CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

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

A R R Ê T

n^o^ 256.952 du 28 juin 2023

A. 239.158/VI-22.571

En cause : **la société à responsabilité limitée ALAIN BORDET, HUISSIER DE JUSTICE**,

ayant élu domicile chez
M^es^ Stijn BUTENAERTS et
Simon LEFEBVRE, avocats,
boulevard Léopold II 180
1080 Bruxelles,

contre :

1. **la Société wallonne des Eaux**, en abrégé SWDE,
2. **la société coopérative à responsabilité limitée de droit public COMPAGNIE INTERCOMMUNALE LIÉGEOISE DES EAUX**, en abrégé CILE,

ayant élu domicile chez
M^es^ Mathieu THOMAS et
Lea TREFON, avocats,
rue de la Régence 58/8
1000 Bruxelles

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 mai 2023, la société à responsabilité limitée Alain Bordet, Huissier de justice, demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

« • La décision du 9 mai 2023 du Directeur de processus Clientèle de ne pas sélectionner la S.P.R.L. Alain Bordet, Huissier de Justice dans le cadre de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable relative au recouvrement des créances de la SWDE et de la CILE ; [...]
• La décision prise à une date inconnue par les parties adverses d'adopter le cahier spécial des charges "3380-CSC Recouvrements créances 2024-2031" [...] ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 25 mai 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 12 juin 2023.

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

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

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

M^e^ Simon Lefebvre, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^es^ Mathieu Thomas et Lea Trefon, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Muriel Vanderhelst, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits utiles à l'examen de la demande

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

« 1. Le marché public faisant l'objet de la présente procédure est un "marché conjoint de service pour le recouvrement des créances de la SWDE et de la CILE". L'adjudicateur du marché conjoint est la SWDE.

Une convention intitulée "Convention de marché conjoint" a été établie entre la SWDE et la CILE et signée par les parties le 16 février 2023 […].
La durée du marché est de 3 ans, avec possibilité de reconduction pour une durée de 5 ans.

La première partie adverse a passé ce marché sous le régime des secteurs spécieux et selon la procédure négociée avec appel à la concurrence préalable.

2. Préalablement au lancement du marché, la première partie adverse a invité, par un courrier du 2 mars 2022, une série d'opérateurs actifs dans le recouvrement de créances à effectuer une présentation reprenant les points suivants […] :

" - Présentation des services offerts par votre société
- Canaux de communication utilisés/plateforme débiteur/Reporting
- Volumétrie annuelle/Chiffre d'affaires annuel dans votre activité de recouvrement de créances
- Capacité organisationnelle
- Partenariats/sous-traitances
- Références".

Cette invitation précisait par ailleurs que “la présente demande d’informations ne constitue ni un appel d’offres, ni un quelconque engagement de la SWDE. Réciproquement, les réponses fournies ne constitueront pas des engagements contractuels ou précontractuels de la part de leurs auteurs”.

3. Le marché est régi par le cahier spécial des charges “n° 3380-CSC Recouvrements créances 2024-2031” […].

La décision d’approbation dudit cahier spécial des charges a été adoptée le 10 mars 2023 […].

Il s’agit du second acte attaqué.

4. L’avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 13 mars 2023 et au Journal officiel de l’Union européenne le 17 mars 2023 […].

5. L’objet du marché, qui figure à l’article I.1 “Objet du marché” du cahier spécial des charges, est le suivant […] :

“ Le présent marché public est un marché de services qui porte sur la sous-traitance du recouvrement des créances de la Société wallonne des eaux (SWDE) et de la Compagnie Intercommunale Liégeoise des Eaux (CILE) (factures de consommation d’eau et/ou services). Cette sous-traitance portera aussi bien sur le recouvrement amiable que sur le recouvrement judiciaire.
La SWDE est l’autorité qui interviendra au nom collectif des 2 sociétés en qualité de pouvoir adjudicateur”.

6. Le cahier spécial des charges prévoit deux critères de sélection […] :

“ Afin de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier sa capacité à exécuter le marché dans les conditions prévues, l’opérateur économique communique, complète et signe, les documents utiles à prouver :
- Sa capacité financière,
- D’une déclaration sur l’honneur attestant que son chiffre d’affaires a été supérieur à 1.000.000 € dans l’activité recouvrement de créances chaque année durant les 3 dernières années (2019, 2020 et 2021).
  Niveau minimal : 1.000.000 € par an
- Sa capacité technique par la présentation de 3 attestations de bonne exécution selon laquelle, aux cours des trois dernières années (2019, 2020 et 2021), le soumissionnaire a assuré une gestion annuelle d’au moins 70.000 dossiers en recouvrement pour le compte d’un même client. Le candidat indique le nombre de dossiers gérés annuellement ainsi que le montant à recouvrer, l’objet de la mission, le type d’actions menées principalement, la date de début du marché ou de la mission, sa durée. Il indiquera aussi le nombre total de dossiers confiés sur toute la durée de la mission ainsi que les montants à recouvrer correspondants.
  Niveau minimal : Le nombre de 70.000 dossiers doit avoir été confié sur un seul exercice et pour compte d’un même client, il ne peut donc pas s’agir d’un cumul sur différents exercices. Par dossiers, on entend lots de factures confiées pour un même débiteur”.

7. Le 28 mars 2023 […], un courrier a été adressé à la SWDE par le conseil de la partie requérante afin de solliciter : (i) la révision des critères de sélection ; (ii) la révision de l’annexe 3 relative au RGPD, et plus précisément de la clause autorisant le transfert de données à caractère personnel vers un Etat tiers et (iii) la transmission d’une série de documents, à savoir :

- les mesures appropriées prises afin de veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée à la suite des consultations préalables ;

- la décision motivée en fait et en droit ayant justifié le choix des critères de sélection ;
- les raisons pour lesquelles la SWDE a estimé que seules les références liées à un seul client sont admissibles, à l'aune des caractéristiques du marché et de ce qu'elle avait elle-même exigé lors du précédent marché.

8. Un courrier en réponse a été adressé par le conseil de la SWDE au conseil de la partie requérante le 7 avril 2023 […]. Ce courrier est, en substance, libellé comme suit :

" La procédure de passation du marché étant toujours en cours, il n'appartient ni à ma cliente ni à moi de répondre, à ce stade, à votre argumentation juridique au sujet des illégalités que vous invoquez à l'égard des critères de sélection fixés dans l'avis de marché ou des clauses en matière de RGPD reprises dans le cahier spécial des charges.
Cela étant, ma cliente conteste vigoureusement vos allégations selon lesquelles le marché aurait été conçu en vue de favoriser ou défavoriser l'un ou l'autre opérateur économique.
Elle m'indique qu'elle entend poursuivre la procédure de passation sur la base de l'avis de marché et des documents du marché tels qu'ils ont été publiés.
Elle rappelle à votre cliente que, si celle-ci estime que la procédure de passation du marché est entachée d'irrégularités, il existe des voies de recours prévues par la loi du 17 juin 2013.
Enfin, par rapport à la demande, figurant au point 20 de votre courrier, de communiquer à votre cliente les documents y listés, ma cliente répondra directement à la vôtre, par un envoi distinct".

