CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n^o^ 256.147 du 27 mars 2023

A. 238.370/VI-22.511

En cause : **la société anonyme CURITAS**,
ayant élu domicile chez
M^e^ Bert VERHAEGHE, avocat,
pastoriestraat 2
8501 Heule,

contre :

la société intercommunale BEP – Environnement,
ayant élu domicile chez
M^e^ Christophe THIEBAUT, avocat,
avenue des Dessus de Lives 8
5101 Namur.

Requérante en intervention :

L'association sans but lucratif OXFAM SOLIDARITÉ,
ayant élu domicile chez
M^e^ Margaux NOCENT, avocat,
avenue Louise 230/6
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 10 février 2023, la société anonyme Curitas demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du Conseil d'administration du 18 janvier 2023 de ne pas retenir la partie demanderesse pour le marché public de services, notamment la "collecte, tri et recyclages des textiles et cuir dans les recyparcs de BEP -ENVIRONNEMENT" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 13 février 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 27 février 2023.

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

Par une requête introduite le 24 février 2023, l'ASBL Oxfam Solidarité demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Anne Sophie Bouvy, *loco* M^e^ Bert Verhaeghe, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^es^ Christophe Thiebaut et Caroline Marchal, avocats, comparaissant pour la partie adverse et M^e^ Nathan Mouraux, *loco* M^e^ Margaux Nocent, avocat, comparaissant pour la requérante en intervention, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Esther Rombaux, 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. Exposé des faits

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

« 1. En 2022, le BEP ENVIRONNEMENT initie un marché public de services ayant pour objet la "collecte, tri et recyclage des textiles et cuir usagés dans les recyparcs de BEP ENVIRONNEMENT".

Comme cela est précisé dans le cahier spécial des charges, la procédure de passation est la procédure négociée sans publication préalable […].

2. Par une délibération du 19 octobre 2022 […], le Conseil d'administration du BEP ENVIRONNEMENT décide :

- d'approuver les conditions, le montant estimé et la procédure de passation (procédure négociée sans publication préalable) ;
- de consulter les opérateurs économiques suivants :

  • N.V. CURITAS, Sint-Martinusweg, 197 à 1930 Zaventem ;
  • OXFAM SOLIDARITÉ, Rue des 4 vents 60 à 1080 Bruxelles ;
  • TERRE A.S.B.L., Rue de Milmort, 690 à 4040 Herstal ;

- LES PETITS RIENS, Rue de Zuen 69 à 1070 Bruxelles ;
- RECYTEX EUROPE, Rue De La Barrière 40 à 4100 Seraing.

3. Le 20 octobre 2022, le BEP ENVIRONNEMENT adresse les courriers d'invitation à déposer une offre aux cinq opérateurs économiques […].

La date fixée pour le dépôt des offres est le 18 novembre 2022.

4. Le 18 novembre 2022, quatre offres sont déposées, respectivement par :

- N.V. CURITAS […];
- OXFAM SOLIDARITE […];
- TERRE A.S.B.L. […];
- RECYTEX EUROPE […].

5. Par un courrier du 21 décembre 2022, le BEP ENVIRONNEMENT sollicite de la N.V. CURITAS des informations complémentaires quant à son offre […] et l'invite à lui "faire parvenir dans les plus brefs délais et au plus tard dans les 12 jours de calendrier après la date d'envoi de la présente les documents suivants :

- Références documentées sur le nombre de chauffeurs dont vous disposez pour assurer la conduite des camions dont vous faites référence dans votre offre relative à la sélection qualitative ;
- Personnel mis à disposition pour la gestion du marché dont vous faites référence dans votre offre".

Le BEP ENVIRONNEMENT adresse également un courrier à OXFAM SOLIDARITE […].

6. Le 22 décembre 2022, la N.V. CURITAS adresse un mail en réponse au BEP ENVIRONNEMENT en indiquant ce qui suit :

" Pour l'exécution de ce contrat, 2 chauffeurs permanents (Jacques Cartiaux et Jean-François Thorel) et 1 chauffeur de réserve (Pascal Hoyas) seront mis à disposition de manière permanente.

Pour clarifier, les camions MAN sont en commande pour remplacer nos camions Scania.

Dans notre bureau, 2 personnes (Emile Vandenborre et Michiel De Wolf) sont toujours disponibles pour assurer le suivi de ce contrat.

Si vous avez d'autres questions, n'hésitez pas à nous contacter" […].

OXFAM SOLIDARITE adresse sa réponse par un courrier du 27 décembre 2022 […].

7. Le 28 décembre 2022, les offres font l'objet d'un examen […]. Au terme du rapport d'examen des offres, il est conclu à la non-sélection de deux soumissionnaires, dont la N.V. CURITAS pour les motifs suivants :

Nom	Motivation
Curitas NV	Capacités technique et professionnelle : l'offre précise que 2 chauffeurs permanents et un chauffeur de réserve sont mis à disposition pour assurer le marché. Cela ne répond pas aux exigences minimales fixées en termes de capacité technique et professionnelle. Le soumissionnaire ne répondant pas au critère de capacité technique et professionnelle, celui-ci n'est dès lors pas sélectionné.

En conclusion, le rapport d'examen des offres propose d'attribuer le marché public à OXFAM SOLIDARITE.

8. Le 18 janvier 2023, le BEP ENVIRONNEMENT décide notamment d'approuver le rapport d'examen des offres, de ne pas sélectionner la N.V. CURITAS et d'attribuer le marché public à OXFAM SOLIDARITE […].

Il s'agit de l'acte attaqué.

9. Le 26 janvier 2023, le BEP ENVIRONNEMENT communique sa décision aux soumissionnaires […], dont notamment sa décision de non-sélection de la N.V. CURITAS […].

