

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

n^o 256.144 du 27 mars 2023

A. 238.412/VI-22.515

En cause : **la société anonyme TPRECUP,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Charles PONCELET, Mathieu THOMAS
et Léa TREFON, avocats,
rue de la Régence 58/8
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 REMONDIS STAVELLOT,
ayant élu domicile chez
M^{es} Thomas EYSKENS, Aurélien VANDEBURIE
et Lotfi BOUHAYAOUI, avocats,
boulevard Bischoffsheim 33
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 15 février 2023, la SA TPRecup demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution « [des décisions] du 30 janvier 2023 du Circuit de Spa-Francorchamps de ne pas la sélectionner pour les lots 1 "Entretien piste" et 2 "Nettoyage des voiries intérieures du Circuit (paddocks, pitlanes, parkings, voiries et stands)" du marché public de services ayant pour objet "Services d'entretien des infrastructures du Circuit de Spa-Francorchamps" et d'attribuer les lots 1 et 2 en question à un autre soumissionnaire ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 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 transmis une note d'observations. Le dossier administratif a été déposé dans le cadre de l'affaire apparentée enrôlée sous numéro de rôle A. 238.399/VI-22.514, fixée à la même audience.

Par une requête introduite le 3 mars 2023, la SA Remondis Stavelot 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} Mathieu Thomas et Léa Trefon, avocats, comparaissant pour la partie requérante, M^e François Moïse, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^{es} Aurélien Vandeburie et Lofti Bouhyaoui, avocats, comparaissant pour la 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

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

Le Circuit de Spa-Francorchamps a lancé un marché public de services ayant pour objet "Services d'entretien des infrastructures du Circuit de Spa-Francorchamps", lequel est régi par le cahier spécial des charges n° 2022-122 [...].

L'objet du marché, qui figure à l'article I.1 "Description du marché" du cahier spécial des charges, est le suivant [...]:

“ Le marché consiste en une prestation de différents services de nettoyage et d'entretien tels que l'entretien de la piste, l'entretien des voiries et paddocks, la gestion des immondices, la location de toilettes mobiles, etc.”

Ce marché est divisé en trois lots :

- lot 1 : “Entretien piste”;
- lot 2 : “Nettoyage des voiries intérieures du Circuit (paddocks, pitlanes, parkings, voiries et stands)”;
- lot 3 : “Ramassage des immondices, traitement des déchets et vidanges de fosses septiques”.

Le marché public a été publié au Bulletin des adjudications le 18 novembre 2022 [...] et au Journal officiel de l'Union européenne le 23 novembre 2022 [...].

2. La partie adverse a passé ce marché selon la procédure ouverte.

3. La date de début d'exécution du marché est prévue pour le 15 février 2023 et la date de fin de l'exécution du marché est prévue pour le 14 février 2024. Le cahier spécial des charges précise que “il y a trois reconductions tacites”[...].

4. Le marché litigieux est un marché public européen. Son montant, tous lots confondus, reconductions comprises, est en effet supérieur au seuil européen fixé pour les marchés publics de services (215.000 euros HTVA).

Le lot 3, à lui seul, est estimé par la partie adverse à 524.010 euros HTVA par an et à 2.096.040 euros HTVA reconductions comprises.

5. Concernant les critères de sélection, le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit au point I.5. “Motif d'exclusion et sélection qualitative” du cahier spécial des charges [...] :

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.

Les critères d'attribution sont, quant à eux, les suivants [...] :

Les critères suivants sont d'application lors de l'attribution du marché :
Ces critères d'attribution valent pour tous les lots :

N°	Description	Pondération
1	Prix	70
	<i>Règle de trois; Score offre = (prix de l'offre la plus basse / prix de l'offre) * pondération du critère prix</i>	
2	Qualité	20
	<i>Méthodologie : Le soumissionnaire remettra une note (environ 1 page A4) visant à indiquer comment l'adjudicataire compte gérer le marché, améliorer les procédures et limiter l'impact sur les activités du Circuit.</i>	
3	Respect de l'environnement	10
	<i>Utilisation des produits, traitement des eaux usées, etc.</i>	
Pondération totale des critères d'attribution :		100

Une certaine valeur a été attribuée à chaque critère. Sur base de l'évaluation de tous ces critères, tenant compte de la valeur attribuée à chacun, le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur.