Par ailleurs, la SWDE a rejeté la demande de communication des documents sollicités par la partie requérante, pour les motifs suivants […] :

" Considérant que l'article 13, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' interdit à toute personne l'accès aux documents relatifs à une procédure de passation d'un marché, tant que n'a pas été prise une décision au sujet de la sélection ou de la qualification des candidats ou participants, de la régularité des offres, de l'attribution du marché ou de la renonciation à la passation du marché ;
Considérant qu'à ce stade, la procédure de passation du marché en question est toujours en cours et la date pour le dépôt des candidatures est fixée au 14 avril 2023 ;
Considérant qu'aucune des décisions visées à l'article 13, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016 'relative aux marchés publics' n'a encore été prise ;
Considérant que les documents dont la communication est sollicitée ne peuvent dès lors pas être communiquées à l'Etude d'Huissiers de Justice Bordet, en application des règles fixées à l'article 13, § 1er, alinéa 1er, de la loi du 17 juin 2016".

9. La partie requérante a introduit le 7 avril 2023 un recours en suspension d'extrême urgence de la décision prise par les parties adverses d'adopter le cahier spécial des charges "3380-CSC Recouvrements créances 2024-2031". Dans sa requête, la partie requérante dénonce en substance le fait que les critères de sélection de la partie adverse, et en particulier le critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle, l'empêchent de se voir sélectionner pour le présent marché.

10. Par un courrier daté du même jour, les conseils de la partie requérante ont écrit au Gouvernement wallon afin de l'informer de la "situation" et de solliciter son intervention "dans les meilleurs délais afin de rétablir la légalité, la concurrence et l'égalité entre les opérateurs économiques dans le cadre de cette procédure de passation" […].

11. Les demandes de participation des candidats devaient être remises par voie électronique au plus tard le 14 avril 2023 à 11h59.
La première partie adverse a procédé à l'ouverture des demandes de participation […].

La partie requérante a déposé une demande de participation […].

Dans son DUME, la partie requérante indique qu'elle ne satisfait pas à tous les critères de sélection […] :

En ce qui concerne les critères de sélection, l'opérateur économique déclare que

Il satisfait à tous les critères de sélection exigés

Votre réponse?

○Oui

●Non

12. Dans le cadre du recours contre la décision d'adoption du cahier spécial des charges, les parties adverses ont déposé leur note d'observations et le dossier administratif le 19 avril 2023.

Par un arrêt du 4 mai 2023 portant le numéro 256.433, le Conseil d'Etat a rejeté la demande de suspension introduite par la partie requérante en raison de l'irrecevabilité *ratione temporis* de son recours et a fait droit à la demande des parties adverses de maintenir la confidentialité de certaines pièces du dossier administratif.

Le 8 mai 2023, la partie requérante a introduit une requête en annulation de la décision prise, selon elle, à une date inconnue par les parties adverses d'adopter le cahier spécial des charges "3380-CSC Recouvrements créances 2024-2031".

13. En parallèle de son recours devant le Conseil d'Etat, la partie requérante a, le 17 avril 2023, introduit une requête auprès de la Commission d'Accès aux Documents Administratifs (ci-après, CADA) visant à obtenir la communication […] :

- des mesures appropriées prises par la première partie adverse afin de veiller à ce que la concurrence ne soit pas faussée à la suite des consultations préalables de 2022 ;
- de la décision motivée en fait et en droit ayant justifié le choix des critères de sélection du cahier spécial des charges litigieux ;
- des raisons pour lesquelles la première partie adverse estime que seules les références liées à un seul client sont admissibles, à l'aune des caractéristiques du marché et de ce qu'elle avait lui-même exigé lors du précédent marché.

La première partie adverse a déposé sa note d'observations le 2 mai 2023 auprès de la CADA […].

A ce jour, la CADA n'a pas encore rendu sa décision.

14. Sur la base du rapport d'examen des candidatures du 9 mai 2023, la première partie adverse a pris une décision de sélection dans le cadre du présent marché […].

Les motifs de la non-sélection de la partie requérante lui ont été transmis le 11 mai 2023 […] :

“ Le candidat ne présente pas d'attestations de bonne exécution selon lesquelles, aux cours des trois dernières années (2019, 2020 et 2021), le soumissionnaire a assuré une gestion annuelle d’au moins 70.000 dossiers en recouvrement pour le compte d’un même client”.

Il s’agit du premier acte attaqué.

15. Le 11 mai 2023, le conseil de la partie requérante a envoyé un e-mail officiel aux conseils des parties adverses les invitant à lui transmettre la décision de sélection de la première partie adverse […].

La première partie adverse a répondu que la communication qui avait été effectuée respectait bien l’article 7 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 (ci-après, loi recours), lequel prévoit que seuls les motifs de sa non-sélection doivent être transmis au candidat non-sélectionné […].

IV. Mise hors de cause de la seconde partie adverse

Le cahier spécial des charges applicable au marché litigieux précise que celui-ci « est un marché conjoint de service pour le recouvrement des créances de la SWDE et de la CILE » et que « [l]a SWDE est l’autorité qui interviendra au nom collectif des 2 sociétés en qualité de pouvoir adjudicateur ». L’article 4 de la « convention de marché conjoint » conclue le 16 février 2023 entre la SWDE et la CILE confirme que « [l]a SWDE est désignée comme adjudicateur “pilote” pour le marché conjoint, agissant pour elle-même, ainsi que pour la CILE » et, l’article 6, que les règles de passation et d’exécution sont établies par la SWDE et que le marché est attribué et notifié par la SWDE. La décision du conseil d’administration de la CILE d’approuver cette convention confirme également que la SWDE est désignée « comme adjudicateur/entité adjudicatrice, chargé(e) [de] la procédure de passation, agissant pour son propre compte et pour notre compte ».

Même si l’avis de marché vise formellement la SWDE et la CILE comme entités adjudicatrices, il ressort à suffisance des dispositions précitées du cahier spécial des charges et de la convention précitée que le seul adjudicateur, en la présente espèce, est la SWDE (ci-après : « la partie adverse »). Les deux décisions attaquées par le présent recours ont d’ailleurs été adoptées par des organes de la SWDE.

La seconde partie adverse doit être mise hors de cause.

V. Recevabilité de la demande

V.1. Thèses des parties

1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soutient que la demande de suspension est irrecevable en ce qu'elle est dirigée contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges (second acte attaqué), le Conseil d'État ayant, dans son arrêt n° 256.433 du 4 mai 2023, déjà rejeté une demande ayant le même objet. Elle précise que cet arrêt a autorité de chose jugée, que l'objet de la demande et les parties sont les mêmes dans les deux recours et que les moyens soulevés sont pratiquement identiques. Elle ajoute, à titre subsidiaire, que la demande de suspension introduite contre le second acte attaqué est irrecevable *ratione temporis*, en application de l'article 23, §§ 1er et 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, la requérante ayant eu connaissance de cet acte plus de quinze jours avant l'introduction de sa demande.

Par ailleurs, la partie adverse « renvoi[e] à la sagesse du Conseil d'État [afin] de déterminer si, compte tenu de la jurisprudence *Labonorm*, la requérante a un intérêt à agir contre le premier acte attaqué dans la présente situation où :

- elle a introduit tardivement un recours en suspension contre la décision d'adoption du cahier spécial des charges ;
- elle a toujours prétendu que le cahier spécial des charges l'empêchait de participer au marché (voy. courrier du 28 mars 2023), même si elle a déposé une candidature, en indiquant expressément dans son DUME qu'elle ne respectait pas les critères de sélection ;
- elle n'invoque dans le présent recours aucun moyen qui porte sur la décision de sélection en tant que telle ; les moyens qu'elle invoque visent tous la phase de lancement du marché et sont pratiquement identiques, à l'exception du cinquième moyen du présent recours, à ceux invoqués dans le premier recours ».

