

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

n° 256.143 du 27 mars 2023

A. 238.399/VI-22.514

En cause : **la société anonyme REMONDIS STAVELOT,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Thomas EYSKENS, Aurélien VANDEBURIE
et Lotfi BOUHYAOUI, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public
Le Circuit de Spa-Francorchamps,
ayant élu domicile chez
M^e François MOÏSES, avocat,
place des Nations-Unies 7
4020 Liège.

Partie requérante en intervention :

la société anonyme TPRECUP,
ayant élu domicile chez
M^e Charles PONCELET, Mathieu THOMAS
et Léa TREFON, avocats,
rue de la Régence 58/8
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 février 2023, la SA Remondis Stavelot demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du conseil d'administration de la partie adverse du 30 janvier 2023, par laquelle il décide d'attribuer le lot 3 (ramassage des immondices, traitement des déchets et vidanges de fosses septiques) du marché de services ayant pour objet des services d'entretien des infrastructures du circuit de Spa-Francorchamps à un autre soumissionnaire, et par voie de conséquence, de ne pas attribuer ce marché (lot 3) à

la requérante, ce dont elle a été informée le 31 janvier 2013 par courrier et courriel [...] ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 16 février 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 7 mars 2023.

La contribution et les droits 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.

Par une requête introduite le 3 mars 2023, la SA TPRecup demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M^{es} Aurélien Vandeburie et Lofti Bouhyaoui, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e François Moïses, avocat, comparaissant pour la partie adverse et M^{es} Mathieu Thomas et Léa Trefon, avocats, comparaissant pour la partie requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur 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. La partie requérante est notamment active dans le domaine de l'entretien d'infrastructure [...].

Elle est le prestataire de service actuellement en charge du marché public de services ayant pour objet des services d'entretien des infrastructures du circuit de Spa-Francorchamps.

La partie adverse est le Circuit de Spa-Francorchamps, personne morale de droit public créée par le décret du 5 décembre 2008 portant création de la société anonyme de droit public "Le Circuit de Spa-Francorchamps". Selon l'article 2, § 1^{er}, de ce décret, la partie adverse a pour objet l'organisation et la promotion, sous toutes ses formes, de tout type d'activités sur le site du Circuit de Spa-Francorchamps ou lié à celui-ci et assure la gestion, l'entretien, l'amélioration et le développement du Circuit de Spa-Francorchamps en vue de favoriser la croissance de l'économie régionale.

2. Le 16 novembre 2022, le Conseil d'administration de la partie adverse a approuvé les conditions et le mode de passation d'un marché public de services ayant pour objet "des services d'entretien des infrastructures du circuit de Spa-Francorchamps" dans le cadre d'une procédure ouverte [...].

Ce marché est divisé en 3 lots :

- le lot 1 relatif à l' "entretien des pistes";
- le lot 2 relatif au "nettoyage des voiries intérieures du Circuit (paddocks, pitlanes, parkings, voiries et stands)";
- le lot 3 relatif au "Ramassage des immondices, traitement des déchets et vidanges de fosses septique"

3. Le marché a été prévu pour une durée initiale d'un an, renouvelable tacitement trois fois. L'estimation du marché était de 524.010,00 euros par an [sic].

L'avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications du 18 novembre 2022 sous la référence 2022-545583 [...] et au supplément du Journal officiel de l'Union européenne du 23 novembre 2022 sous la référence 2022/S 226-651421 [...].

La date limite de réception des offres était le 20 décembre 2022 à 12h.

La partie requérante, anciennement dénommée "RemondisWC Déchets 2000", a déposé une offre avant cette échéance pour les trois lots du marché.

4. La partie adverse a adopté un rapport d'examen des offres le 23 janvier 2023, pour chaque lot [...].

Le Conseil d'administration aurait adopté la décision d'attribution pour les trois lots du marché le 30 janvier 2023.

Il en découle que les lots 1 et 2 ont été attribués à la requérante, tandis que le lot 3 a été attribué à un autre soumissionnaire.