10. Le 31 janvier 2023, la N.V. CURITAS adresse un courrier de réponse au BEP ENVIRONNEMENT indiquant qu'elle souhaite "corriger [sa] réponse [au] courrier du 22 décembre" […].

11. Par un courrier du 2 février 2023, le BEP ENVIRONNEMENT répond à la N.V. CURITAS notamment ce qui suit […]:

A l'analyse de votre offre, nous avons constaté que vous ne mentionniez pas le nombre de chauffeurs dont vous disposiez ni le nombre de personnes d'encadrement pour le marché.

Par courrier du 21 décembre 2022, nous vous avons adressé une demande d'informations complémentaires concernant le nombre de chauffeurs dont vous disposiez ainsi que le personnel d'encadrement, vous donnant ainsi l'opportunité de préciser les informations manquantes dans votre offre.

En effet, ces informations doivent ressortir clairement d'une offre et non implicitement ; le pouvoir adjudicateur ne peut en effet se contenter d'informations qu'il doit deviner, il doit au contraire disposer d'informations claires lui permettant de prendre une décision adéquate.

Dans votre réponse du 22 décembre, vous nous dites mettre à notre disposition « 2 chauffeurs permanents et un chauffeur de réserve » (sans précision sur la notion de chauffeur de réserve par ailleurs).

Au vu des informations que vous nous avez transmises, après demande de compléments d'information qui plus est, il y avait effectivement bien lieu de ne pas vous sélectionner au motif que vous ne répondiez pas au niveau d'exigence en termes de sélection qualitative.

Si les informations précises et exactes nous avaient été transmises à la suite de notre courrier du 21 décembre, et donc avant la décision d'attribution, notre décision aurait alors pu prendre en compte votre sélection.

Nous tenons néanmoins à vous informer que, même si vous aviez été sélectionné pour ce marché, votre offre n'aurait pas été retenue car elle n'était pas l'offre la mieux classée, cette analyse ayant tout de même été réalisée.

12. Le 3 février 2023, le conseil de la N.V. CURITAS adresse un courrier au BEP ENVIRONNEMENT par lequel il soutient que "le critère de sélection sur la base duquel vous avez exclu mon client est inadéquat, non pertinent et/ou disproportionné" et sollicite "la décision d'attribution, ainsi que le rapport d'attribution" […].

13. Le 8 février 2023, le conseil du BEP ENVIRONNEMENT adresse un courrier de réponse au conseil de la N.V. CURITAS exposant les raisons pour lesquelles il est clair que la N.V. CURITAS ne répondait pas au critère de sélection et qu'elle ne pouvait donc pas être sélectionnée […].

Par ce courrier, le conseil du BEP ENVIRONNEMENT précise également les raisons pour lesquelles aucun autre élément ne sera communiqué à la N.V. CURITAS.

14. Le 13 février 2023, le BEP ENVIRONNEMENT est informé par le greffe de Votre Conseil de l'introduction d'une requête en suspension d'extrême urgence à l'encontre de la décision de (non-)sélection par la N.V. CURITAS ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 24 février 2023, l'ASBL Oxfam Solidarité demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire de la décision d'attribution du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V.1. Thèse des parties adverse et intervenante

A. Note d'observations

La partie adverse conteste la recevabilité de la demande, au regard de la condition d'intérêt. Elle fait valoir ce qui suit :

« 15. En vertu de l'article 16, § 1er, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, "la demande de suspension [d'extrême urgence] est datée et signée par la partie ou par un avocat satisfaisant aux conditions de l'article 19, alinéa 4, des lois coordonnées, et elle contient : […]

4° la mention de l'acte ou du règlement qui fait l'objet de la demande ;".

16. En ce qui concerne la "mention de l'acte […] qui fait l'objet de la demande", la N.V. CURITAS vise uniquement, que ce soit dans le préambule de sa demande de suspension d'extrême urgence ou dans son dispositif, "la décision du Conseil d'administration du 18 janvier 2023 de ne pas retenir la partie demanderesse pour le marché public de services, notamment la 'collecte, tri et recyclages des textiles et cuir dans les recyparcs de BEP ENVIRONNEMENT' ".

Ce faisant, elle ne vise que la décision par laquelle le BEP ENVIRONNEMENT rejette son offre en raison du non-respect des critères de sélection.

La N.V. CURITAS n'a donc pas sollicité la suspension de la décision du BEP ENVIRONNEMENT en ce qu'elle attribue le marché à un autre opérateur économique.

En conséquence, la N.V. CURITAS ne dispose pas d'un intérêt suffisant – requis par l'article 19, alinéa 1er, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 – à sa demande.

Dans pareille hypothèse, Votre Conseil considère, en effet, que "l'intérêt à attaquer une décision de non sélection de sa candidature disparaît si le candidat non retenu s'abstient de contester la décision qui attribue le marché à un concurrent" ».

B. Requête en intervention

L'exception d'irrecevabilité est, par ailleurs, soulevée par l'intervenante qui déclarer se rallier à la position de la partie adverse, à ce sujet.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'exception d'irrecevabilité de la demande, prise du défaut d'intérêt, procède de l'argument de la partie adverse selon lequel la requérante ne dirigerait sa demande que contre la décision qui « rejette son offre en raison du non-respect des critères de sélection », sans solliciter la suspension de l'exécution de la décision de la partie adverse qui « attribue le marché à un autre opérateur économique ».