2. Thèse de la requérante

À l'audience, la requérante affirme ne pas remettre en cause l'autorité de chose jugée qui est attachée à l'arrêt n° 256.433 du 4 mai 2023. Elle relève cependant que, dans cet arrêt, le Conseil d'État s'est limité à constater que la demande de suspension introduite était irrecevable *ratione temporis*, sans statuer sur le caractère sérieux des moyens invoqués. Elle fait valoir que la présente demande

de suspension est introduite en respectant le délai légal de quinze jours et renvoie aux enseignements de l'arrêt *Labonorm* en affirmant qu'elle peut attaquer les documents du marché soit directement soit, par après, en même temps que le recours qu'elle dirige contre la décision finale de ne pas retenir sa candidature ou son offre.

Elle ajoute qu'elle dispose bien d'un intérêt à agir contre le premier acte attaqué. En réponse aux observations formulées par la partie adverse dans sa note d'observations, la requérante expose que :

- la présente demande de suspension est recevable *ratione temporis*, elle a parallèlement introduit un recours en annulation contre le cahier spécial des charges et elle remplit les conditions pour bénéficier de la jurisprudence *Labonorm* ;
- la décision de ne pas la sélectionner confirme la thèse qu'elle défend depuis le début ;
- les premier, troisième et sixième moyens de la requête sont également dirigés contre la décision de non-sélection prise à son égard (premier acte attaqué), celle-ci reposant sur les critères de sélection fixés dans le cahier des charges tandis que le septième moyen (nouveau) qu'elle invoque dans sa note complémentaire critique la motivation de la décision de sélection adoptée par la partie adverse.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

1. Quant au second acte attaqué

L'arrêt qui rejette une demande de suspension a, comme celui qui rejette un recours en annulation, une autorité de chose jugée limitée aux parties. Cette autorité de chose jugée se rapporte au dispositif de l'arrêt ainsi qu'aux motifs qui en constituent le support nécessaire et indissociable, ainsi qu'aux constats dont ils procèdent. Elle est provisoire dans la mesure où elle ne lie pas le juge qui est saisi du fond du litige, étant entendu que certaines questions, comme celle de la recevabilité de la demande de suspension, ne sont tranchées que par le juge siégeant en référé.

Par son arrêt n° 256.433 du 4 mai 2023, le Conseil d'État a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence introduite par la requérante contre « la décision prise à une date inconnue par la [SWDE] d'adopter le cahier spécial des charges "3380-CSC Recouvrements créances 2024-2031" » jugeant que cette demande était tardive au regard des conditions fixées aux articles 14, 15 et 23, §§ 1er et 3, de la loi du 17 juin 2013 précitée, la requérante ayant eu connaissance de l'existence de l'acte attaqué plus de quinze jours avant l'introduction de sa demande.

L’autorité de chose attachée à l’arrêt du 4 mai 2023 précité s’oppose à ce que soit demandée une seconde fois par la même requérante la suspension selon la procédure d’extrême urgence de l’exécution du même acte. Elle empêche aussi que la requérante puisse encore soutenir qu’elle a introduit, contre la décision d’adopter le cahier spécial des charges, une demande de suspension dans le délai requis de quinze jours visé à l’article 23, §§ 1er et 3, de la loi du 17 juin 2013.

Contrairement à ce que semble suggérer la requérante, l’assemblée générale de la section du contentieux administratif du Conseil d’État ne consacre pas, dans l’arrêt SA Labonorm, n° 152.173 du 2 décembre 2005, le droit pour une partie requérante d’introduire un recours en annulation ou une demande de suspension après l’expiration des délais fixés par la loi. L’article 23, § 1er, de la loi du 17 juin 2013 prévoit, par ailleurs, expressément que les recours et demandes précités doivent « à peine d’irrecevabilité » être introduits dans les délais prescrits. L’arrêt SA Labonorm reconnaît seulement que « la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation ». Ainsi, c’est uniquement « à l’appui de son recours contre les décisions attaquées », à savoir, dans l’arrêt SA Labonorm, les décisions d’attribuer le marché à un autre soumissionnaire, d’écarter l’offre de la partie requérante et de ne pas lui attribuer le marché, que la partie requérante peut « invoquer l’illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d’État, elle n’a pas attaqué en tant que telle la décision d’adopter le cahier spécial des charges ».

La demande de suspension est irrecevable en tant qu’elle vise le second acte attaqué.

2. Quant au premier acte attaqué

L’article 15 de loi du 17 juin 2013 précitée dispose que l’instance de recours peut ordonner la suspension de l’exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l’article 14 de la même loi, c’est-à-dire pour autant, d’une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d’autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante.

Prima facie, il peut être considéré que la requérante satisfait à la condition précitée d'avoir, ou d'avoir eu, un intérêt à obtenir le marché litigieux. À la lecture de l'avis de marché et du cahier spécial des charges, la requérante a tout de suite compris qu'elle ne satisfaisait pas au critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle qui est exigée des candidats. Elle a immédiatement critiqué le point litigieux par un courriel qu'elle a adressé à la partie adverse, introduit une demande de suspension et un recours en annulation contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges et déposé une demande de participation pour le marché litigieux, même si elle indique, dans son DUME, qu'elle ne remplit pas le critère de sélection précité.

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, la circonstance que la requérante a introduit tardivement sa demande de suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges (second acte attaqué) n'affecte pas son intérêt à solliciter la suspension de l'exécution de la décision de ne pas la sélectionner (premier acte attaqué).

Premièrement, l'autorité de chose jugée qu'il faut reconnaître à l'arrêt n° 256.433 du 4 mai 2023 ne s'attache qu'à la décision de déclarer irrecevable, pour cause de tardiveté, la demande de suspension introduite contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges (second acte attaqué). Cet arrêt ne se prononce ni sur le caractère sérieux des moyens soulevés dans cette demande, ni sur la recevabilité d'une demande de suspension qui serait dirigée contre d'autres décisions qu'adopterait la partie adverse dans le cours de la procédure de passation du marché litigieux – telle la décision de ne pas sélectionner la requérante (premier acte attaqué) –, ni sur la faculté d'invoquer, à l'appui d'une telle demande, les illégalités du cahier spécial des charges.

Deuxièmement, la décision d'adopter le cahier spécial des charges (second acte attaqué) s'inscrit dans le cadre d'une opération complexe qui a notamment donné lieu à l'adoption de la décision de ne pas sélectionner la requérante (premier acte attaqué). Dans ce contexte, la requérante peut, suivant l'enseignement jurisprudentiel qui vient d'être rappelé, invoquer, à l'appui du recours qu'elle dirige contre cette dernière décision, les illégalités qui entacheraient le cahier spécial des charges. Certes, la requérante a immédiatement compris qu'elle ne remplissait pas tous les critères de sélection, choisi, en opportunité, d'attaquer directement la décision d'adopter le cahier spécial des charges et vu sa demande de suspension rejetée pour cause de tardiveté. Cependant, le recours en annulation dirigé contre cette décision est toujours pendant devant le Conseil d'État et celui-ci n'a encore statué, ni en référé ni au fond, sur le caractère licite de celle-ci. Un contrôle incident de légalité de cet acte paraît donc, à ce stade, toujours possible.

Troisièmement, en tout état de cause et contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, la requérante soulève, dans le cadre de la présente demande, au moins un grief qui n'est pas tiré de l'illégalité du cahier spécial des charges (second acte attaqué), mais qui porte sur la décision de sélection en tant que telle (premier acte attaqué) puisqu'elle soutient, dans la première branche du cinquième moyen de la requête, que cet acte a été pris par un auteur incompétent.