Par des courriers du 30 janvier 2023, adressés à la poste le 31 janvier 2023, la partie adverse a informé la partie requérante de la décision du Conseil d'attribution, et par conséquent qu'elle s'était vu attribuer les 2 premiers lots du marché, mais pas le lot 3 [...].

La décision d'attribution adoptée par le Conseil d'administration n'était toutefois pas jointe à ce courrier. Au titre de décision motivée, c'est le rapport d'examen des offres du 23 janvier 2013 qui était joint à ce courrier.

Ce courrier du 30 janvier 2023 et son annexe ont été notifiés à la partie requérante par courriel le 31 janvier 2023 [...].

Une copie de la décision du Conseil d'administration a été demandée à la partie adverse, sans succès.

La partie requérante n'est donc pas en possession d'une copie de cette décision du Conseil d'administration, celle-ci n'étant pas jointe au courriel et au courriel qui lui ont été adressés le 31 janvier 2023. ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 3 mars 2023, la SA TPRecup demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du lot 3 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. Irrecevabilité du recours en tant qu'il est introduit contre la décision implicite de ne pas attribuer le lot 3 du marché à la requérante

V.1. Thèses des parties

La requérante dirige son recours notamment contre la décision de ne pas lui attribuer le lot 3 du marché.

La partie adverse fait valoir que la requérante ne démontre pas que le lot 3 du marché litigieux devait nécessairement lui être attribué. Elle ajoute que s'il fallait suivre la thèse défendue par la requérante dans le premier moyen de la requête, il faudrait considérer que les références qu'elle a remises auraient, elles aussi, dû être écartées puisqu'elles ne portent pas sur l'ensemble des missions prévues pour le lot 3 et en particulier sur la vidange de fosses septiques.

La partie intervenante n'aborde pas la question de la recevabilité du recours dans sa requête en intervention.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître *ipso facto* que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite – résultant de l'attribution – de lui attribuer l'avantage en cause, s'il

démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, la requête ne contient aucun développement relatif à une quelconque obligation incombant à la partie adverse de lui attribuer le lot 3 du marché. La requérante ne soutient, à aucun endroit de la requête, que la partie adverse n'avait d'autre option que de la désigner comme attributaire de ce lot. Par ailleurs, il ne peut, à défaut de démonstration concrète dans la requête, être préjugé (1) de la décision qu'aurait prise la partie adverse concernant la sélection de la requérante si elle avait donné aux critères de sélection qualitative la même interprétation que celle qui est proposée dans la requête ou (2) de ce qu'aurait fait la partie adverse si elle avait, en cours d'analyse des offres, été confrontée à une seule offre régulière.

En tant qu'elle est dirigée contre la décision implicite de ne pas attribuer le lot 3 du marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de « la violation des articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que des principes d'égalité et de non-discrimination, de concurrence et de proportionnalité; de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et, notamment ses articles 4, 5, 66, 71, 73 et 78; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et, notamment, ses articles 38, 65, 68, 73 et 76; 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, notamment, ses articles 4 et 5; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, notamment, ses articles 2 et 3; du Code (wallon) de l'Eau, dans sa partie décrétable, et notamment son article D395; du Code (wallon) de l'Eau, dans sa partie réglementaire, et notamment son article R390; du principe général de motivation interne et externe des actes administratifs; du principe *patere legem quam ipse fecisti*; des documents du marché; [des] principe[s] de minutie et de diligence comme principes de bonne administration; et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Dans une première branche, elle reproche à la partie adverse d'avoir sélectionné la partie intervenante alors que les références fournies par cette dernière

