pour effet de durcir encore les exigences requises pour pouvoir bénéficier d'une classe 5 ». Elle estime qu'en plus d'être non justifiée, l'obligation pour les soumissionnaires de déposer une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels pour les trois dernières années est manifestement disproportionnée pour la réalisation de travaux évalués à 1,5 million d'euros alors que, pour bénéficier d'une classe 5, l'entrepreneur « doit déjà justifier de disposer de 21 ouvriers et 2 cadres ». Elle en conclut qu'« en imposant au soumissionnaire de justifier de ses effectifs alors même qu'il lui est déjà imposé de justifier d'une classe 5 pour des travaux évalués à 1.545.260,71€ HTVA, le pouvoir

adjudicateur a fixé un critère de sélection qui doit être considéré comme disproportionné et non lié à l'objet du marché ».

Dans une troisième branche, elle fait valoir que le niveau d'exigence qui assortit ce critère de sélection n'est pas approprié, au sens de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 qui implique que le niveau d'exigence soit proportionné à l'importance et à la complexité du marché. Elle répète les arguments de la première branche du moyen en insistant, à nouveau, sur le fait que l'agréation de classe 5 repose déjà sur des exigences de chiffre d'affaires et d'effectifs minimaux élevés eu égard au marché considéré (lot 1). Elle estime que le *ratio* « chiffre d'affaires/effectifs » exigé par le cahier spécial des charges « n'est manifestement pas approprié dès lors qu'il repose sur des exigences qui ont déjà pu être vérifiées au travers du critère de sélection qualitative relatif à la capacité financière et économique qui impose une agréation de classe 5 ». Elle maintient qu'un *ratio* qui ne peut dépasser 500.000 euros de chiffre d'affaires par travailleur implique qu'elle doit disposer de 37 travailleurs pour la réalisation de travaux d'aménagement d'un parc, évalués à 1,5 million d'euros, ce qui n'est pas proportionné au regard des caractéristiques de ce marché et que toute entreprise de classe 5 démontre, à suffisance, sa capacité d'exécuter ce marché. Elle conclut qu'« en imposant au soumissionnaire de démontrer, via le niveau d'exigence □*ratio* chiffre d'affaires annuel/effectifs moyens annuels□, un maximum égal à 500.000€ par travailleur, le pouvoir adjudicateur a fixé un niveau d'exigence qui n'est pas approprié et qui est disproportionné par rapport à l'objet du marché ».

Dans une quatrième branche, elle reproche à la partie adverse d'avoir utilisé un moyen de preuve relatif à un critère de sélection économique et financière visé à l'article 67 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité pour justifier un critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle visé à l'article 68 du même arrêté, d'avoir, de la sorte, confondu les deux types de critères et d'avoir, en outre, fixé en termes de chiffre d'affaires un maximum à ne pas dépasser alors que l'article 67 précité vise un minimum à atteindre et que le seul critère visé au cahier spécial des charges relatif à la capacité économique et financière est, pour le lot 1 du marché, celui de l'agréation de catégorie C classe 5.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen n'est pas recevable en tant qu'il est pris de la violation de l'article 58 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, dès lors que cette disposition a été transposée en droit interne et que la requérante ne prétend pas que sa transposition aurait été incorrecte. Tout au

plus doit-on avoir égard à la directive pour l'interprétation des dispositions de droit interne dont la violation est aussi invoquée.

Le cahier spécial des charges du marché litigieux prévoit deux critères de sélection qualitative (point 18.2 de la partie A1 des clauses administratives du cahier spécial des charges).

- Le premier critère de sélection est relatif à la capacité économique et financière du soumissionnaire. Il prévoit que « conformément à l'article 70 de l'AR du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur se satisfait de la preuve de l'agréation comme décrit au point 6 ci-dessus pour opérer la sélection des soumissionnaires ».