Il n'est, du reste, pas contesté que la requérante invoque au moins un moyen fondé sur une violation qui l'a lésée ou a risqué de la léser au sens des dispositions légales précitées.

Les éléments avancés par la partie adverse dans sa note d'observations ne permettent pas *prima facie* de considérer que la requérante ne justifierait pas d'un intérêt à solliciter la suspension de l'exécution de la décision de ne pas la sélectionner (premier acte attaqué).

L'exception d'irrecevabilité de la demande de suspension soulevée par la partie adverse ne peut être accueillie.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèses des parties

1. Thèse de la requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 4, 5, 71, 151, § 2, la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 70 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, de l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des principes de proportionnalité, de transparence, de bonne administration, de concurrence, d'égalité de traitement et de non-discrimination.

Elle affirme, sur la base de différents indices qu'elle formule en termes de griefs, que la partie adverse a limité artificiellement la concurrence en vue de favoriser l'adjudicataire du précédent marché de recouvrement de la SWDE actuellement en cours. Parmi ces griefs, elle soutient notamment que le critère de sélection qualitative relatif à la capacité technique et professionnelle des candidats, prévu par le cahier spécial des charges, est disproportionné et non lié à l'objet du marché. Elle développe, sur ce point, son argumentation comme il suit :

« […] De la capacité technique et professionnelle. Le cahier spécial des charges fixe un critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle qui prévoit que l'opérateur économique doit prouver […] :

" Sa capacité technique par la présentation de 3 attestations de bonne exécution selon laquelle, au cours des trois dernières années (2019, 2020 et 2021), le soumissionnaire a assuré une gestion annuelle d'au moins 70.000 dossiers en recouvrement pour le compte d'un même client. Le candidat indique le nombre de dossiers gérés annuellement ainsi que le montant à recouvrer, l'objet de la mission, le type d'actions menées principalement, la date de début du marché ou de la mission, sa durée. Il indiquera aussi le nombre total de dossiers confiés sur toute la durée de la mission ainsi que les montants à recouvrer correspondants.
Niveau minimal : Le nombre de 70.000 dossiers doit avoir été confié sur un seul exercice et pour compte d'un même client, il ne peut donc pas s'agir d'un cumul sur différents exercices. Par dossiers, on entend lots de factures confiées pour un même débiteur."

Ce critère de sélection impose par conséquent que l'opérateur économique démontre (i) la gestion annuelle d'au moins 70.000 dossiers de recouvrement, (ii) pour le compte d'un seul et unique client, et ce (iii) au cours des années 2019, 2020 et 2021.

[…] (i) Conformément à l'article 71 de la loi du 17 juin 2016, le critère de sélection doit être proportionné et lié à l'objet du marché.

Conformément à l'article 70 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 et conformément à l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, les critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur doivent être assortis d'un niveau d'exigence approprié.

En l'espèce, le nombre exigé de dossiers traités annuellement (70.000) est, en lui-même, inhabituel, extrêmement élevé et disproportionné au regard de l'objet du marché et du marché belge du recouvrement de créances.
Un tel niveau d'exigence n'est pas approprié.

En effet, eu égard au secteur du recouvrement de créances, très peu de pouvoirs adjudicateurs confient plus de 70.000 dossiers de recouvrement de créances par an, de manière continue, entre les mains d'un seul professionnel du recouvrement, à l'exception de la première partie adverse elle-même dans le cadre du marché public de recouvrement de créances toujours en cours et attribué à la société VENTURIS.

[…] Le chiffre de 70.000 dossiers fait directement écho au nombre de dossiers traités annuellement par la société VENTURIS pour la première partie adverse […]
Bien que l'adjudicataire actuel du marché de la première partie adverse gère 70.000 dossiers par an, le Cahier spécial des charges n°PSA/SM/PC/Recouvrement 2016-2022 de la SWDE […] qui régit ledit marché actuellement en cours prévoyait, au titre de critère relatif à la capacité technique et professionnel :

" 5) Pour le lot 1 (Zone Ouest) : une ou plusieurs attestations de bonne exécution selon lesquelles, au cours des trois dernières années, le candidat a assuré une gestion annuelle d'au moins 50.000 dossiers en recouvrement pour le compte de maximum 5 clients différents.
Pour le lot 2 uniquement (Zone Est) : une ou deux attestations de bonne exécution selon lesquelles, au cours des trois dernières années, le candidat a assuré une gestion annuelle d'au moins 20.000 dossiers en recouvrement pour le compte de maximum 2 clients différents.

Les attestations de bonne exécution jugées valables pour le lot 1 seront de facto jugées valables pour le cumul des lots 1 et 2.
Le nombre de 50.000 ou 20.000 dossiers doit avoir été confié sur un seul exercice et pour le compte de respectivement 5 et 2 clients au maximum. Il ne peut donc pas s'agir d'un cumul sur différents exercices."

L'ancien cahier spécial des charges prévoyait que le candidat devait démontrer la gestion d'un *ratio* de 10.000 dossiers par client alors que le nouveau cahier spécial des charges prévoit que le candidat doit démontrer la gestion de 70.000 dossiers par an, pour le compte d'un seul et unique client – et ce alors que le nombre de dossiers traités dans le cadre du marché en cours d'exécution sera similaire au nombre de dossiers traités dans le cadre du futur marché conjoint aux deux parties adverses : le cahier spécial des charges actuel prévoit, à titre purement indicatif, un volume annuel de 82.000 dossiers "pour une année de référence" - sans mentionner laquelle […]

Par conséquent, la première partie adverse a délibérément renforcé, de manière disproportionnée et injustifiée, le critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle en passant d'un ratio de 10.000 dossiers par client à un *ratio* de 70.000 dossiers pour un seul et unique client.

Par cette pratique, les parties adverses ont assorti le critère de sélection d'un niveau d'exigence qui n'est pas approprié, limitent artificiellement la concurrence et favorisent volontairement l'adjudicataire du marché en cours d'exécution.

[…] (ii) Le critère de sélection prévoit en outre que ces 70.000 dossiers doivent avoir été traités pour le compte d'un seul et même client.

Une telle limitation a pour conséquence que les acteurs du secteur sont dans l'impossibilité de s'associer dans l'optique de déposer une offre conjointe permettant de répondre à ce critère de sélection.

À titre de comparaison, le précédent Cahier spécial des charges n° PSA/SM/PC/Recouvrement 2016-2022 de la SWDE […] prévoyait, au titre de critère relatif à la capacité technique :

" 5) Pour le lot 1 (Zone Ouest) : une ou plusieurs attestations de bonne exécution selon lesquelles, au cours des trois dernières années, le candidat a assuré une gestion annuelle d'au moins 50.000 dossiers en recouvrement pour le compte de maximum 5 clients différents.
Pour le lot 2 uniquement (Zone Est) : une ou deux attestations de bonne exécution selon lesquelles, au cours des trois dernières années, le candidat a assuré une gestion annuelle d'au moins 20.000 dossiers en recouvrement pour le compte de maximum 2 clients différents.
Les attestations de bonne exécution jugées valables pour le lot 1 seront *de facto* jugées valables pour le cumul des lots 1 et 2.
Le nombre de 50.000 ou 20.000 dossiers doit avoir été confié sur un seul exercice et pour le compte de respectivement 5 et 2 clients au maximum. Il ne peut donc pas s'agir d'un cumul sur différents exercices."

Ici encore, les parties adverses ont considérablement renforcé le critère de sélection, de manière disproportionnée et injustifiée, en bannissant la possibilité d'une association entre plusieurs candidats.