ne démontrent pas sa capacité à exécuter le marché et ne constituent pas des références adéquates par rapport à l'objet du marché. La requérante en déduit que le lot 3 du marché ne pouvait être attribué à la partie intervenante, faute de satisfaire aux critères de sélection relatifs à la capacité technique et professionnelle. Elle rappelle le contenu de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 précitée et des articles 65 et 68, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité ainsi que l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de fixer des critères de sélection et des niveaux d'exigence qui soient liés, adéquats et proportionnés à l'objet du marché, de manière à garantir que le candidat ou le soumissionnaire dispose des capacités nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Elle reproduit le critère de sélection n° 1 relatif à la capacité technique et professionnelle, tel que prévu au point I.5 du cahier spécial des charges, et affirme que les références à fournir devaient nécessairement porter sur l'objet du marché et, plus spécialement, sur l'objet de chaque lot de ce marché, à savoir, s'agissant du lot 3 du marché le « Ramassage des immondices, traitement de déchets et vidanges de fosses septiques ». Elle relève que la partie adverse n'a, pour les lots 1 et 2 du marché, pas sélectionné un des soumissionnaires en raison de l'absence de lien entre les références produites et l'objet des lots concernés et considère que la partie adverse devait, pour respecter l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, agir de la même manière pour le lot 3 du marché, en vérifiant que les références produites portent en particulier sur la « vidange de fosses septiques ». Or, selon la requérante, la partie intervenante n'a pas pu produire de telles références – comme l'exige pourtant le cahier spécial des charges – dès lors que, d'une part, cette société ne dispose pas de l'agrément requis par l'article R390 du Code (wallon) de l'eau pour exercer ce type d'activité et que, d'autre part, l'objet social de la partie intervenante « est manifestement étranger aux services du lot litigieux, en particulier au service de vidange des fosses septiques ». Elle fait valoir qu' « *a fortiori*, [la partie intervenante] ne pouvait pas fournir les références “adéquates” de marchés antérieurs démontrant son “niveau d'expérience suffisant”, comme l'exige l'article 68, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité », que « l'attributaire pressenti ne pouvait dès lors pas non plus démontrer qu'il dispose “des capacités nécessaires pour exécuter le marché” », que « ne satisfaisant pas aux critères de sélection, l'adjudicataire pressenti ne pouvait être sélectionné et le marché ne pouvait pas lui être attribué » et que « l'acte attaqué est irrégulier ». Elle ajoute que la partie adverse, qui était confrontée à une telle difficulté ou particularité, devait, à tout le moins, motiver sa décision sur ce point, en expliquant « pourquoi, malgré cette situation, l'attributaire pressenti a pu être sélectionné ». Elle en déduit que « l'acte attaqué viole au moins l'obligation de motivation formelle des actes administratifs, étant insuffisamment motivé ».

Dans une deuxième branche, la requérante fait, en substance, valoir que si la partie intervenante a eu recours à la capacité d'un tiers pour démontrer sa capacité technique et professionnelle pour « les services de vidange de fosses septiques », elle a dû produire l'engagement de ce tiers de mettre ses moyens à sa disposition ainsi qu'un DUME pour ce tiers, à peine de ne pouvoir être sélectionnée ou de voir déclarer son offre irrégulière, que « rien dans l'acte attaqué n'établit que la vérification du respect de ces prescriptions a eu lieu », que « le lot 3 du marché n'aurait pas pu être attribué à l'attributaire pressenti » et qu' « à tout le moins, l'acte attaqué ne le motive pas adéquatement ni formellement ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la première branche

Si le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour fixer les critères de sélection et les niveaux d'exigence à atteindre, l'exercice de ce pouvoir 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. La disposition légale précitée précise que les critères de sélection 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 prévoit, quant à lui, que le pouvoir adjudicateur doit annoncer, dans l'avis de marché ou dans les documents du marché, les critères de sélection ainsi 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 ». L'article 68, § 1^{er}, alinéa 2, du même arrêté royal précise qu'en ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, « le pouvoir adjudicateur peut notamment exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement ». Une fois que les exigences en matière de sélection qualitative ont été annoncées dans l'avis de marché ou les documents du marché, le pouvoir adjudicateur est obligé de s'y tenir lorsqu'il vérifie que le candidat ou le soumissionnaire satisfait aux critères de sélection qu'il a préalablement définis.

Dans un contexte d'allotissement, la sélection se fait séparément pour chaque lot, puisque ceux-ci sont susceptibles d'être attribués séparément, en principe en vue d'une exécution distincte (article 2, 52°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics). Lorsque le pouvoir adjudicateur attribue plusieurs lots à un seul et même soumissionnaire, il doit vérifier la capacité de celui-ci à réaliser les prestations qui font l'objet de l'ensemble des lots combinés.