6. Les offres des soumissionnaires pour les trois lots devaient être remises par voie électronique au plus tard le 20 décembre 2022 à 12 heures.

7. Par deux courriers recommandés portant la date du 30 janvier 2023 mais envoyés le 31 janvier 2023 [...] et par un e-mail envoyé le 31 janvier 2023 [...], la partie adverse a communiqué à la partie requérante ses "Avis de non-attribution" des lots 1 et 2 du marché litigieux. L'e-mail envoyé par la partie adverse le 31 janvier 2023, intitulé "Services d'entretien des infrastructures du Circuit de Spa-Francorchamps – Lot 2 (nettoyage des voiries intérieures du Circuit : paddocks, pitlanes, voiries et stands) – Avis de non-attribution" reprenait les deux décisions de non-sélection de la partie requérantes pour les lots 1 et 2, bien que l'intitulé de l'e-mail ne mentionne que le lot 2.

Il s'agit des actes attaqués.

Les motifs de la non-sélection de la partie requérante pour le lot 1 sont les

- Votre entreprise ne satisfait pas aux exigences techniques minimales : l'engagement du sous-traitant de mettre les moyens à disposition du soumissionnaire n'est pas joint à l'offre.
- Seule une liste de références du sous-traitant THEIS MARCEL SRL est produite. Il s'agit de références de marché brossage et curage pour la SOFICO.
- Ces références ne peuvent pas être prises en considération puisqu'un engagement du sous-traitant de mettre les moyens à disposition du soumissionnaire conformes à l'article 73 de l'Arrêté royal du 18/04/2017 n'est pas produit.
- Le DUME indique d'ailleurs qu'il n'est pas fait référence à la capacité d'un tiers. Le seul fait de remettre un DUME distinct pour THEIS MARCEL ne constitue pas un engagement du tiers.
- Pour le surplus, la location de toilettes mobiles, il est fait état de l'intervention d'un sous-traitant, la société WC SERVICES, qui est une nouvelle société constituée en décembre 2022 ; aucune référence n'est produite.

suivants :

Les motifs de la non-sélection de la partie requérante pour le lot 2 sont les suivants :

- Votre entreprise ne satisfait pas aux exigences techniques minimales : l'engagement du sous-traitant de mettre les moyens à disposition du soumissionnaire n'est pas joint à l'offre.
- Seule une liste de références du sous-traitant THEIS MARCEL SRL est produite. Il s'agit de références de marché brossage et curage pour la SOFICO.
- Ces références ne peuvent pas être prises en considération puisqu'un engagement du sous-traitant de mettre les moyens à disposition du soumissionnaire conformes à l'article 73 de l'Arrêté royal du 18/04/2017 n'est pas produit.
- Le DUME indique d'ailleurs qu'il n'est pas fait référence à la capacité d'un tiers. Le seul fait de remettre un DUME distinct pour THEIS MARCEL ne constitue pas un engagement du tiers.

8. Le lot 3 n'est pas concerné par le présent recours. »

IV. Intervention

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

En tant que bénéficiaire des lots 1 et 2 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. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de « la violation des articles 65 et 68 de l'arrêté royal du 18 [avril] 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques; 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 et 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; de l'article I.5. « Motif d'exclusion et sélection qualitative » du cahier spécial des charges et de l'adage *patere legem quam ipse fecisti*; des principes

généraux de concurrence, de transparence, d'égalité et de non-discrimination; de l'erreur manifeste d'appréciation et du devoir de minutie; de l'erreur ou de l'inexactitude des motifs de droit et de fait ».

Elle reproche à la partie adverse de ne pas l'avoir sélectionnée pour les lots 1 et 2 du marché litigieux et rappelle le contenu des articles 65 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, ainsi que l'obligation pour tout soumissionnaire de produire les documents exigés par le cahier spécial des charges en matière de sélection qualitative et celle qui est imposée au pouvoir adjudicateur de sélectionner les candidats ou les soumissionnaires en vérifiant s'ils répondent aux conditions de sélection préalablement annoncées dans l'avis de marché, de garantir la réalisation d'une vérification effective, impartiale et transparente de ces conditions et de motiver formellement sa décision en la fondant sur des motifs de droit et de fait corrects et pertinents.