Ce postulat appelle les deux observations suivantes : d'une part, il ne peut être déduit du libellé de la requête, qui vise « la décision du Conseil d'administration du 18 janvier 2023 de ne pas retenir la partie demanderesse pour le marché public de services […] » litigieux, que cet objet ainsi identifié s'identifierait exclusivement à la décision de ne pas sélectionner la requérante. D'autre part, il ressort tant de la note d'observations que des pièces du dossier administratif que le refus de sélectionner la requérante est l'un des chefs de décision d'une délibération qui a, par ailleurs, pour objet d'approuver le rapport d'examen des offres et d'attribuer le marché litigieux à un autre opérateur. C'est donc bien cette délibération du 18 janvier 2023, considérée globalement, qui constitue l'acte attaqué par le présent recours, ce que – ainsi qu'il ressort du point 8 de l'exposé des faits présenté dans la note d'observations – la partie adverse a parfaitement compris. Celle-ci est, du reste, malvenue à reprocher à la requérante de ne pas diriger son recours contre une délibération qui, en tant que telle, ne lui a pas été communiquée et dont la partie adverse sollicite le maintien de la confidentialité.

L'exception d'irrecevabilité doit être rejetée.

VI. Moyen unique

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, qui se présente comme suit :

« Seul moyen : Violation de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 68 §§1-4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif aux marchés publics dans les secteurs classiques, lus ensemble avec les principes

de bonne administration et notamment les principes de proportionnalité, de diligence et du raisonnable.

1. Premier élément du recours

Les critères de sélection d'un pouvoir adjudicateur ont généralement pour objectif d'éviter d'attribuer un marché public à un entrepreneur peu fiable ou incompétent. L'autorité doit toujours rechercher l'intérêt public, y compris dans sa coopération avec des parties externes.

Un marché public implique donc la recherche d'un partenaire fiable et approprié (sélection), qui propose l'offre la plus favorable à l'autorité adjudicatrice pour l'exécution du contrat (attribution).

Il convient donc de distinguer clairement les critères de sélection et les critères d'attribution. Les critères de sélection portent, et doivent porter, sur la personne même du soumissionnaire. Les critères d'attribution concernent l'offre et donc la valeur intrinsèque de l'offre (la manière dont le contrat est rempli).

Il ne peut y avoir aucun doute sur l'aptitude/la capacité de la partie requérante à exécuter le contrat. La partie requérante effectue cette mission pour la partie défenderesse depuis 10 à 15 ans.

Ici, le critère de sélection pour le nouveau marché public est formulé comme suit :

" Critère de sélection : Les effectifs en personnel qui seront affectés aux opérations de collecte, tri, recyclage et encadrement du marché.

Exigences minimales : Le soumissionnaire dispose d'un minimum de 4 chauffeurs et 2 personnes d'encadrement pour la gestion du marché".

Cela concerne directement l'exécution du contrat et non l'aptitude du soumissionnaire. Il s'agit donc d'un critère d'attribution et non d'un critère de sélection.

Le critère de sélection est donc ici manifestement illégal.

Un critère de sélection pourrait porter sur la capacité générale du soumissionnaire en matière de ressources humaines, mais pas sur le déploiement spécifique de ressources du soumissionnaire pour un contrat de services particulier.

Ceci est contraire à la loi.

L'article 68 §1(2) AR Passation de marché stipule :

" 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".

Le critère de sélection ciblé/contesté n'a rien à voir là-dedans.

L'article 68 §2-§4 de l'AR Passation de marché précise ce point, en indiquant spécifiquement les informations, références et/ou moyens de preuve que l'autorité adjudicatrice peut demander pour démontrer la compétence technique et/ou l'aptitude professionnelle du soumissionnaire.

L'article 68 §4, 2° de l'Arrêté royal relatif à la passation des marchés publics stipule très précisément :

“ l’indication des techniciens ou des organismes techniques, qu’ils soient ou non intégrés à l’entreprise de l’opérateur économique, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu’il s’agit de marchés publics de travaux, auxquels l’entrepreneur pourra faire appel pour l’exécution des travaux ;”

La liste des critères de sélection telle qu’énoncée aux articles 68 à 72 de l’AR Passation de marchés doit être considérée comme une liste exhaustive : le pouvoir adjudicateur ne peut retenir aucun autre élément comme critère de sélection. (T. MORTIER, Droit des marchés publics - Anno 2021, Van aanbesteding over mededingingsprocedures tot nieuwe toepassingen, Intersentia, Anvers, 2021, p. 340, n° 296)

Cette liste exhaustive ne comprend pas la possibilité d’indiquer le nombre d’employés qui seront disponibles pour l’exécution d’une mission de services.

Ce critère de sélection est illégal.

Le fait de ne pas sélectionner un soumissionnaire – en l’occurrence, la partie requérante – sur la base d’un tel critère de sélection illégal rend donc cette décision manifestement illégale et entraîne la suspension et l’annulation de cette décision.

Le premier (élément du) moyen est bien fondé.

2. Deuxième élément du moyen

Cf. article 71 de la Loi sur les marchés publics, les critères de sélection doivent également être choisis en fonction du contrat en question.

Ce n’est pas du tout le cas ici non plus.
La partie défenderesse demande tout à coup 4 chauffeurs et 2 personnes d’encadrement pour l’exécution de la mission.

C’est déraisonnable et disproportionné.

La partie requérante exécute cette mission (c’est-à-dire également pour l’année de référence 2021) avec un, ou au maximum deux conducteurs. C’est plus que suffisant.

Les quantités établies (500 tonnes par an) peuvent être parfaitement traitées (continuer d’être traitées) avec un, voire deux conducteurs. Sachant qu’un chauffeur peut transporter 10 à 15 tonnes de textiles par semaine, 52 semaines par an.

Exiger alors – sans la moindre justification – que cela soit dorénavant effectué par pas moins de quatre chauffeurs et deux personnes d’encadrement (en en faisant un critère de sélection) est manifestement exagéré et ce n’est pas adapté à la mission à effectuer.

Un tel critère de sélection est contraire au principe de proportionnalité, au principe du raisonnable, et au principe de diligence ainsi qu’à l’article 71 de la loi sur les marchés publics.