Le cahier spécial des charges prévoit, au point I.5 intitulé « motifs d'exclusion et sélection qualitative » ce qui suit, pour ce qui concerne la « capacité technique et professionnelle du soumissionnaire (critère de sélection) » :

Capacité technique et professionnelle du soumissionnaire (critères de sélection)

Le DUME, par lequel l'opérateur économique déclare qu'il satisfait aux critères de sélection suivants :

N°	Critères de sélection	Exigences minimales
1	Une liste des principaux services prestés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé.	Minimum 3 références de 25.000 € chacune, ou 4 références de 18.750 € chacune.
2	Une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années.	Minimum 6 équivalents temps plein.
3	Une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.	'-
4	L'indication de la part du marché que l'opérateur économique a éventuellement l'intention de sous-traiter.	'-
5	L'indication des mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de l'exécution du marché.	'Le soumissionnaire détaillera sur une page A4 minimum les mesures environnementales qu'il applique, normes environnementales des produits utilisés, procédures pour l'économie d'énergie, certifications environnementales diverses dont il dispose.

Ces critères de sélection s'appliquent à tous les lots.

La requérante ne met pas en cause la légalité des critères de sélection prévus par le cahier spécial des charges, mais uniquement l'application qui en a été faite par la partie adverse.

Le rapport d'examen des offres établi pour le lot 3 du marché – auquel renvoie la décision d'attribution attaquée et qui fait partie intégrante de celle-ci – rappelle les critères de sélection prévus par le cahier spécial des charges et indique la mention « en ordre » pour ce qui concerne les parties requérante et intervenante.

La « liste des principaux services prestés au cours des trois dernières années » qui est exigée au titre de critère de sélection n°1 relatif à la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire ne peut se comprendre que comme

visant des services qui sont en lien avec l'objet du lot du marché concerné par l'offre qui est déposée. Le cahier précise que « les critères de sélection s'appliquent à tous les lots » – et donc pour chaque lot séparément –. Dès lors qu'il est possible de soumissionner pour un lot ou certains d'entre eux et que les trois lots du marché ont des objets distincts, les critères de sélection doivent permettre de vérifier que le candidat ou le soumissionnaire est capable d'exécuter chaque lot du marché pour lequel il a déposé offre. Les références produites, à l'appui de l'offre déposée pour le lot 3 du marché, doivent dès lors être pertinentes au regard de l'objet de ce lot ou « adéquates » au sens de l'article 68, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité.

Ceci étant, dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, le critère de sélection en cause – tel qu'il est libellé – ne paraît pas exiger que les références produites couvrent l'ensemble des prestations visées au lot 3 du marché et qu'elles devraient donc également concerner les services de « vidange de fosses septiques ». Rien n'indique que l'intention de l'auteur du cahier spécial des charges ait été celle-là ; une telle interprétation ne peut raisonnablement se déduire de la lecture du cahier et ne trouve aucun appui dans les documents du marché. Pareille interprétation serait, dans un tel contexte, de nature à fausser la concurrence et à méconnaître les principes d'égalité et de transparence, un opérateur économique normalement prudent et diligent ne pouvant raisonnablement comprendre le critère de sélection comme exigeant des références pour chacune des prestations caractéristiques du lot 3 du marché. Une telle interprétation rendrait, par ailleurs, difficilement vérifiable le respect du niveau d'exigence requis pour ce critère, qui impose un « minimum [de] 3 références de 25.000 euros chacune, ou [de] 4 références de 18.750 euros chacune ».

Il est utile de constater que si la requérante déclare de façon générale, dans son offre, qu'elle a, parmi d'autres services, notamment presté des services de « vidanges de fosses septiques », elle ne précise pas quelles références sont concernées par cette activité en particulier. Les attestations de bonne exécution qu'elle produit ne font pas non plus mention expresse de ces services.

Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation pour déterminer si les références présentées satisfont aux critères de sélection et sont liées à l'objet du marché. Il n'apparaît pas *prima facie* que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en décidant que les références produites par la partie intervenante – qui portent sur des prestations de « collectes conteneurs et traitement des déchets » sont pertinentes pour le lot 3 du marché qui a pour objet le

« Ramassage des immondices, traitement des déchets et vidanges de fosses septiques ».

La requérante n'établit pas que la décision d'attribution devait être spécialement motivée sur ce point. La motivation de l'acte attaqué, même succincte, permet de constater que la partie adverse a bien procédé aux vérifications requises en matière de sélection qualitative. *Prima facie*, une telle motivation se vérifie à la lecture des pièces du dossier, lequel ne révèle pas de difficulté particulière qui imposerait une motivation plus circonstanciée.

Enfin, l'appréciation des références pour les lots 1 et 2 – dont fait état la requérante dans sa requête – qui a conduit à l'écartement de la partie intervenante et d'un autre soumissionnaire renvoie *prima facie* à une situation différente puisque, pour ces lots, la partie intervenante et cet autre soumissionnaire n'ont produit aucune référence valable qui puisse se rapporter aux prestations visées aux lots 1 et 2 du marché.

Le premier moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux.

Quant à la deuxième branche

Il ressort de l'examen des pièces du dossier que la partie intervenante n'a pas eu recours à la capacité d'un tiers pour satisfaire au critère de sélection n° 1 relatif à la capacité technique et professionnelle, prévu par le cahier spécial des charges.

Le premier moyen, en sa deuxième branche, repose sur un postulat erroné en fait et n'est pas sérieux.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de « la violation des articles 10 et 11 de la Constitution ainsi que des principes d'égalité et de non-discrimination, de concurrence et de proportionnalité; de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et, notamment ses articles 4, 5, 7, 66 et 83; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et, notamment, son article 76; 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, notamment, ses articles 4 et 5; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et, notamment, ses articles 2 et 3; du Code (wallon) de l'Eau, dans sa partie décrétable, et notamment son article D395; du Code (wallon) de l'Eau, dans sa partie réglementaire, et notamment son article R390; du principe général de motivation interne et externe des actes administratifs; du principe *patere legem quam ipse fecisti*; du principe d'intangibilité des offres; des documents du marché; du principe de minutie et de diligence comme principes de bonne administration; et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

Après avoir rappelé le contenu des articles 7 et 66, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précitée et de l'article 76, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, la requérante expose que l'article R390 du Code (wallon) de l'eau, en sa partie réglementaire, exige un agrément pour effectuer la vidange de fosses septiques, laquelle fait partie des prestations visées au lot 3 du marché litigieux de sorte que l'attributaire du marché devra nécessairement exécuter de tels services. Elle ajoute que « le fait de ne pas vider la fosse septique par un vidangeur agréé » constitue une infraction au sens de l'article D395 du même Code, en sa partie décrétable. Elle fait valoir que la partie adverse a attribué le lot 3 du marché à un soumissionnaire qui ne dispose pas de cet agrément et en déduit que ce soumissionnaire ne respecte pas les obligations environnementales qui s'imposent tant à lui qu'au pouvoir adjudicateur et que, dès lors, l'offre remise par la partie intervenante contrevient à des obligations dont le non-respect est sanctionné pénalement, est donc affectée d'une irrégularité substantielle et devait, partant, être écartée. Elle ajoute qu'aucune disposition du cahier spécial des charges ne prévoit que la preuve de cet agrément pourra être fournie au moment de l'exécution du marché, qu'il importe peu que l'infraction prévue par l'article D395 précité « vise celui qui demande au vidangeur de vider la fosse septique » et que « l'offre qui contient un engagement de réaliser le marché sans agrément comprend un engagement contraire à une obligation environnementale sanctionnée pénalement puisqu'elle ne peut qu'aboutir, sans modification, à ce que le marché s'exécute par un vidangeur non agréé ».

Elle estime que la décision attaquée devait, à tout le moins, indiquer les motifs pour lesquels l'offre a été déclarée régulière « à supposer que l'obligation visée ne soit pas sanctionnée pénalement » et si la partie intervenante a, le cas échéant, eu recours à la capacité d'un tiers disposant de cet agrément. Elle en déduit que la décision attaquée méconnaît l'obligation de motivation formelle qui s'impose au pouvoir adjudicateur.