Dans une première branche, elle fait grief à la partie adverse de décider qu'elle ne répond pas au critère de sélection n° 1 relatif à la capacité technique et professionnelle sur la seule base des références de la société Theis Marcel qu'elle a transmises dans son offre. Elle fait valoir qu'elle a également joint à son offre d'autres références que la partie adverse devait prendre en compte pour vérifier si elle remplissait ce critère de sélection. Elle ajoute qu'en exigeant que les références produites portent sur des prestations similaires à l'objet de chaque lot du marché, la partie adverse ajoute, au stade de l'analyse des offres, une exigence que le critère de sélection ne prévoit pas.

Elle développe son argumentation comme il suit :

- « [...] Le premier critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle prévu dans le cahier spécial des charges et l'exigence minimale dont il est assorti sont les suivants [...] :
- Critère de sélection : “Une liste des principaux services prestés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé”;
 - Exigence minimale : “Minimum 3 références de 25.000 € chacune, ou 4 références de 18.750 € chacune ”.

Ce critère de sélection et cette exigence minimale sont applicables, sans distinction, aux trois lots du marché litigieux, comme le confirme la phrase sous le tableau du point I.5 du cahier spécial des charges.

[...] Dans son offre, la partie requérante reprend au point 4.2 “Principaux services effectués au cours des trois dernières années”, une liste de 7 références de services qu'elle a elle-même effectués [...].

Conformément au critère de sélection susvisé, elle mentionne, dans son offre (i) le destinataire de ses services; (ii) les années au cours desquelles les services ont été prestés et (iii) le montant des services prestés. Elle renseigne également, à titre d'information dès lors que cela n'était pas exigé dans le cahier spécial des charges, le type d'activité prestée.

Ces 7 références respectent en tout point les exigences fixées par le cahier spécial des charges.

[...] La partie requérante a par ailleurs repris dans son offre une liste de 12 références de la SRL Theis Marcel, actionnaire à 50% de la partie requérante. Cette liste comprend également les informations exigées par la partie adverse, ainsi que le type d'activité prestée [...].

Il est également indiqué dans l'offre de la partie requérante que cette dernière envisage de sous-traiter certaines activités mais confirme qu'elle "est également en mesure de réaliser ces différentes prestations en cas d'insatisfaction de l'un de ces prestataires"[...].

[...] La partie requérante ne mentionne pas, dans son offre, quelle référence est renseignée pour quel lot, dès lors qu'il n'était pas demandé par le cahier spécial des charges de faire une distinction entre les lots.

Le cahier spécial des charges ne précise en effet pas que la liste des services doit avoir trait à des services dont l'objet est similaire à l'objet de chacun des trois lots et, partant, que des références différentes avec des objets distincts doivent être transmises pour chacun des lots.

Il était dès lors parfaitement loisible aux soumissionnaires de produire les mêmes références pour les lots 1 (entretien des pistes), 2 (nettoyage des voiries intérieures du Circuit) et 3 (ramassage des immondices, traitement des déchets et vidanges de fosses septiques).

[...] Compte tenu de ce qui précède, il importe en réalité peu de déterminer si les références de la SRL Theis Marcel pouvaient ou non être prises en compte en l'espèce. En effet, la partie requérante répond au critère de sélection susvisé même sans les références de cette dernière, dès lors que les 7 références renvoyant à des services prestés par cette dernière répondent aux exigences fixées par les documents du marché pour le premier critère relatif à la capacité technique et professionnelle.

Or, il ressort de la décision de non-sélection que la partie adverse a, pour les lots 1 et 2, pris en compte uniquement les références de Theis Marcel :

" Seule une liste de références du sous-traitant THEIS MARCEL SRL est produite. Il s'agit de références de marché broissage et curage pour la SOFICO" [...].

Il ressort par ailleurs également de la décision de non-sélection du lot 1 que la partie adverse a eu égard, pour la location de toilettes mobiles, à "l'intervention d'un sous-traitant, la société WC SERVICES" alors que la location de toilettes mobiles ne fait l'objet d'aucun critère de sélection.