Les critères relatifs à la capacité technique doivent être choisis en fonction du marché en question (voir D. D’HOOGHE, De gunning van overheidsopdrachten, die keure, Bruges, 2009, p. 365)

En ce qui concerne les critères de sélection, il convient de noter que, plus encore que les critères d’attribution, ils peuvent restreindre, voire exclure, la

concurrence. Il convient ici de faire preuve d'une extrême prudence, précaution et retenue.

On ne peut imposer des exigences disproportionnées par rapport à l'objet et à la difficulté de la mission. Exiger quatre chauffeurs + 2 personnes d'encadrement pour un travail qui peut être fait par un seul chauffeur est hors de toute proportion raisonnable.

Le minimum exigé doit être lié et proportionné à l'objet du contrat.

Ce n'est clairement/manifestement pas le cas ici.

Le deuxième (élément du) moyen est bien fondé.

La décision attaquée doit être suspendue d'extrême urgence ».

B. Note d'observations

En réponse au moyen, la partie adverse formule les observations suivantes :

« SUR LA PREMIÈRE BRANCHE

20. Dans le cadre de la sélection qualitative, l'adjudicateur peut imposer des critères relatifs à la capacité technique et professionnelle garantissant que les soumissionnaires possèdent notamment les ressources humaines pour exécuter le marché.

A propos des critères de sélection, l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit ce qui suit :

" Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait :
1° à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ; et/ou
2° à la capacité économique et financière ; et/ou
3° aux capacités techniques et professionnelles.
Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché.
Le Roi précise les modalités relatives à la fixation de ces conditions".

L'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques indique :

- en son § 1er, alinéa 1er, qu'"en ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié" […] ;

- en son § 1er, alinéa 2, que "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" […] ;

- en son § 2, que “Dans le cas d'un marché de travaux, d'un marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou d'un marché de services, le pouvoir adjudicateur peut :
  1° évaluer la capacité technique ou professionnelle des candidats ou des soumissionnaires d'exécuter les travaux, de réaliser l'installation ou de prester les services en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité ;
  2° imposer aux personnes morales d'indiquer dans leur demande de participation ou dans leur offre les noms et les qualifications professionnelles appropriées des personnes chargées de l'exécution du marché” […] ;

- en son § 3, la liste des moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques, dont notamment “2° l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise de l'opérateur économique, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel l'entrepreneur pourra faire appel pour l'exécution des travaux” […].

Il est de jurisprudence constante que l’adjudicateur “dispose d’une grande marge d’appréciation pour fixer les critères de sélection et les seuils à atteindre”, moyennant le “respect de certaines conditions”.

21. L’article 42, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics précise que :

“ Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ne sont pas applicables à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne :
  […]
  2° l'article 71 concernant les critères de sélection” […].

22. Le cahier spécial des charges du marché prévoit, en son point “I.5 Motifs d’exclusion et sélection qualitative” (pièce n° 1), plusieurs critères de sélection, dont celui qui exige, au titre de la capacité technique et professionnelle, ce qui suit :

2	Les effectifs en personnel qui seront affectés aux opérations de collecte, tri, recyclage et encadrement du marché.	Le soumissionnaire dispose d'un minimum de 4 chauffeurs et 2 personnes d'encadrement pour la gestion du marché

23. Dans le cadre de l’examen de la sélection qualitative, le BEP ENVIRONNEMENT n’a pas sélectionné la N.V. CURITAS dans la mesure où celle-ci ne remplissait pas le deuxième critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle.

Après avoir constaté que son offre ne comportait pas de renseignements relatifs aux effectifs en personnel affecté à la gestion du marché, le BEP ENVIRONNEMENT a interrogé la N.V. CURITAS notamment quant au nombre de chauffeurs dont elle dispose pour assurer la conduite des camions (pièce n° 8).

Par un mail du 22 décembre 2022, la N.V. CURITAS indiquait au BEP ENVIRONNEMENT que “Pour l'exécution de ce contrat, 2 chauffeurs permanents (Jacques Cartiaux et Jean-François Thorel) et 1 chauffeur de réserve (Pascal Hoyas) seront mis à disposition de manière permanente” (pièce n° 10).

Dans la mesure où la N.V. CURITAS reconnaissait expressément qu’elle ne dispose pas d’un minimum de 4 chauffeurs, et ne répondait donc pas au critère de

sélection, le BEP ENVIRONNEMENT n'avait pas d'autre choix que d'écarter son offre.

24. Dans sa demande de suspension d'extrême urgence, la N.V. CURITAS conteste que ce critère soit un critère de sélection et l'assimile à un critère d'attribution en ce qu'il concernerait directement l'exécution du contrat et non l'aptitude du soumissionnaire.

Contrairement à ce que soutient la N.V. CURITAS, ce critère vise précisément à garantir que le soumissionnaire dispose des qualités requises en termes de ressources humaines pour exécuter le marché.

Il s'agit donc, de manière évidente, d'un critère de sélection.

En tout état de cause, ce critère ne peut pas correspondre à un critère d'attribution puisqu'il contient une exigence liée à l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le marché et ne vise pas à examiner la qualité de son offre.

Votre Conseil a d'ailleurs déjà pu considérer à ce propos que "sont exclus au titre de 'critères d'attribution' des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question. En particulier, le pouvoir adjudicateur ne peut-il retenir au titre de 'critères d'attribution', des critères qui portent principalement sur l'expérience des soumissionnaires, sur les qualifications et l'équipement de leur personnel ainsi que sur les moyens de nature à garantir une bonne exécution du marché en question" […].

25. La N.V. CURITAS considère par ailleurs que le critère serait illégal car il n'aurait "rien à voir" avec l'article 68, § 1er, 2°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 et qu'il ne rentrerait pas dans la "liste des critères de sélection telle qu'énoncée aux articles 68 à 72 de l'AR Passation", qu'elle considère comme une "liste exhaustive".

Cette position ne peut pas être suivie pour trois raisons au moins.