Si le cahier spécial des charges ne prévoit pas formellement que des candidats ne pourraient pas s'associer, il n'en demeure pas moins que la rédaction du critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle empêche *de facto* une telle association entre plusieurs candidats.

La seule hypothèse dans laquelle des candidats pourraient s'associer est réduite à celle où ces candidats traiteraient des dossiers de recouvrement de créances pour le compte d'un même client au cours de la même période – ce qui en pratique est une hypothèse quasi inexistante.

En effet, la première partie adverse elle-même développe d'ailleurs les raisons d'être de ce point de vue dans une "Note au conseil d'administration de la SWDE" déposée par elle dans le cadre du recours en suspension d'extrême urgence […]:

" L'expérience passée nous a montré qu'il était difficile, au vu de l'ampleur du recouvrement de créances de la SWDE, d'harmoniser les méthodes de recouvrement entre les différents prestataires, mais également de réaliser un suivi de qualité tant sur la performance que sur l'efficacité des prestations réalisées.
Par ailleurs, le marché actuel qui confie le recouvrement amiable et le recouvrement judiciaire à un seul adjudicataire sur l'ensemble du territoire de la SWDE a montré pleinement son efficacité".

[…] En termes strictement pratiques, la requérante souligne par ailleurs que le traitement de 70.000 dossiers pour 7 clients différents (sur base du critère de sélection de l'ancien cahier spécial des charges) demande en réalité une meilleure organisation et se révèle plus complexe que le traitement de 70.000 dossiers pour un seul et même client (critère de sélection du nouveau cahier spécial des charges).

[…] (iii) Les années au cours desquelles il est demandé trois attestations de bonne exécution ont été, pour ce qui concerne 2020 et 2021, des années marquées par la crise du coronavirus.

Pour ces années, diverses mesures furent adoptées par les gouvernements afin de limiter les recouvrements de créances, ce qui a inévitablement conduit à une baisse importante du nombre de dossiers traités par les acteurs du secteur du recouvrement de créances.

Dans cette mesure, le critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle limite encore davantage la concurrence et se révèle encore plus disproportionné et non assorti d'un niveau d'exigence approprié ».

2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse répond au grief formulé par la requérante ce qui suit :

« […] LE CRITÈRE DE SÉLECTION RELATIF À LA CAPACITÉ TECHNIQUE ET PROFESSIONNELLE

[…] Le Conseil d'État admet de manière constante que l'adjudicateur dispose d'une large marge d'appréciation pour fixer les critères de sélection de son marché ainsi que les seuils à atteindre. Le Conseil d'État précise que les critères de sélection choisis :

- doivent être justifiés au regard des caractéristiques du marché concerné ;
- doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché ;
- doivent permettre à l'adjudicateur de s'assurer que l'attributaire pressenti est capable d'exécuter le marché ;
- ne peuvent être conçus dans l'intention de limiter artificiellement la concurrence ou de défavoriser certains opérateurs économiques.

Les adjudicateurs disposent ainsi d'une large marge d'appréciation lors de l'établissement des critères de sélection de leur marché, à condition que ces critères soient proportionnés à l'objet du marché ainsi qu'aux besoins de l'adjudicateur et qu'ils n'aient pas pour effet de limiter artificiellement la concurrence.

[…] Dans le cas d'espèce, les critères de sélection sont les suivants (article I.4.2.1 du cahier spécial des charges […]) :

I.4.2.1 Critères de sélection (Section III.1.1 et III1.3 de l'avis de marché)

Afin de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier sa capacité à exécuter le marché dans les conditions prévues, l'opérateur économique communique, complète et signe, les documents utiles à prouver :

- Sa capacité financière,
  - D'une déclaration sur l'honneur attestant que son chiffre d'affaires a été supérieur à 1.000.000 € dans l'activité recouvrement de créances chaque année durant les 3 dernières années (2019, 2020 et 2021).

Niveau minimal :1.000.000 € par an

- Sa capacité technique par la présentation de 3 attestations de bonne exécution selon laquelle, aux cours des trois dernières années (2019, 2020 et 2021), le soumissionnaire a assuré une gestion annuelle d'au moins 70.000 dossiers en recouvrement pour le compte d'un même client. Le candidat indique le nombre de dossiers gérés annuellement ainsi que le montant à recouvrer, l'objet de la mission, le type d'actions menées principalement, la date de début du marché ou de la mission, sa durée. Il indiquera aussi le nombre total de dossiers confiés sur toute la durée de la mission ainsi que les montants à recouvrer correspondants.

Niveau minimal : Le nombre de 70.000 dossiers doit avoir été confié sur un seul exercice et pour compte d'un même client, il ne peut donc pas s'agir d'un cumul sur différents exercices. Par dossiers, on entend lots de factures confiées pour un même débiteur.

- L'engagement écrit de tiers[1] s'il est fait appel à leur capacité.

[…] Premier grief. Le premier grief de la partie requérante porte sur le nombre de dossiers annuels à traiter (70.000 dossiers).

Le nombre de 70.000 dossiers a été fixé pour tenir compte de la moyenne du volume de dossiers annuels gérés actuellement pour le compte de la SWDE uniquement. Le fait que ce nombre était mentionné par la société Venturis, actuel prestataire du marché de la SWDE, au cours d'une procédure contentieuse devant le Conseil d'État pour un autre marché démontre qu'il est bel et bien proportionné à l'objet du marché (et non qu'il a été fixé pour permettre à la seule société Venturis d'y répondre).

En outre, cette moyenne ne reprend pas les dossiers actuellement traités pour le compte de la CILE. Le nombre de dossiers à traiter pour le marché en cause sera, partant, plus important que 70.000 dossiers par an, si on y ajoute ceux concernant la CILE. Le nombre de dossiers à traiter annuellement pour la SWDE et la CILE sera d'environ 82.000, comme cela ressort expressément du cahier spécial des charges pour l'année de référence (p. 29 du cahier spécial des charges).

Le nombre de 70.000 dossiers à traiter par an n'est donc pas critiquable dès lors qu'il est lié et proportionné (à la baisse car le nombre de dossiers sera de 82.000) à l'objet du marché.

Le simple fait qu'une partie des opérateurs économiques actifs dans le secteur du recouvrement de créances ne peut pas répondre à ce critère ne le rend pas pour autant irrégulier. C'est d'ailleurs le but même de la sélection qualitative que de sélectionner des opérateurs économiques qui seront en mesure d'exécuter le marché tel qu'il se présente, ce qui explique que la réglementation prévoit que les critères doivent être proportionnés et liés à l'objet du marché.

Dans un arrêt du 24 août 2017 dans le cadre duquel le critère de sélection relatif à la capacité technique était critiqué par la partie requérante, le Conseil d'État a précisément jugé que "[n]e révèle pas davantage, en soi, une erreur manifeste d'appréciation le fait que six des huit candidats au marché n'aient pas été sélectionnés" […]

Enfin, la référence par la partie requérante au cahier spécial des charges "n° PSA/SM/PC/Recouvrement 2016-2022" qui régit le marché public de recouvrement de créance de la SWDE actuellement en cours n'est pas pertinente. La structure du marché actuellement en cours d'exécution est différente de la structure envisagée pour le marché critiqué. En effet, le marché en cours d'exécution est divisé en plusieurs lots alors que le marché litigieux n'est pas divisé en lot. Les critères de sélection pour ces deux marchés sont dès lors logiquement différents et ne peuvent être comparés. Dans son arrêt du 24 août 2017 précité, le Conseil d'État a d'ailleurs indiqué que l'adjudicateur a "le pouvoir de fixer des critères de sélection et des seuils différents de ceux qu'il avait définis pour un marché précédent". Au surplus, aucune règle n'impose à un pouvoir adjudicateur l'obligation d'utiliser pour un nouveau marché les critères qu'il avait fixés pour le marché précédent.