Elle ajoute encore ce qui suit :

« [...] bien que rien ne soit indiqué à cet égard dans l'acte attaqué, il ne pourrait être admis que la partie adverse ait permis à l'attributaire pressenti de disposer de l'agrément nécessaire au moment du début de l'exécution du marché et non dans son offre eu égard aux exigences du principe d'intangibilité des offres et des principes d'égalité et de non-discrimination.

Le marché doit pouvoir être exécuté sur base des termes de l'offre, sans modification. En admettant qu'un agrément puisse être fourni lors de l'exécution du marché, la partie adverse permet à ce soumissionnaire de modifier un élément essentiel de son offre, nécessaire pour sa bonne exécution. En outre, elle lui laisse davantage de temps pour se conformer aux conditions du marché. Cela n'est pas permis.

[...] En outre, si l'attributaire pressenti disposait de la possibilité de démontrer qu'il possède l'agrément précité jusqu'au moment de l'exécution du marché et donc après la date limite de dépôt des offres, il bénéficierait d'un avantage discriminatoire par rapport aux autres soumissionnaires, et donc la requérante, qui ont fait en sorte de disposer de l'agrément requis au moment du dépôt de leur offre.

Cet avantage discriminatoire traduirait l'existence d'une irrégularité substantielle affectant l'offre de l'attributaire pressenti pour le lot litigieux, qui aurait dû justifier son écartement, conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

L'engagement de ce soumissionnaire ne pouvait par ailleurs pas être certain, puisqu'il devait être conditionné à l'obtention d'un agrément, par hypothèse non présent dans l'offre. Pour ce motif également, cette offre était entachée d'une irrégularité substantielle au regard de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Enfin, une telle offre entraîne nécessairement une distorsion de concurrence au sens de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 puisqu'elle ne tient pas compte des mêmes contraintes que celles qu'impose la loi et qui sont respectées par la partie requérante. »

La requérante déduit de l'ensemble de ces motifs que l'offre de la partie intervenante, attributaire du lot 3 du marché litigieux, aurait dû être écartée.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article R390 du livre 2 du Code de l'environnement – qui contient la partie réglementaire du Code de l'eau – exige un agrément pour effectuer la vidange de fosses septiques ou de systèmes d'épuration analogues. Les conditions d'obtention de cet agrément sont fixées à l'article R392 du même Code. Elles consistent essentiellement dans le fait de disposer d'un véhicule doté d'un certificat d'immatriculation, en ordre de contrôle technique et muni d'une cuve étanche équipée des éléments visés à cette disposition. Il est également requis que « le vidangeur assure le véhicule et sa responsabilité professionnelle ». La demande est introduite auprès du directeur général de la Direction générale opérationnelle Agriculture, Ressources naturelles et Environnement du SPW, qui doit statuer sur la demande dans les délais qui sont précisés aux articles R396 et R397 du Code. En l'absence de décisions prises dans ces délais, la demande est considérée comme

recevable et l'agrément réputé octroyé. Celui-ci est accordé pour une période de huit ans. Les vidangeurs agréés doivent respecter certaines obligations, en ce compris les conditions d'usage visées aux articles R400/1 et R/4002 du Code.

L'article D395, alinéa 2, du livre 2 du Code de l'environnement – qui contient la partie décrétable du Code de l'eau – dispose que « commet une infraction de troisième catégorie au sens de la partie décrétable du Livre I^{er} du Code de l'environnement celui qui [...] 5. [...] ne fait pas vider la fosse septique par un vidangeur agréé ».

Les dispositions précitées prévoient que la vidange de fosses septiques ne peut se faire que par un vidangeur agréé et sanctionnent pénalement celui qui ne fait pas vider la fosse septique par un vidangeur agréé. Elles n'imposent toutefois aucune exigence concernant la conclusion de marchés publics qui ont pour objet ce type d'activités. En particulier, elles n'exigent pas d'apporter la preuve de disposer de cet agrément pour soumissionner à de tels marchés ou pour conclure ceux-ci ni n'érigent en infraction pareil acte.