26. Premièrement, conformément à l'article 42, § 3, alinéa 1er, 2°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, l'article 71 – qui concerne les critères de sélection – n'est pas applicable à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils de publicité européenne, sauf disposition contraire dans les documents du marché.

Dans la mesure où le présent marché est passé par procédure négociée sans publication préalable et que le montant estimé est inférieur aux seuils européens, la violation des dispositions relatives aux critères de sélection, en ce compris celles de l'arrêté royal du 18 avril 2017 qui découlent de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016, ne peut donc être invoquée par la N.V. CURITAS.

Si le BEP ENVIRONNEMENT a prévu des critères de sélection conformes à ce qui est prévu dans la réglementation – ce qu'il était libre de faire –, il n'a cependant pas prévu, dans les documents de marché, l'application des articles 65 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Par conséquent, aucune violation de ces articles – à supposer qu'une telle violation existe, *quod non* – ne peut être invoquée.

27. Deuxièmement, à supposer que les dispositions relatives à la sélection qualitative s'appliquent, *quod non*, le critère de sélection respecte entièrement l'article 68, § 1er, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 en ce qu'il impose

une condition garantissant que les soumissionnaires disposent des “ressources humaines” nécessaires pour exécuter le marché.

L’alinéa 2 de cette disposition, dont fait grand cas la N.V. CURITAS, ne fait que préciser que “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” […].

Autrement dit, la réglementation n’impose pas que les critères de sélection visent uniquement l’expérience antérieure du soumissionnaire.

Le critère de sélection est donc parfaitement admissible.

28. Troisièmement, toujours à supposer que les dispositions relatives à la sélection qualitative s’appliquent, *quod non*, contrairement à ce que soutient la N.V. CURITAS, la liste visée à l’article 68, § 4, de l’arrêté royal du 18 avril 2017 concerne les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques, et non les critères de sélection eux-mêmes.

De toute façon, l’article 68, § 4, 2°, de l’arrêté royal du 18 avril 2017 identifie comme moyen de preuve “l’indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise de l'opérateur économique”, ce qui permet, pour les soumissionnaires, de démontrer la rencontre du critère de sélection relatif au nombre d’effectifs attendu pour la gestion du marché.

Si, comme le relève la N.V. CURITAS, cette disposition précise ensuite “en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel l'entrepreneur pourra faire appel pour l'exécution des travaux” […], cela ne signifie pas que seule l’indication des responsables du contrôle de la qualité est admise comme moyen de preuve pour les marchés de services.

Le terme “en particulier” permet d’identifier des techniciens dont l’indication pourrait être sollicitée sans pour autant limiter le moyen de preuve à ceux-ci.

Pour le dire autrement, considérer que seules les hypothèses visées après le terme « en particulier » pourraient être visées par les critères de sélection reviendrait à limiter la portée de cette disposition. Si tel était le cas, la disposition ne viserait alors que ces hypothèses, et ne viserait pas principalement “l’indication des techniciens ou des organismes techniques”.

Par conséquent, le BEP ENVIRONNEMENT était en droit de solliciter que les soumissionnaires indiquent dans leur offre les techniciens, en l’occurrence chauffeurs et personnel d’encadrement, dédiés à la gestion du marché.

29. Rien n’empêchait donc le BEP ENVIRONNEMENT de fixer le critère de sélection critiqué par la NV CURITAS.

La première branche doit donc être déclarée non sérieuse.

SUR LA DEUXIÈME BRANCHE

30. En ce qui concerne la recevabilité de la branche, il est évident que la N.V. CURITAS n’a pas d’intérêt à contester le critère de sélection en le considérant comme disproportionné dès lors :

- qu’elle n’a jamais contesté le critère de sélection que ce soit avant ou lors du dépôt de son offre, ni même dans son courriel du 22 décembre 2022 (pièce n° 10) ;

- qu’elle a reconnu, dans un courrier du 31 janvier 2023 (pièce n° 16), que “nous souhaitons corriger notre réponse à votre courrier du 22 décembre”, qu’“en raison d’un malentendu, des détails erronés ont été transmis”, que “nous avons en effet 6 chauffeurs et 2 employés au bureau mis à disposition pour le gestion du marché” et que “nous espérons que vous acceptez cette correction” ; par ce courrier, la N.V. CURITAS reconnaissait que le problème venait de son offre et des précisions qu’elle y avait apportées et, surtout, elle ne remettait absolument pas en cause le critère de sélection, de sorte qu’elle est particulièrement malvenue de le faire à présent ;

- que, dans son courriel du 22 décembre 2022 (pièce n° 10), elle affirme vouloir affecter “2 chauffeurs permanent (Jacques Cartiaux et Jean-François Thorel) et 1 chauffeur de réserve (Pascal Hoyas)“ et que, dans son courrier du 31 janvier 2023 (pièce n° 16), elle fait référence à “6 chauffeurs et 2 employés au bureau mis à disposition pour le gestion du marché” ; il en résulte que la N.V. CURITAS ne peut pas raisonnablement soutenir à présent, en contradiction avec ses propres écrits antérieurs, que le marché pourrait s’exécuter avec “un” seul chauffeur…

Au vu de ces éléments, il est clair que la deuxième branche n’est pas recevable.

31. En ce qui concerne le sérieux de la branche, les considérations avancées par la N.V. CURITAS ne permettent de toute façon pas de remettre en cause le critère de sélection.

La N.V. CURITAS considère que le critère de sélection serait disproportionné par rapport à la mission à effectuer dans le cadre de ce marché. Elle ne démontre toutefois pas concrètement en quoi le critère de sélection serait disproportionné et elle se contente de considérer qu’elle a auparavant exécuté la mission, objet du présent marché, avec “un ou au maximum deux chauffeurs” et que cela serait “suffisant”.