[…] Deuxième et troisième griefs. Le deuxième grief de la partie requérante porte sur l'exigence que les 70.000 dossiers annuels doivent avoir été traités pour le compte d'un seul client. La partie requérante y voit une limitation artificielle de la concurrence, en ce que cette exigence rendrait impossible l'association des acteurs du secteur ou favoriserait indûment certains opérateurs économiques. Dans un troisième grief, la partie requérante indique qu'il serait plus complexe en termes organisationnels de traiter 70.000 dossiers pour sept clients différents que pour un seul.

Aucune disposition des documents du marché n'interdit aux opérateurs économiques de s'associer entre eux pour déposer une candidature. Le fait que l'un des candidats du marché litigieux y participe avec d'autres opérateurs démontre que cela est possible en l'espèce […]

Par ailleurs, l'exigence critiquée est intrinsèquement liée au choix de prévoir un seul lot, territorial et matériel, dans le cadre de ce marché, ce choix étant justifié de la manière suivante dans la note soumise au Conseil d'administration préalablement à l'adoption de la décision de lancement du marché […] :

" L'expérience passée nous a montré qu'il était difficile, au vu de l'ampleur du recouvrement des créances de la SWDE, d'harmoniser les méthodes de recouvrement entre les différents prestataires, mais également de réaliser un suivi de qualité tant sur la performance que sur l'efficacité des prestations réalisées.

Par ailleurs, le marché actuel qui confie le recouvrement amiable et le recouvrement judiciaire à un seul adjudicataire sur l'ensemble du territoire de la SWDE a montré pleinement son efficacité.

En effet :

- D'un point de vue territorial, le recours à un seul prestataire induit :

  - Une uniformité des méthodes de recouvrement entre tous nos clients ;
  - Une meilleure communication vers nos clients et rationalise les éventuels transferts à opérer par notre call-center ;
  - Un meilleur suivi, pour nos clients, du montant de leur dette même en cas de déménagement. Le prestataire restera l'interlocuteur unique peu importe où le client se trouve.

- Une meilleure communication et une optimisation des échanges entre la SWDE et son prestataire de services ;
- L'utilisation d'une seule interface de suivi des dossiers ;
- L'utilisation d'un seul reporting de suivi de l'efficacité du recouvrement ;

• D'un point de vue des matières à traiter, la continuité de traitement du recouvrement amiable vers la procédure judiciaire (gestion START TO END) par un seul prestataire présente plusieurs avantages :

- Facilite le transfert des données entre les deux phases de recouvrement (données clients, analyse aux contestations, etc.) ;
- Permet d'avoir une vue d'ensemble de la situation d'endettement d'un client et des chances de poursuivre vers la voie judiciaire ;
- Facilite la gestion de nos clients dans le cas d'une multiplication des dossiers confiés au recouvrement (vue d'ensemble des dossiers tant en phase amiable qu'en phase judiciaire).

Il est donc opportun d'attribuer un lot unique (matière + territorial) pour que l'ensemble des créances de la SWDE soient traitées par un prestataire unique et afin de s'inscrire dans une logique de cohérence, d'équité et d'uniformité des méthodes de recouvrement, mais également de maîtrise des coûts.

Il est à noter que le fait d'opter pour un lot unique, n'empêche nullement la concurrence entre huissiers et société de recouvrement. Le marché est donc tout à fait ouvert aux deux types de candidats" […]

L'exigence critiquée est donc justifiée au regard des caractéristiques du marché en cause, lequel a été conçu différemment du précédent marché régi par le cahier spécial des charges "n° PSA/SM/PC/Recouvrement 2016-2022".
Quand bien même l'exigence critiquée rendrait, selon les termes de la requête, impossible de s'associer (*quod non*), la Cour de justice de l'Union européenne permet de limiter le cumul de capacités, si celui-ci ne permet pas d'arriver au même résultat que si un opérateur économique unique exécutait le marché :

" En effet, il ne saurait être exclu que des travaux présentent des particularités nécessitant une certaine capacité qui n'est pas susceptible d'être obtenue en rassemblant des capacités inférieures de plusieurs opérateurs. Dans une telle hypothèse, le pouvoir adjudicateur serait ainsi fondé à exiger que le niveau minimal de la capacité concernée soit atteint par un opérateur économique unique ou, le cas échéant, par le recours à un nombre limité d'opérateurs économiques, en vertu de l'article 44, paragraphe 2, deuxième alinéa, de la directive 2004/18, dès lors que cette exigence serait liée et proportionnée à l'objet du marché en cause" […]

Ce raisonnement a été rappelé par la chambre néerlandophone du Conseil d'État :

" Pour être complet, le Conseil d'État note que sur le fond, la requérante ne peut être soutenue dans sa thèse selon laquelle des éléments tels que la complexité et le caractère exigeant du marché ne seraient pas pertinents en la matière. (…) Toutefois, la Cour admet qu'il n'est pas exclu que des travaux présentent des particularités qui requièrent une capacité particulière qui ne peut être obtenue en réunissant les capacités réduites de plusieurs entreprises" […]

Les motifs qui ont présidé au choix des critères et des seuils ont été communiqués à la requérante au cours de la première procédure devant le Conseil d'État. L'on notera qu'elle ne critique à aucun endroit de sa requête ces motifs qui ont conduit la première partie adverse à fixer, comme elle l'a fait, les critères de sélection figurant dans les documents du marché. La requérante ne peut se limiter à une

critique générale, sans tenir compte et sans critiquer les motifs qui ont présidé au choix des critères et des seuils qu'elle tient pour irréguliers.

[…] Quatrième grief. La partie requérante indique que la première partie adverse n'a pas tenu compte du fait que les gouvernements auraient pris certaines mesures pour limiter les recouvrements de créances en 2020 et 2021.

L'on peine à comprendre l'illégalité qui est dénoncée par la partie requérante dans ce grief. Pour rappel, l'adjudicateur doit fixer les critères de sélection au regard du principe de proportionnalité et il a été démontré ci-dessus sur quelle base le nombre de 70.000 dossiers à traiter a été fixé ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Si l'adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer les critères de sélection et les seuils à atteindre, l'exercice de sa compétence discrétionnaire est soumis au respect de certaines conditions. Ainsi, l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, auquel renvoie l'article 151, § 2, de la même loi pour les marchés publics dans les secteurs spéciaux, impose à l'adjudicateur de limiter ces critères à ceux qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose des capacités juridiques, financières, techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Les critères doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. L'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, auquel renvoie l'article 70 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, ajoute que le pouvoir adjudicateur doit indiquer, dans l'avis de marché, tant les critères de sélection que « les moyens de preuves acceptables », que ces critères de sélection qualitative doivent être assortis d'un « niveau d'exigence approprié » et que « chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires ». De plus, les critères de sélection qualitative ne peuvent être conçus dans l'intention de limiter artificiellement la concurrence ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques (article 5 de la loi du 17 juin 2016 précitée) et doivent être fixés par l'adjudicateur dans le respect des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence (article 4 de la même loi).