Ce faisant, la partie adverse a ajouté de nouvelles exigences, en estimant que les références devaient porter sur des services similaires à ceux faisant l'objet de chacun des lots (et que la location de toilettes mobiles constituait un critère de sélection pour le lot 1). Le Conseil d'Etat a toutefois déjà jugé qu'un adjudicateur ne peut, en cours de procédure, modifier les exigences et les niveaux requis des références nécessaires au titre de la sélection :

" Les principes d'égalité, de transparence et de concurrence imposent de fixer des critères de sélection qualitative suffisamment précis pour permettre de déterminer, dès la mise en concurrence des opérateurs économiques potentiels, le niveau minimum attendu. C'est en lisant l'avis de marché que les opérateurs économiques se positionnent et décident de déposer une demande de participation, en fonction notamment des exigences de sélection qualitative. L'adjudicateur est tenu de déterminer, dans les documents du marché, les références qu'il entend obtenir ainsi que les niveaux à atteindre par les candidats ou les soumissionnaires pour les sélectionner, sans pouvoir, par après, en cours de procédure, modifier les références et les niveaux requis. En vertu des principes précités, mais aussi du principe *patere legem ipsam fecisti*, l'adjudicateur est tenu par les exigences minimales qu'il a fixées dans les documents du marché"[...].

Conformément aux prescrits de cet arrêt, la partie adverse était tenue de prendre sa décision de sélection pour les trois lots conformément aux exigences fixées au préalable dans ses documents du marché et ne pouvait pas ajouter, lors de l'analyse des offres, une nouvelle exigence, à savoir la similitude des références avec les services de chaque lot. Étant donné qu'elle n'avait pas indiqué dans les documents du marché que les services repris dans les références devaient spécifiquement correspondre aux services visés dans les trois lots du marché, la partie adverse ne pouvait pas *a posteriori* prévoir une telle exigence.

[...] La partie adverse devait donc sélectionner, comme elle l'a fait pour le lot 3, la partie requérante pour les lots 1 et 2 dans la mesure où cette dernière disposait des références demandées par la partie adverse dans son cahier spécial des charges au titre de la sélection qualitative. En ne sélectionnant pas la partie requérante pour les lots 1 et 2, la partie adverse a méconnu les principes et dispositions visés au moyen.

[...] La première branche du premier moyen est sérieuse ».

Dans une deuxième branche, la requérante soutient que les décisions de non-sélection prises à son égard ne motivent pas à suffisance les raisons pour lesquelles (1) la partie adverse a uniquement pris en compte les références de la société Theis Marcel – à l'exclusion de ses propres références – pour vérifier si elle répondait au critère de sélection n° 1 précité et (2) la partie adverse estime qu'elle ne remplit pas ce critère.

Elle développe son argumentation comme il suit :

« [...] Dans le cas d'espèce, il ne ressort nullement des extraits de la décision d'attribution pourquoi la partie adverse a pris uniquement en considération les 12 références de la SRL Theis Marcel afin d'arriver à la conclusion que la partie requérante ne pouvait pas être sélectionnée pour les lots 1 et 2, et n'a pas eu égard aux 7 références de la partie requérante qui répondaient pourtant en tout point aux exigences fixées dans le cahier spécial des charges.

La présentation de l'offre de la partie requérante ne laissait aucunement sous-entendre que des références différentes devaient être prises en compte distinctement pour le lot 1, le lot 2 et le lot 3. Il était en effet clair à la lecture de l'offre que l'ensemble des références étaient renseignées pour les trois lots confondus. Le cahier spécial des charges indiquait du reste clairement, en bas du tableau du point I.5, que les critères de sélection valaient pour tous les lots, sans distinction entre les lots, de sorte que la partie requérante a respecté les exigences fixées dans les documents du marché en matière de références.

[...] Or, les décisions attaquées [...] ne mentionnent pas les raisons pour lesquelles seules les références de la SRL Theis Marcel ont seules été analysées pour les lots 1 et 2, et non les 7 autres références de la partie requérante.