Outre que la N.V. CURITAS n’étaye aucunement ses propos par des éléments probants, rien ne permet de considérer que le critère de sélection imposant quatre chauffeurs serait disproportionné.

C’est eu égard à son expérience et afin de s’assurer de la bonne exécution du marché, que le BEP ENVIRONNEMENT a fixé des critères de sélection. Pour ce faire, il a tenu compte du nombre de recyparcs à couvrir (33), du nombre d’usagers de ceux-ci (environ 500.000), de la quantité estimée de textiles (500 tonnes par an) – laquelle peut encore évoluer dans le cadre du marché – et d’autres éléments, tels le roulement des chauffeurs (périodes de congés, congés de maladie dans un métier assez lourd), les périodes de plus grande affluence des recyparcs et les éventuelles indisponibilités de camions .

Au regard de l’objet du marché, il n’est manifestement pas déraisonnable d’établir les exigences qui ont été fixées, notamment au niveau du nombre de chauffeurs requis.

32. Le BEP ENVIRONNEMENT n’a donc commis aucune erreur manifeste d’appréciation dans la fixation des critères de sélection et n’a violé aucune disposition réglementaire applicable, la N.V. CURITAS n’étant pas en mesure de démontrer le contraire.

La deuxième branche doit donc être déclarée non sérieuse.

33. Le moyen unique est non sérieux ».

C. Requête en intervention

Dans sa requête, l'intervenante déclare se rallier également à la position de la partie adverse à propos du moyen unique.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Sous le titre « 1. Premier élément du recours » (qui, comme la partie adverse l'a d'ailleurs considéré, doit se comprendre comme première branche), le moyen unique critique le deuxième critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle, qui se présente comme suit :

« Les effectifs en personnel qui seront affectés aux opérations de collecte, tri, recyclage et encadrement du marché ».

Les exigences minimales relatives à ce critère sont fixées comme suit :

« Le soumissionnaire dispose d'un minimum de 4 chauffeurs et 2 personnes d'encadrement pour la gestion du marché ».

La requérante dénonce en substance l'illégalité de ce critère, en tant que celui-ci procéderait d'une confusion entre les critères de sélection et d'attribution, lesquels – en vertu de la législation applicable – ne peuvent avoir les mêmes objets et portées. Elle reproche également à la partie adverse d'avoir imposé, au titre de ce critère de sélection, une exigence contraire à l'article 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et plus particulièrement à la liste des moyens de preuve établie par cette disposition, laquelle « ne comprend pas la possibilité d'indiquer le nombre d'employés qui seront disponibles pour l'exécution d'une mission de services ».

L'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

« Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait :
1° à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle; et/ou
2° à la capacité économique et financière; et/ou
3° aux capacités techniques et professionnelles.
Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché.
Le Roi précise les modalités relatives à la fixation de ces conditions ».

L'article 42, § 3, alinéa 1er, 2°, de la même loi est libellé comme suit :

« § 3. Sauf disposition contraire dans les documents du marché, ne sont pas applicables à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne :
[…];
2° l'article 71 concernant les critères de sélection ».

L'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

« § 1er. En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié.
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.
§ 2. Dans le cas d'un marché de travaux, d'un marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou d'un marché de services, le pouvoir adjudicateur peut :
1° évaluer la capacité technique ou professionnelle des candidats ou des soumissionnaires d'exécuter les travaux, de réaliser l'installation ou de prester les services en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité;
2° imposer aux personnes morales d'indiquer dans leur demande de participation ou dans leur offre les noms et les qualifications professionnelles appropriées des personnes chargées de l'exécution du marché.
§ 3. La preuve des capacités techniques et professionnelles des opérateurs économiques peut être fournie par un ou plusieurs des moyens énumérés au paragraphe 4 selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services.
§ 4. Les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques sont :
1° les listes suivantes :
a) une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années au maximum, assortie de certificats de bonne exécution et de résultats pour les travaux les plus importants; le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte;
b) une liste des principales fournitures effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des fournitures effectuées ou des services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte;
2° l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise de l'opérateur économique, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel l'entrepreneur pourra faire appel pour l'exécution des travaux;
3° la description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise;
4° l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que l'opérateur économique pourra mettre en oeuvre lors de l'exécution du marché;
5° lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par le

pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour garantir la qualité;

6° l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise, à condition qu'ils ne soient pas évalués comme critère d'attribution;

7° l'indication des mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de l'exécution du marché;

8° une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années;

9° une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché;

10° l'indication de la part du marché que l'opérateur économique a éventuellement l'intention de sous-traiter;

11° en ce qui concerne les produits à fournir :

a) des échantillons, descriptions ou photographies dont l'authenticité doit être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur;

b) des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiés par des références à des spécifications ou normes techniques ».

Si, en vertu de l'article 42, § 3, alinéa 1er, 2°, de la loi du 17 juin 2016, l'article 71 de celle-ci n'est pas applicable à la procédure négociée sans publication préalable pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant pour la publicité européenne, ce n'est toutefois que pour autant que cet article 71 ne soit pas rendu applicable par l'effet d'une disposition dérogatoire des documents du marché.

En adoptant la prescription critiquée des documents du marché, la partie adverse a bien rendu applicable l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 et ainsi défini un critère de sélection qualitative ayant trait à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires. Il doit donc être considéré que l'exigence litigieuse trouve son fondement dans une « disposition des documents du marché », au sens de l'article 42, § 3, alinéa 1er, 2°, précité, par laquelle la partie adverse a entendu déroger à cette disposition de la loi. Elle ne peut donc être suivie lorsqu'elle fait valoir que ne seraient applicables en l'espèce ni l'article 71 de la loi, ni – partant – les dispositions de l'arrêté royal du 18 avril 2017 prises en exécution de cet article, et plus particulièrement l'article 68 de cet arrêté royal.