Quant au cahier spécial des charges, il n'impose pas, non plus, de disposer de cet agrément au titre de critère de sélection, comme cela aurait pu être le cas en application de l'article 66, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité qui vise, pour les procédures de passation de marchés de services, « lorsque les opérateurs économiques ont besoin d'une autorisation spécifique [...] pour pouvoir fournir [...] le service concerné », la faculté – et non l'obligation – pour le pouvoir adjudicateur de demander de prouver qu'ils possèdent cette autorisation. L'agrément de vidange de fosses septiques n'était pas non plus requis au titre de documents à joindre à l'offre. Aucune disposition du cahier ne fait d'ailleurs mention de cet agrément, même s'il est acquis que la vidange de fosses septiques en cours d'exécution du marché devra obligatoirement être effectuée par un vidangeur agréé.

La requérante ne conteste pas la légalité du cahier spécial des charges. Elle affirme seulement que dès lors que la partie intervenante ne disposait pas de cet agrément au moment du dépôt de son offre, celle-ci contrevient à une obligation environnementale qui est sanctionnée pénalement, ce que la partie adverse aurait dû constater. Elle ajoute que l'engagement de ce soumissionnaire à exécuter le marché ne peut être considéré comme certain puisqu'il est conditionné à l'obtention d'un agrément et que les principes d'égalité et de l'intangibilité des offres interdisent à la partie intervenante de modifier son offre en apportant la preuve de l'obtention de l'agrément en cours d'exécution du marché.

En l'occurrence, l'offre de la partie intervenante ne comporte aucune réserve à son engagement d'exécuter le lot 3 du marché dans les conditions prévues par le cahier spécial des charges. En particulier, son engagement n'est pas conditionné à l'obtention d'un agrément pour la vidange de fosses septiques. Au contraire de ce qu'écrit la requérante, l'offre ne contient pas non plus « un engagement de réaliser le marché sans agrément ». Rien dans le *modus operandi* qui est proposé dans cette offre ne permet *prima facie* de considérer que la partie intervenante ne respectera pas les obligations du droit environnemental qui s'imposeront à elle dans le cadre de l'exécution du marché, en particulier en matière de « vidange de fosses septiques ». Contrairement encore à ce qu'affirme la requérante, l'obtention de l'agrément litigieux par la partie intervenante après la décision d'attribution du marché ne modifie pas les éléments de l'offre qu'elle a déposée ni ne crée de distorsion de concurrence ni ne porte atteinte au principe d'égalité entre les soumissionnaires, ceux-ci étant traités de la même manière, puisque ni la réglementation environnementale applicable en la matière ni le cahier spécial des charges n'exigent d'apporter la preuve de disposer, au moment du dépôt des offres ou de la conclusion du marché, de l'agrément pour la vidange de fosses septiques.

Dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, il ne ressort pas des pièces du dossier que le pouvoir adjudicateur a été confronté à des difficultés particulières lors de la vérification de la régularité des offres. L'irrégularité que la requérante croit pouvoir relever dans l'offre de la partie intervenante n'est pas vérifiée. Dans ces circonstances, la motivation de la décision attaquée qui constate que les offres des deux soumissionnaires sont régulières permet *prima facie* de vérifier que le pouvoir adjudicateur a bien procédé au contrôle de la régularité des offres.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que son offre et les échanges qu'elle a eus avec la partie adverse, déposés dans le dossier administratif, soient tenus pour confidentiels, ces pièces contenant des secrets d'affaires qui ne peuvent être divulgués à des tiers.

La partie adverse formule la même demande pour toutes les offres qui ont été déposées dans le cadre de la passation du marché litigieux, de manière à ne

pas nuire au secret d'affaires et à garantir une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des pièces 19 à 21 du dossier administratif.

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

IX. Indemnité de procédure

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la SA TPRecup 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 19 à 21 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 24 euros et l'indemnité de procédure de 770 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
siégeant en référé, le 27 mars 2023, par :

Florence Piret,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Florence Piret