L'absence de motivation à cet égard ne permet donc pas à la partie requérante de comprendre pour quelles raisons la partie adverse n'a pris en considération que les références de la société Theis Marcel et pas les références propres de la partie requérante, ni de s'assurer que la partie adverse a effectivement analysé toutes les références figurant dans l'offre. La motivation ne permet donc pas de comprendre pour quelles raisons la partie adverse a estimé que la partie requérante ne répond pas au premier critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle.

[...] Il en résulte dès lors une violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 ainsi que des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, la motivation apportée par la partie adverse n'étant ni adéquate ni légalement admissible et ne repose pas sur des motifs légalement en droit et en fait.

[...] La seconde branche du premier moyen est sérieuse ».

V.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 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.

Les motifs qui ont justifié la non-sélection de la requérante pour les lots 1 et 2 du marché sont les suivants (cf. courriers de communication envoyés à la requérante) :

➤ pour le lot 1

Nous précisons que votre offre n'a pas été sélectionnée pour les motifs suivants :

- Votre entreprise ne satisfait pas aux exigences techniques minimales : l'engagement du sous-traitant de mettre les moyens à disposition du soumissionnaire n'est pas joint à l'offre.
- Seule une liste de références du sous-traitant THEIS MARCEL SRL est produite. Il s'agit de références de marché brossage et curage pour la SOFICO.
- Ces références ne peuvent pas être prises en considération puisqu'un engagement du sous-traitant de mettre les moyens à disposition du soumissionnaire conformes à l'article 73 de l'Arrêté royal du 18/04/2017 n'est pas produit.
- Le DUME indique d'ailleurs qu'il n'est pas fait référence à la capacité d'un tiers. Le seul fait de remettre un DUME distinct pour THEIS MARCEL ne constitue pas un engagement du tiers.
- Pour le surplus, la location de toilettes mobiles, il est fait état de l'intervention d'un sous-traitant, la société WC SERVICES, qui est une nouvelle société constituée en décembre 2022 ; aucune référence n'est produite.

➤ pour le lot 2

Nous précisons que votre offre n'a pas été sélectionnée pour les motifs suivants :

- Votre entreprise ne satisfait pas aux exigences techniques minimales : l'engagement du sous-traitant de mettre les moyens à disposition du soumissionnaire n'est pas joint à l'offre.
- Seule une liste de références du sous-traitant THEIS MARCEL SRL est produite. Il s'agit de références de marché brossage et curage pour la SOFICO.
- Ces références ne peuvent pas être prises en considération puisqu'un engagement du sous-traitant de mettre les moyens à disposition du soumissionnaire conformes à l'article 73 de l'Arrêté royal du 18/04/2017 n'est pas produit.
- Le DUME indique d'ailleurs qu'il n'est pas fait référence à la capacité d'un tiers. Le seul fait de remettre un DUME distinct pour THEIS MARCEL ne constitue pas un engagement du tiers.

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 les lots 1 et 2 du marché doivent dès lors être pertinentes au regard de l'objet de ces deux lots ou « adéquates » au sens de l'article 68, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité. Contrairement à ce qu'affirme la requérante, une telle exigence ne peut

être qualifiée de condition nouvelle qui n'était pas prévue par les documents du marché. Elle se déduit du principe d'allotissement et des critères de sélection prévus par le cahier spécial des charges. Cette interprétation est, du reste, la seule compatible avec l'objectif de la sélection qualitative et l'obligation de prévoir des critères de sélection qui sont liés et proportionnés à l'objet du marché, de même qu'avec le principe d'égalité qui impose de traiter de la même manière les soumissionnaires qui déposent offre pour un lot (ou une subdivision) d'un marché, nonobstant le fait que certains d'entre eux soumissionnent, par ailleurs, à d'autres lots de ce marché.