À l'obligation de préciser des critères de sélection et des niveaux d'exigence liés et proportionnés à l'objet du marché, s'attachent notamment les deux effets suivants :

- d'une part, les choix posés par l'adjudicateur dans la définition des critères de sélection doivent pouvoir être justifiés au regard des caractéristiques du marché concerné et des contraintes auxquelles l'exécution de celui-ci exposera

l'attributaire, ces critères devant précisément permettre à l'adjudicateur de s'assurer de ce que l'opérateur choisi sera capable d'exécuter ce marché;

- d'autre part, lorsque le caractère proportionné d'un niveau d'exigence fixé à propos d'un critère de sélection est contesté dans le cadre d'un recours juridictionnel, l'instance compétente pour statuer sur celui-ci et chargée, à ce titre, de vérifier la légalité du critère litigieux au regard des dispositions légales et réglementaires précitées, doit se prononcer sur le grief ainsi formulé au vu des éléments invoqués par l'adjudicateur comme l'ayant déterminé à fixer le niveau d'exigence critiqué.

La requérante critique, sous ces différents aspects, le critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle des candidats (point I.4.2.1 du cahier spécial des charges), lequel est rédigé comme il suit :

Afin de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier sa capacité à exécuter le marché dans les conditions prévues, l'opérateur économique communique, complète et signe, les documents utiles à prouver :

[…]

- Sa capacité technique par la présentation de 3 attestations de bonne exécution selon laquelle, aux cours des trois dernières années (2019, 2020 et 2021), le soumissionnaire a assuré une gestion annuelle d'au moins 70.000 dossiers en recouvrement pour le compte d'un même client. Le candidat indique le nombre de dossiers gérés annuellement ainsi que le montant à recouvrer, l'objet de la mission, le type d'actions menées principalement, la date de début du marché ou de la mission, sa durée. Il indiquera aussi le nombre total de dossiers confiés sur toute la durée de la mission ainsi que les montants à recouvrer correspondants.

Niveau minimal : Le nombre de 70.000 dossiers doit avoir été confié sur un seul exercice et pour compte d'un même client, il ne peut donc pas s'agir d'un cumul sur différents exercices. Par dossiers, on entend lots de factures confiées pour un même débiteur.

- L'engagement écrit de tiers[1] s'il est fait appel à leur capacité.

Pour démontrer sa capacité technique et professionnelle à exécuter le marché, le soumissionnaire doit donc apporter la preuve qu'un nombre de 70.000 dossiers lui a été confié pour le compte d'un seul client pour chacune des années 2019, 2020 et 2021.

La requérante soutient notamment que le nombre de dossiers qui est exigé annuellement est « inhabituel, extrêmement élevé et disproportionné au regard de l'objet du marché et du marché belge du recouvrement de créances », d'autant plus que ces dossiers doivent tous être traités pour le compte d'un seul client (gestion annuelle de 70.000 dossiers en recouvrement pour le compte d'un même client). Elle explique, entre autres, qu'eu égard au secteur du recouvrement de créances, très peu d'adjudicateurs confient annuellement un tel nombre de dossiers à un seul prestataire de services « à l'exception de [la partie adverse] elle-même dans le cadre du marché public de recouvrement de créances toujours en cours et attribué à la société Venturis ». À l'appui de son argumentation, la requérante produit, à l'audience, un courrier du 11 avril 2023 que la Chambre nationale des huissiers de

justice a adressé à la SWDE et à la CILE à la suite du lancement du marché conjoint litigieux, lequel semble confirmer le caractère particulièrement élevé du niveau d'exigence fixé par le cahier spécial des charges, en affirmant qu'« aucune étude d'huissier de justice […] n'est en mesure de raisonnablement remplir un tel critère de sélection technique, d'autant plus qu'il est requis que ce nombre annuel soit attesté pour le compte d'un seul et unique client, excluant *de facto* toute possibilité d'offre conjointe ».

La partie adverse ne conteste pas que le niveau d'exigence imposé aux candidats pour établir leur capacité technique et professionnelle soit effectivement très élevé et qu'une partie des opérateurs économiques actifs dans le secteur ne puisse remplir cette condition. Tel est notamment le cas de la requérante que la partie adverse a, lors des consultations préalables, pourtant qualifiée d'« opérateur majeur [du] secteur ».

Le fait que l'on puisse trouver des opérateurs économiques qui atteignent ce niveau d'exigence – ou, au contraire, que nombre d'entre eux ne puissent y satisfaire – ne permet pas, en soi, de révéler le caractère approprié ou inapproprié du critère. Comme il vient d'être indiqué, le caractère proportionné d'un critère de sélection dont le niveau d'exigence est contesté se vérifie au regard des caractéristiques du marché et des contraintes auxquelles l'exécution de celui-ci exposera l'attributaire, au vu notamment des éléments invoqués par l'adjudicateur comme l'ayant déterminé à fixer celui-ci.

La partie adverse explique, à cet égard, que le nombre de 70.000 dossiers correspond à la moyenne du volume annuel de dossiers en recouvrement qui est actuellement géré pour le compte de la SWDE tandis que le nombre de dossiers qui sera à traiter pour le compte de la SWDE et de la CILE sera nécessairement plus important, comme cela ressort du cahier spécial des charges qui mentionne, à titre indicatif, un nombre annuel d'environ 82.000 dossiers (point V.1.3 du cahier spécial des charges). La partie adverse ajoute que la référence faite par la requérante au cahier spécial des charges qui régit actuellement le marché public de recouvrement de créances de la SWDE n'est pas pertinente, la structure du marché litigieux étant différente, puisque contrairement au marché en cours, il n'est pas divisé en lots. Elle expose que l'exigence critiquée est intrinsèquement liée à ce choix et à la volonté de recourir à un prestataire unique pour gérer l'ensemble des dossiers de recouvrement de créances de la SWDE et de la CILE, choix qu'elle justifie tant d'un point de vue territorial que d'un point de vue matériel (phases de recouvrements amiable et judiciaire) pour garantir une logique de cohérence, d'équité et d'uniformité des méthodes de recouvrement, mais également de maîtrise des coûts. La partie adverse affirme et confirme à l'audience que ce sont ces

éléments qui ont présidé au choix du critère de sélection critiqué et des seuils à atteindre.

Les éléments invoqués par la partie adverse tendent, certes, à justifier la décision ne pas allotir le marché litigieux ainsi que celle de recourir à un prestataire unique pour l'exécution de celui-ci. Dans un tel contexte, l'exigence d'une expérience de gestion annuelle de 70.000 dossiers paraît *prima facie* liée et proportionnée à l'objet du marché, puisqu'à la suite de la décision de ne pas allotir le marché, un volume indicatif d'environ 82.000 dossiers à traiter annuellement est annoncé par le cahier spécial des charges. Cependant, aucun des éléments avancés par la partie adverse ne semble pouvoir justifier la condition supplémentaire d'atteindre un tel volume de dossiers « pour le compte d'un même client ». Si cette exigence paraît, à première vue, liée aux caractéristiques du marché et à ses contraintes d'exécution – puisqu'il s'agit de traiter un important volume de dossiers dans le cadre d'un seul et même marché –, elle conduit inévitablement à exclure un grand nombre de candidats potentiels sans que la partie adverse n'explique en quoi cette prescription est nécessaire pour garantir la capacité technique et professionnelle des candidats à exécuter le marché. Comme le relève la requérante, dans le cahier spécial des charges du marché précédent de recouvrement de créances de la SWDE, la partie adverse exigeait déjà des volumes importants de dossiers à traiter (par lot), mais permettait qu'ils concernent des clients différents (pour le lot 1, 50.000 dossiers en recouvrement pour le compte de maximum 5 clients différents et, pour le lot 2, 20.000 dossiers en recouvrement pour le compte de maximum 2 clients différents), de manière à garantir un niveau de concurrence suffisant. Toute l'explication donnée par la partie adverse est, comme elle l'indique elle-même, « intrinsèquement liée au choix de prévoir un seul lot » et de recourir à un seul prestataire. Aucun élément du dossier ni aucune évidence ne permet cependant de comprendre en quoi ce prestataire unique ne pourrait démontrer sa capacité à exécuter le marché que par une expérience en tout point comparable à l'objet du marché en apportant la preuve du traitement annuel d'un nombre de 70.000 dossiers « pour compte d'un même client », plutôt que pour le compte d'un nombre pluriel de clients, le cas échéant limité. Ainsi, la partie adverse n'explique pas, en particulier, en quoi le fait de traiter un nombre important de dossiers pour un seul client plutôt que pour plusieurs clients affecte la capacité technique et professionnelle du candidat à exécuter le marché litigieux tel qu'il se présente. Le critère de sélection litigieux empêche un prestataire de services qui traiterait un grand nombre de dossiers en recouvrement chez plusieurs clients d'être sélectionné sans qu'on en comprenne les raisons, alors que la partie adverse affirme, par ailleurs, dans sa note d'observations, qu'elle n'a « aucun intérêt à limiter trop fortement la concurrence, qui plus est dans une procédure négociée, qui implique que les offres ne sont pas