  S'agissant du lot 1, l'agréation requise est celle de catégorie C classe 5 (point 6 de la partie A1 des clauses administratives du cahier). Pour recevoir cette agréation, l'entrepreneur doit répondre à un certain nombre de conditions. En termes de capacité financière et économique, l'entrepreneur de catégorie C classe 5 doit notamment disposer d'un chiffre d'affaires global en travaux de 2.750.000 euros pendant trois des huit dernières années précédant la demande d'agréation (article 10, § 3, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux). En termes de capacité technique, l'entrepreneur de catégorie C classe 5 doit notamment justifier d'un effectif moyen de 13 ouvriers (et non pas de 21 ouvriers) et de 2 de cadres « pendant trois semestres choisis librement au cours des cinq dernières années précédant celui au cours duquel la demande d'agréation est introduite » (article 11, § 2, 2°, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 précité). Cette agréation n'est cependant requise dans le cadre du marché litigieux que pour démontrer la capacité financière et économique des soumissionnaires à exécuter celui-ci.

- Le deuxième critère de sélection est relatif à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires. Il prévoit, dans sa version applicable après sa dernière modification publiée dans un avis rectificatif du 21 septembre 2021 (modifications surlignées en jaune), ce qui suit :

18.2.2. La capacité technique et professionnelle

Pourra être sélectionné le candidat ou le soumissionnaire remplissant les critères de capacité technique ou professionnelle fixés ci-dessous qu'il justifiera par les documents suivants :

1) Une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels de l'entrepreneur pendant les trois dernières années.
Par effectif, on entend le personnel employé par le soumissionnaire qu'il soit d'encadrement ou ouvrier.
Sera considéré comme suffisant le niveau d'exigence suivant : en moyenne sur les 3 dernières années, les soumissionnaires doivent disposer d'un ratio chiffres d'affaires annuel /effectif moyen annuel au maximum égal à 500.000 € par travailleur.
Documents à fournir :
Le soumissionnaire joint à son offre un document reprenant le chiffre d'affaires des trois dernières années et l'effectif moyen annuel correspondant.
En cas de remise d'offre par un groupement de sociétés, ce ratio doit être atteint au moins par un membre du groupement.

En outre, conformément à l'article 69 de l'A.R. du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur peut considérer qu'un opérateur économique ne possède pas les capacités professionnelles requises lorsqu'il a établi que l'opérateur économique a des intérêts conflictuels qui pourraient avoir une incidence négative sur l'exécution du marché.

Ce deuxième critère de sélection – qui est celui qui est critiqué par la requérante – fait partie d'un ensemble de clauses que la partie adverse a décidé d'insérer dans le cahier spécial des charges pour lutter contre le dumping social. Dès l'abord, le cahier des charges attire expressément l'attention des soumissionnaires sur l'importance de se conformer aux clauses anti-dumping qu'il prévoit, en précisant que ces clauses sont « surlignées en gris dans le C.S.CH. » (point 2 « objet du marché » de la partie A1 des clauses administratives). Le cahier insiste très clairement sur la volonté de la partie d'adverse de combattre les pratiques de dumping social. Parmi les « clauses surlignées en gris dans le C.SCH. » figurent des dispositions relatives tant à la sélection qu'à l'attribution du marché ainsi qu'à son exécution.

Il ne peut *a priori* être reproché à la partie adverse de prévoir de nouvelles exigences sociales pour la passation de ses marchés publics. La partie adverse explique, dans sa note d'observations, que l'objectif du critère de sélection qualitative qui impose un *ratio* « chiffre d'affaires annuel/effectifs moyens annuels » est d'évaluer la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires en vérifiant l'origine de leur chiffre d'affaires au regard de leurs effectifs propres : un ratio qui ne dépasse pas un niveau maximum obligatoire tend à garantir un pourcentage d'œuvres propres et donc à s'assurer, dans le chef du soumissionnaire, d'un savoir-faire et d'une expérience certaine, qui peuvent être valorisés dans le cadre de l'exécution du marché litigieux, et d'éviter ainsi le recours systématique à la sous-traitance, laquelle présente un risque de dumping social contre lequel la partie adverse entend précisément lutter. La partie adverse a fixé un *ratio* « chiffre d'affaires annuel/effectifs moyens annuels » pour combattre le dumping social et s'assurer, dans le même temps, que le soumissionnaire qui sera chargé d'exécuter le marché possède bien lui-même les capacités techniques et professionnelles suffisantes à cette fin.