Dans la mesure où un examen en extrême urgence permet d'en juger, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en décidant de ne pas prendre en considération les propres références de la requérante qui portent uniquement sur « la collecte de conteneurs et le traitement des déchets » ou « le transport de conteneurs », celles-ci ne présentant *prima facie* aucun lien avec l'objet des lots 1 et 2 du marché qui visent respectivement « l'entretien des pistes » et « le nettoyage des voiries intérieures du circuit (paddoks, pitlanes, parkings, voiries et stands) », mais uniquement avec l'objet du lot 3 du marché intitulé « ramassage des immondices, traitement de déchets et vidanges de fosses septiques ». La requérante ne prétend d'ailleurs pas que ses propres références se rapporteraient à l'objet des lots 1 et 2 du marché litigieux. Dès lors, la partie adverse a *prima facie* valablement pu estimer que les seules références pertinentes produites dans l'offre de la requérante étaient celles qui émanaient de la société Marcel Theis et qui concernent des marchés de « brossage et curage » pour la Sofico. Elle a cependant décidé que ces références ne pouvaient pas être prises en considération car il n'y avait aucun engagement de cette société à mettre ses moyens à disposition de la requérante, ce motif n'étant pas contesté par cette dernière.

Quant à la mention faite, dans la décision de non-sélection de la requérante pour le lot 1 du marché, à un sous-traitant pour la location de toilettes mobiles, elle n'est reprise que pour indiquer que cette donnée n'a pas pu être prise en compte, à défaut pour la requérante de produire la moindre référence à cet égard, ce qui n'est pas non plus contesté par cette dernière.

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

Quant à la deuxième branche

Les décisions de ne pas sélectionner la requérante pour les lots 1 et 2 du marché sont motivées par la circonstance que les seules références pertinentes qui

sont fournies pour ces lots ne peuvent être prises en considération, dès lors qu'elles émanent d'une société tierce pour laquelle aucun engagement de mettre ses moyens à disposition de la requérante n'est produit. Les décisions de non-sélection prennent soin de préciser que ces références portent sur des marchés de « brossage et curage pour la Sofico », lesquelles peuvent raisonnablement être mises en lien avec l'objet des lots 1 et 2 du marché qui visent respectivement « l'entretien des pistes » et « le nettoyage des voiries intérieures du circuit (paddoks, pitlanes, parkings, voiries et stands) ». Il se déduit logiquement de ces motifs que si les références produites par la requérante n'ont pas été retenues, c'est qu'elles n'ont pas été jugées pertinentes pour les deux premiers lots du marché, ce que la requérante a d'ailleurs très bien compris au vu des deux moyens de la requête.

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

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un deuxième moyen de « la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics; des principes de proportionnalité, d'égalité, et de concurrence; de l'erreur manifeste d'appréciation et du devoir de minutie ».

Elle reproche à la partie adverse d'avoir sélectionné la partie intervenante pour les lots 1 et 2 du marché alors que, selon elle, « tout porte à croire » que cette société n'a pas présenté les références de services similaires aux services visés à ces deux lots. Elle soutient que la partie adverse l'a traitée de manière discriminatoire en refusant de la sélectionner, mais en sélectionnant la partie intervenante alors que les deux sociétés se trouvaient dans la même situation.

Après avoir rappelé la portée du principe d'égalité, elle développe son moyen comme il suit :

« [...] La partie adverse a jugé que l'attributaire (et le cas échéant d'autres soumissionnaires) satisfaisait, pour le lot 1 "Entretien piste" et le lot 2 "Nettoyage des voiries intérieures du Circuit", aux exigences en matière de capacité technique et professionnelle et, plus particulièrement qu'il disposait des références exigées dans le cahier spécial des charges.
La partie requérante, à qui la décision d'attribution des lots 1 et 2 n'a pas été transmise, part du postulat que les lots 1 et 2 ont été attribués à la société anonyme Remondis Stavelot (ou une autre société dénommée Remondis).
[...] Tout porte à croire que l'attributaire des lots 1 et 2 ne disposait pas de – ou à tout le moins n'a pas produit dans son offre – trois références de 25.000 euros ou

de quatre références de 18.750 euros à des services prestés au cours des trois dernières années similaires à l'objet des lots 1 et 2.

[...] À suivre le raisonnement adopté par la partie adverse à l'égard de l'attributaire des lots 1 et 2, il semblerait que celle-ci l'ait sélectionné au regard des références produites, peu importe que ces références aient précisément trait à l'objet spécifique de chacun des trois lots.