déposées en même temps que les candidatures, au risque de réduire le nombre de candidats et, partant, le nombre d'offres à un prix concurrentiel ».

Il n'est, par ailleurs, pas contestable que l'exigence d'un nombre de 70.000 dossiers à traiter annuellement pour le compte d'un seul et même client constitue *de facto* un obstacle à l'exercice du droit reconnu par l'article 150, § 1er, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 de faire valoir les capacités d'autres entités. Si, comme le relève la partie adverse, un adjudicateur peut, dans des circonstances exceptionnelles, limiter ce droit parce que le marché présente des particularités nécessitant une certaine capacité qui n'est pas susceptible d'être obtenue en rassemblant des capacités inférieures de plusieurs opérateurs, force est de constater que la partie adverse soutient elle-même, dans sa note d'observations, qu'elle n'a, pour ce qui concerne le marché litigieux, pas entendu interdire aux opérateurs économiques de s'associer entre eux pour déposer une candidature, ni voulu empêcher un candidat de recourir à la capacité de tiers, cette possibilité étant d'ailleurs expressément visée au cahier spécial des charges (point I.4.2.1 du cahier spécial des charges).

Au vu de ce qui précède et en l'absence de tout autre élément invoqué par la partie adverse comme l'ayant déterminé à fixer le critère de sélection contesté, le Conseil d'État ne peut *prima facie* tenir celui-ci pour justifié et, dès lors, contrôler le caractère proportionné du niveau d'exigence qu'il impose aux candidats. Dans cette circonstance, le Conseil d'État n'est pas non plus en mesure de contrôler la légalité de la décision de ne pas sélectionner la requérante au motif qu'elle ne répond pas à ce critère.

Dans cette mesure, le premier moyen de la requête est sérieux.

Il n'est pas procédé à l'examen des autres moyens de la requête ni aux moyens nouveaux soulevés dans la note complémentaire déposée par la requérante, qui ne sont pas de nature à conduire à une suspension plus étendue.

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'emporteraient sur ses avantages.

VIII. Confidentialité

VIII.1. Demandes et positions des parties

La requérante demande que la demande de participation qu'elle a déposée dans le cadre du marché litigieux soit tenue pour confidentielle dans l'hypothèse où elle serait produite au dossier administratif. Il s'agit de la pièce 12 identifiée à l'inventaire du dossier de pièces annexé à la requête. Elle demande, par ailleurs, dans sa requête, d'avoir accès à plusieurs pièces du dossier administratif, à savoir, en particulier, les deux actes attaqués et la « Note au conseil d'administration de la SWDE », le cas échéant dans une version caviardée, pour lui permettre d'exercer ses droits.

La partie adverse dépose, à titre confidentiel et à l'attention unique du Conseil d'État plusieurs pièces, pour ne pas nuire au secret d'affaires ou porter préjudice à une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des courriels envoyés aux entreprises dans le cadre de la consultation préalable (pièce 1), des présentations *PowerPoint* de ces entreprises (pièces 2 à 7), des demandes de participation des différents candidats (pièces 23 à 27) et des échanges de courriels qu'elle a eus avec les sociétés Alektum et Modero (pièces 28, 29, 29.2 et 29.3). La partie adverse explique, par ailleurs, déposer des versions caviardées de la « Note au conseil d'administration de la SWDE » (pièce 8.1) et de la décision du 14 février 2023 du conseil d'administratif de la CILE (pièce 10.1). Elle précise, à cet égard, que, concernant la « Note au conseil d'administration de la SWDE », les passages soustraits à l'attention des parties sont protégés par le secret d'affaires (prix proposés par l'adjudicataire en place dans le cadre du précédent marché) ou peuvent nuire à la concurrence loyale entre les entreprises (hypothèses retenues pour calculer le montant annuel de base et qui se fondent sur une moyenne des différentes offres reçues lors du précédent marché et dont les soumissionnaires pourraient tenir compte pour établir leurs prix dans le cadre du marché litigieux alors que le délai pour le dépôt des offres court toujours). Quant à la décision du 14 février 2023 du conseil d'administration de la CILE, la partie adverse relève que les passages caviardés concernent les antécédents des précédents marchés qui font toujours l'objet de procédures contentieuses dans lesquelles la requérante est impliquée, ces informations n'étant, selon elle, pas nécessaires à la solution du litige puisque la requérante ne conteste que la compétence de l'auteur de cette décision.

VIII.2. Appréciation du Conseil d'État

Les demandes de confidentialité introduites par les parties n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de garantir la confidentialité des pièces concernées.

Il convient toutefois de noter que la requérante n'a pas déposé sa demande de participation (pièce 12) sur la plateforme électronique du Conseil d'État.

Par ailleurs, la partie adverse a, par erreur, versé au dossier administratif non confidentiel des pièces pour lesquelles elle demandait la confidentialité (pièces 28.2, 28.3 et 28.4). Bien que la requérante a, de ce fait, eu accès à ces pièces et a, sans chercher à contester le caractère confidentiel de ces dernières, développé des moyens nouveaux sur cette base, la demande de confidentialité portant sur ces pièces n'a pas perdu son objet : le présent arrêt ne met pas fin à la procédure devant le Conseil d'État et il ne peut être exclu que d'autres parties demandent à intervenir à celle-ci.

La partie adverse a, pour le reste, comme le souhaitait la requérante, produit une version caviardée de la « Note au conseil d'administration de la SWDE » et de la décision du 14 février 2023 du conseil d'administration de la CILE. La confidentialité de la version intégrale de ces deux décisions peut, à ce stade, être maintenue (pièces 8.2 et 10.2).

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La société coopérative à responsabilité limitée de droit public Compagnie intercommunale liégeoise des eaux est mise hors de cause.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision du directeur de processus Clientèle de la SWDE du 9 mai 2023 décidant de ne pas sélectionner la SRL Alain Bordet en tant que candidat du marché public conjoint de service pour le recouvrement des créances de la SWDE et de la CILE (3380-CSC Recouvrements créances 2024-2031) est ordonnée.

La demande de suspension est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L’exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.2, 10.2 , 23, 24, 25, 26, 27, 28.1, 28.2, 28.3, 28.4, 29.1, 29.2 et 29.3 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI[e] chambre siégeant en référé, le 28 juin 2023, par :

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

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	Florence Piret