À l'audience, la requérante critique, pour la première fois, la pertinence et la proportionnalité du critère retenu par la partie adverse au regard de l'objectif poursuivi de lutter contre le dumping social en écartant les soumissionnaires qui recourent de manière excessive à la sous-traitance. Elle soutient notamment qu'il existe d'autres outils (déclaration sur l'honneur, connaissance de la langue des équipes sur le chantier, *etc*.) qui permettent d'atteindre cet objectif et que si la volonté est d'éviter que les soumissionnaires recourent à la sous-traitance, il suffisait d'interdire celle-ci dans le cadre du marché litigieux. Il s'agit cependant d'une argumentation nouvelle qui aurait pu – et dû – être soulevée dans la requête. Contrairement à ce que la requérante déclare à l'audience, elle ne pouvait ignorer, à la lecture des termes clairs du cahier, que le critère de sélection qualitative qu'elle critique faisait partie du dispositif mis en place par la partie adverse pour lutter contre le dumping social. Les critiques qu'elle soulève tardivement à l'audience sont irrecevables.

En réponse aux arguments qui sont énoncés dans les quatre branches du deuxième moyen de la requête, il convient de relever les éléments suivants.

Premièrement et contrairement à ce qu'affirme la requérante, il n'y a pas de confusion entre le critère de sélection qualitative relatif à la capacité économique et financière (point 18.2.1 de la partie A1 des clauses administratives du cahier spécial des charges) et celui relatif à la capacité technique et professionnelle (point 18.2.2. de la partie A1 des mêmes clauses). Pour justifier sa capacité économique et financière à exécuter le marché, le soumissionnaire doit prouver qu'il dispose de l'agréation de catégorie C classe 5, laquelle impose notamment de justifier d'un certain chiffre d'affaires global en travaux. Quant au critère relatif à la capacité technique et professionnelle prévue par le cahier, il n'impose aucune exigence en termes de chiffres d'affaires, mais bien en termes d'effectifs propres, à justifier en suffisance, par l'application d'un *ratio* qui ne peut dépasser un certain montant. Le chiffre d'affaires n'est mobilisé que pour calculer ce *ratio* et vérifier que le soumissionnaire dispose d'un effectif minimal en proportion de son chiffre d'affaires. Le cahier des charges n'impose pas, pour satisfaire à ce critère, un chiffre d'affaires maximal à ne pas dépasser qui serait en contradiction avec le seuil minimal exigé pour recevoir l'agréation de catégorie C classe 5. En ce qu'il affirme le contraire, le moyen manque en fait.

Deuxièmement, un pouvoir adjudicateur peut valablement, en plus de l'agréation, imposer des conditions de sélection qualitative supplémentaires portant sur la capacité financière, économique, technique ou professionnelle des soumissionnaires. L'usage de cette faculté suppose que le pouvoir adjudicateur ait estimé que les conditions liées à l'agréation ne sont pas suffisantes pour opérer la

sélection qualitative. En l'occurrence, la partie adverse explique que, par l'imposition d'un *ratio* « chiffre d'affaires/effectifs », elle entend combattre le dumping social dans des marchés particulièrement sensibles à ce type de pratiques, en excluant les soumissionnaires qui recourent de manière excessive à la sous-traitance et s'assurer, de la sorte, de la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires à exécuter le marché. La requérante ne démontre pas que les présomptions de capacité déduites de l'agréation permettraient d'atteindre cet objectif en particulier. Ainsi, l'obligation pour un entrepreneur de classe 5 de justifier d'un effectif moyen de 13 ouvriers et de 2 de cadres « pendant trois semestres choisis librement au cours des cinq dernières années précédant celui au cours duquel la demande d'agréation est introduite » ne permet pas de vérifier que l'entrepreneur ne recourt pas, de manière excessive, à la sous-traitance pour l'exécution de ses chantiers, quel que soit son chiffre d'affaires.