Par ailleurs, le pouvoir d'appréciation qu'il appartient à l'autorité d'exercer dans la définition des critères de sélection relatifs aux capacités techniques et professionnelles et la fixation des seuils au regard desquels ces critères sont considérés comme rencontrés doit s'exercer dans le respect des dispositions contenues aux articles 71 de la loi du 17 juin 2016 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril

2017. Ceci implique notamment que la démonstration, par un soumissionnaire, qu'il est satisfait au critère de sélection retenu par le pouvoir adjudicateur doive être faite par l'un des moyens de preuve énumérés à l'article 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

En l'espèce, l'exigence imposée par la partie adverse d'établir que le soumissionnaire dispose d'effectifs en personnel affecté aux opérations du marché litigieux, à savoir au minimum « quatre chauffeurs et deux personnes d'encadrement pour la gestion du marché » ne peut – quoi que soutienne la partie adverse à ce propos – être considérée comme relevant de l'hypothèse visée à l'article 68, § 4, 2°, dès lors, d'une part, que les chauffeurs ou personnes d'encadrement ne paraissent, *prima facie*, pas être des « techniciens » au sens de cette disposition et, d'autre part, que celle-ci ne vise, en toute hypothèse, pas expressément des techniciens spécifiquement affectés à l'exécution d'un marché déterminé.

L'exigence critiquée par le moyen n'apparaît d'ailleurs pas davantage en conformité avec l'un des autres moyens de preuve énumérés par l'article 68, § 4, en particulier avec celui qui est identifié au 8°, à savoir « une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années ». Cette disposition laisse, en effet, entendre que, si un critère de sélection peut porter sur les ressources humaines de l'opérateur et la capacité à exécuter le marché *in abstracto*, ce critère ne peut porter sur les ressources humaines spécifiquement affectées à l'exécution du marché pour la passation duquel il a été choisi par le pouvoir adjudicateur.

Il s'ensuit que le critère de sélection litigieux n'a, *prima facie*, pas été défini dans le respect des dispositions précitées. Le moyen, qui – en sa première branche – dénonce cette illégalité, doit donc être déclaré sérieux.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse n'identifie pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporterait sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

VIII.1. Thèses des parties

Dans sa note d'observations, la partie adverse demande que soit maintenue la confidentialité des pièces 4, 5, 6, 7, 9, 11, 12, 13, 14 et 20 du dossier administratif. Par un courriel du 20 février 2023, la partie adverse estime que, en raison de l'introduction probable d'une requête en intervention par l'attributaire du marché, il y a lieu d'élargir sa demande de confidentialité aux pièces n° 8, 10, 15, 16, 17, 18 et 19 du dossier administratif.

Interrogée, dans le cadre de l'instruction de l'affaire, par l'auditeur-adjoint, sur le maintien de cette confidentialité en tant que la demande porte sur le rapport d'examen des offres (pièce n° 12) et sur la décision d'attribution (pièce n° 13), la partie adverse a – en substance – fait valoir que, conformément à la loi du 17 juin 2013, l'adjudicateur n'est tenu de transmettre à tout soumissionnaire non sélectionné, que les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée, ce qu'elle a fait par un courrier du 26 janvier 2023. Elle considère que, compte tenu du fait que la demande de suspension ne vise que la décision de non-sélection, il n'apparait pas que les pièces n^{os} 12 et 13 soient utiles à la solution du litige, le courrier informant la requérante de la non-sélection de son offre (pièce n° 15) qui contient explicitement la justification de cette non-sélection lui ayant été communiquée. Elle en conclut que ces pièces peuvent être soustraites à la consultation des parties, sans que ne soient affectées la régularité de la procédure ou les exigences du procès équitable, et sans préjudice de leur caractère confidentiel ou non.

Elle ajoute, par ailleurs, que ces pièces n^{os} 12 et 13 font apparaître les prix proposés par les autres soumissionnaires, et ce par rapport à un marché donné, et qu'il s'agit là d'un des composants du secret des affaires. Elle fait valoir que le prix est, en effet, l'aboutissement d'un processus qui met en œuvre des données confidentielles, justifiant qu'il ne soit pas divulgué. Enfin, spécialement interrogée à l'audience à propos des données qui, si sa demande n'était pas accueillie, devraient néanmoins être maintenues occultées en raison de ce qu'elles relèveraient du secret des affaires, la partie adverse n'a pas identifié ces données.

La requérante conteste la demande de la partie adverse en tant qu'elle porte sur ces pièces n^{os} 12 et 13. Elle fait valoir que les règles de la contradictoire – et de la déontologie – imposent à la requérante de pouvoir prendre connaissance de la décision d'attribution. Elle explique qu'elle n'a pas connaissance de la décision d'attribution de sorte qu'elle se trouve dans l'impossibilité de la contester et qu'en tout cas, en ce qui concerne cette décision d'attribution, aucun délai de recours ne court.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'Etat

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 est libellé comme suit :

> « L'instance de recours doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable ».

Le droit d’accès des parties au dossier de l’autorité adjudicatrice, que celle-ci est tenue de déposer, relève des exigences d’un recours juridictionnel effectif. L’exercice de ce droit peut toutefois être limité par l’instance de recours dans les conditions que fixe l’article 26 précité. En effet, cette instance peut, en vertu de cette disposition, être amenée à décider que ce droit d’accès doit être mis en balance avec le respect dû à la confidentialité et au secret d’informations contenues dans ce dossier – ainsi, du reste, que dans les dossiers des autres parties –, en manière telle que cet accès à certaines informations doive être totalement ou partiellement refusé ou, à tout le moins, organisé selon des modalités qu’elle précise.