Concernant toutefois la partie requérante, la partie adverse n'a pas eu égard à l'ensemble des références de cette dernière pour les trois lots confondus, mais seulement aux références relatives à des services similaires à l'objet des lots 1 et 2. La partie adverse a donc traité de manière différente l'attributaire et la partie requérante, alors qu'ils se trouvaient précisément dans la même situation. En procédant de la sorte, la partie adverse a donc méconnu le principe d'égalité développé ci-avant.

38. La partie requérante se réserve le droit de développer davantage ce moyen au vu du dossier administratif, et plus particulièrement de la décision d'attribution relative aux lots 1 et 2 qui doit y figurer et qui doit lui être communiquée.

39. Le second moyen est sérieux. »

À l'audience, la requérante évoque des problèmes avec les références produites par la partie intervenante pour ce qui concerne le respect des montants qui sont exigés ainsi que les destinataires des services fournis par la partie intervenante au motif que toutes les prestations concernent le Circuit de Spa-Francorchamps. Elle dénonce également un vice de motivation formelle dans les rapports d'analyse des offres pour ce qui concerne la sélection de la partie intervenante pour les lots 1 et 2 du marché, ces rapports ne concernant que le DUME que la partie intervenante a déposé.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Dans les limites d'un examen mené en extrême urgence, il n'apparaît pas que la partie adverse aurait, à l'occasion de la vérification de la sélection qualitative, interprété différemment le critère de sélection n° 1 relatif à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires à exécuter les lots 1 et 2 du marché. Contrairement à ce qu'affirme la requérante, la partie intervenante a produit, à l'appui de son offre, trois attestations de bonne exécution qui émanent de trois destinataires différents et qui visent notamment des services de nettoyage de pistes, paddoks et/ou parkings. *Prima facie*, la partie adverse a pu estimer que, contrairement aux références produites par la requérante, les références fournies par la partie intervenante étaient pertinentes au regard de l'objet des lots 1 et 2 du marché qui visent respectivement « l'entretien des pistes » et « le nettoyage des voiries intérieures du circuit (paddoks, pitlanes, parkings, voiries et stands) ».

Quant aux griefs nouveaux invoqués à l'audience et relatifs aux montants des références produites et aux destinataires des services fournis par la partie intervenante, ils ne sont pas formulés de manière claire et il n'est pas possible de discerner avec précision la ou les critiques de légalité qui sont avancées. Le fait

que la requérante n'a pu développer ces griefs qu'après l'introduction de sa requête, en prenant connaissance du contenu de la note d'observations et des pièces du dossier administratif, ne la dispense pas se conformer à l'exigence d'un moyen clair qui est une garantie du respect des droits de la défense. De tels griefs sont irrecevables.

Quant au vice de motivation formelle, invoqué par la requérante après avoir pris connaissance des rapports d'attribution des lots 1 et 2 du marché, il suffit *prima facie* de constater que ces rapports indiquent, à propos de la sélection de la partie intervenante, les mentions « en ordre après vérification du DUME » et que les décisions d'attribution des deux lots précisent que « le soumissionnaire Remondis – WC Déchets 2000 SA [...] répond aux critères de sélection ». La motivation de ces décisions, 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. Les problèmes que la requérante croit pouvoir relever dans les références produites par la partie intervenante ne sont pas vérifiés. Quant aux montants de ces références, ils permettent largement de couvrir les montants de 25.000 euros x 3 exigés pour les trois lots combinés.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VII. Confidentialité

La requérante demande que la « Partie A “Documents administratifs” de l'offre » soit tenue pour confidentielle, dès lors qu'elle contient des éléments relatifs à sa situation juridique, à sa capacité économique et financière et à sa capacité technique et professionnelle, de manière à ne pas nuire au secret d'affaires et à assurer une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit de la pièce 5 annexée à la requête.

La partie adverse formule la même demande pour toutes les offres qui ont été déposées dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux. Ces pièces n'ont toutefois pas été déposées dans la cadre de la présente affaire, mais dans celui de l'affaire apparentée enrôlée sous numéro de rôle A. 238.399/VI-22.514.

La partie intervenante 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.

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

VIII. Indemnité de procédure

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 Remondis Stavelot 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.

La pièce 5 annexée à la requête est, à ce stade de la procédure, tenue pour confidentielle.

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