Troisièmement, il ne sert à rien de critiquer, comme le fait la requérante, le montant du chiffre d'affaires requis pour l'agréation de classe 5, comme étant trop proche du seuil du double de la valeur du marché (article 67, § 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017). En effet, la classe de l'agréation exigée pour l'exécution du lot 1 du marché a été déterminée sur la base de l'estimation de la valeur de ce lot, par référence à l'article 3, § 2, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux. Cette disposition détermine la classe à laquelle un entrepreneur doit appartenir pour se voir confier un marché de travaux, en fonction de la valeur de ce marché. Si la requérante considère que le chiffre global en travaux exigé pour la classe 5, à savoir 2.750.000 euros pendant trois des huit dernières années (article 10, § 3, de l'arrêté royal du 26 septembre 1991) est trop élevé pour l'exécution du lot 1 du marché, estimé à 1.466.282,20 euros HTVA, ce sont les dispositions de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 qu'elle doit critiquer. Il n'est, du reste, pas contesté que la requérante a bien déposé la preuve de son agréation de catégorie C classe 5.

Quatrièmement et contrairement encore à ce que soutient la requérante, en imposant un *ratio* « chiffre d'affaires annuel/effectifs moyens annuels » au maximum égal à 500.000 euros par travailleur, la partie adverse n'exige pas de la requérante qu'elle affecte 37 travailleurs à la réalisation du lot 1 du marché, évalué à 1.466.282,20 euros HTVA. Comme l'explique la partie adverse, elle entend seulement vérifier que les soumissionnaires ont « les épaules solides » pour assumer le marché, ce qui implique qu'ils disposent d'effectifs en suffisance pour réaliser leur chiffre d'affaires qui intègre le marché litigieux parmi tous les autres chantiers concomitants, avec pour objectif de combattre le dumping social en écartant les

entreprises qui sous-traitent la plus grande partie des travaux qui leur sont confiés sans en avoir une réelle maîtrise.

Cinquièmement, la requérante se limite, en termes de requête, à affirmer que le critère relatif à la capacité technique et professionnelle imposé par le cahier des charges a pour effet d'écarter injustement des entreprises spécialisées dans les travaux d'aménagement extérieur qui ont un gros chiffre d'affaires. Cette affirmation n'est pas autrement étayée. En particulier, la requérante n'explique pas en quoi une entreprise qui a un gros chiffre d'affaires aurait plus de difficultés qu'une autre à respecter le *ratio* imposé par la partie adverse. À l'audience, la requérante fait, pour la première fois, valoir qu'elle est spécialisée dans les revêtements spéciaux pour terrains de sport (agréation de catégorie G4) et que cette activité implique des coûts d'achat de matériels plus élevés, ce qui ferait gonfler son chiffre d'affaires, sans qu'elle fasse pour autant, plus que d'autres entreprises, appel à la sous-traitance. Ces déclarations qui tendent à justifier, dans le chef de la requérante, un *ratio* « chiffre d'affaires / effectifs » plus élevé et à critiquer le niveau d'exigence de « 500.000 euros par travailleur » qui lui est imposé ne sont toutefois démontrées par aucune pièce. Il n'est pas possible au Conseil d'État de vérifier le sérieux de ces allégations.

Au vu des arguments développés dans la requête et dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, il y a lieu *prima facie* de considérer, d'une part, que la requérante ne démontre pas que le critère de sélection qualitative relatif à la capacité technique et professionnelle (prévu au point 18.2.2 de la partie A1 des clauses administratives du cahier spécial des charges) a été conçu dans l'intention de limiter artificiellement la concurrence ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques et, d'autre part, qu'elle n'apporte pas la preuve que ce critère ou le niveau d'exigence qu'il fixe ne seraient pas liés à l'objet du marché ou seraient discriminatoires, disproportionnés ou inappropriés au regard des caractéristiques du lot 1 du marché litigieux. La requérante n'établit pas que la partie adverse aurait, en imposant ce critère, commis une erreur manifeste d'appréciation.

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

VI. Confidentialité

La requérante demande que l'offre qu'elle a remise dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux soit tenue confidentielle, dès lors qu'elle contient des informations couvertes par le secret des affaires, en application de l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux

voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Il s'agit de la pièce inventoriée A annexée à sa requête.

La partie adverse formule la même demande pour les offres qu'elle dépose au dossier administratif. Il s'agit des pièces 16 à 21 de ce dossier.

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

VII. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure liquidée à la somme de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

La pièce A annexée à la requête et les pièces 16 à 21 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre siégeant en référé, le 8 juillet 2022, par :

Florence Piret, conseiller d’État, président f.f.,
Vincent Durieux, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent Durieux Florence Piret