Une limitation du droit d’accès susceptible d’être décidée en vertu de la disposition précitée suppose, avant tout, que soit en jeu un secret d’affaires précisément identifié par la partie qui s’en prévaut et reconnu comme tel – parce que constaté, non contesté ou tenu pour suffisamment vraisemblable au moment où elle statue – par l’instance de recours sur la base des éléments dont celle-ci dispose.

Lorsqu’elle constate qu’est en jeu un tel secret d’affaires, l’instance de recours est tenue de procéder à la mise en balance des exigences d’une protection juridique effective avec celles déduites du droit au respect des secrets, laquelle mise en balance repose sur son appréciation *in concreto* des données de l’espèce, telles les prétentions des parties, la configuration procédurale du recours dont l’instance est saisie ou toute circonstance propre à la cause. Au contraire, à défaut de pouvoir constater qu’un secret d’affaires est en jeu, la pondération imposée par l’article 26 de la loi du 17 juin 2013 précitée est sans objet et il ne peut, en conséquence, être fait obstacle à la divulgation des pièces déposées par les parties, en particulier de celles qui constituent le dossier de l’autorité adjudicatrice.

En l'espèce, la partie adverse fait valoir à titre principal qu'elle n'était pas tenue de communiquer à la requérante, qui n'a pas été sélectionnée, la décision d'attribution du marché litigieux, mais uniquement les motifs de sa non-sélection, ce qu'elle a fait. Cet argument procède d'une confusion entre les obligations d'information et communication imposées à la partie adverse par la loi du 17 juin 2013 précitée et celles qui lui incombent en matière de dépôt du dossier administratif dans le cadre de la procédure devant l'instance de recours. Il ne dispense pas la partie adverse d'identifier le secret d'affaires qui serait en jeu, au point de justifier que les données qui en relèvent devraient être maintenues confidentielles.

Ensuite, elle soutient accessoirement que le prix d'une offre est le résultat d'un processus qui met en œuvre des données confidentielles, mais s'abstient – alors qu'elle y est invitée – d'identifier précisément les informations contenues dans les pièces n^{os} 12 et 13 qui devraient, à son estime, être considérées à ce titre comme étant des « données confidentielles ».

En persistant, dans les circonstances ainsi rappelées, à ne pas exposer en quoi la décision d'attribution du marché litigieux (acte attaqué – pièce n°13) et le rapport d'examen des offres (pièce n°12) devraient être intégralement couverts par la confidentialité et à ne pas même identifier, à tout le moins, les éléments de ces pièces qui relèveraient d'un tel secret et devraient donc bénéficier de cette confidentialité, la partie adverse a adopté une attitude qui dément l'existence d'un secret d'affaires justifiant qu'il soit fait obstacle à la divulgation des pièces du dossier administratif dont elle demande le maintien de la confidentialité.

Il s'ensuit que la demande de maintien de confidentialité des pièces n^{os} 12 et 13 du dossier administratif soumise au Conseil d'État par la partie adverse doit être rejetée.

IX. Demande d'« astreinte »

IX.1. Requête

Sous le titre « ASTREINTE » de sa requête, la requérante formule la demande suivante :

> « Compte tenu de ce qui précède, qui démontre la nécessité d'une nouvelle décision de sélection et d'attribution, la partie requérante demande expressément au Conseil d'État d'ordonner à la partie défenderesse de prendre une nouvelle décision de sélection et d'attribution et de le faire au plus tard huit jours après l'arrêt de suspension d'extrême urgence.

Cet arrêt, pour être exécutoire, doit être assorti d’une astreinte de 500,00 euros par jour où aucune nouvelle décision de sélection et d’attribution n’est prise par la partie défenderesse, à compter du neuvième jour après l’arrêt de suspension d’extrême urgence ».

IX.2. Appréciation du Conseil d'Etat

A la lecture de la requête, la demande de la requérante doit s'analyser comme portant avant tout sur une mesure provisoire, pour l'exécution de laquelle une astreinte devrait également être prévue.

L'article 15 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions dispose que le Conseil d'État peut en présence d'un moyen sérieux et aussi longtemps qu'il demeure saisi d'un recours en annulation :

« 1° ordonner les mesures provisoires ayant pour but de corriger la violation alléguée ou d'empêcher qu'il soit porté atteinte aux intérêts concernés;
2° ordonner les mesures provisoires nécessaires à l'exécution de sa décision ».

En l'occurrence, la requérante n'expose pas précisément en quoi la mesure provisoire qu'elle sollicite devrait être ordonnée pour corriger les violations qu'elle allègue ou empêcher qu'il soit porté atteinte aux « intérêts concernés » – qu'elle n'identifie pas concrètement – ou en quoi cette mesure serait nécessaire à l'exécution de l'arrêt à intervenir. En tout état de cause, il ne revient pas au Conseil d'État d'anticiper la décision que la partie adverse prendra à la suite de la notification du présent arrêt. Or, c'est bien ce que la requérante l'invite à faire en formulant sa demande de mesure provisoire.

La demande de mesure provisoire doit être rejetée et il n'y pas davantage à prononcer l'astreinte que la requérante présente comme destinée à garantir l'exécution de la mesure provisoire sollicitée.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par l'ASBL Oxfam Solidarité est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du 18 janvier 2023 par laquelle l'intercommunale BEP ENVIRONNEMENT décide notamment d'approuver le rapport d'examen des offres, de ne pas sélectionner la SA CURITAS

et d’attribuer le marché public de services ayant pour objet la « collecte, tri et recyclage des textiles et cuir usagés dans les recyparcs de BEP ENVIRONNEMENT » à l’ASBL OXFAM SOLIDARITE est ordonnée.

Article 3.

L’exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 4 à 11 et 14 à 20 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

La demande d’« astreinte » est rejetée.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^{e} chambre siégeant en référé, le 27 mars 2023, par :

David De Roy, conseiller d’État, président f.f.,
Vincent Durieux, greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent Durieux David De Roy