

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 257.613 du 12 octobre 2023

A. 226.194/VI-21.318

En cause : **la société anonyme TRBA,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Bernard DE COCQUEAU et
André DELVAUX, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée par
son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^e Anne FEYT, avocat,
rue de la source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 19 septembre 2018, la SA TRBA demande l'annulation de :

- « - La décision de non-sélection de l'offre de la SA TBRA, contenue dans la décision motivée d'attribution du marché de travaux d'amélioration pour la réalisation d'une zone de rétention avec aménagement hydromorphologique sur la Senne au lieu-dit "Champ Ripain" à Tubize (avis de marché n° 2018-508863), et communiquée par la REGION WALLONNE à la SA TRBA par envoi recommandé du 20 juillet 2018 ;
- La décision motivée d'attribution du marché de travaux d'amélioration pour la réalisation d'une zone de rétention avec aménagement hydromorphologique sur la Senne au lieu-dit "Champ Ripain" à Tubize (avis de marché n° 2018-508863), adoptée à une date et à un soumissionnaire inconnu de la requérante ».

II. Procédure

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État ont été acquittés.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 6 janvier 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 15 février 2023. Des courriers du 9 février 2023 ont remis l'affaire à l'audience du 17 mai 2023.

M. David De Roy, président de chambre f.f., a exposé son rapport.

M^e Tom Préaux, *loco* M^{es} Bernard De Cocqueau et André Delvaux, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Nathan Mouraux, *loco* M^e Anne Feyt, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, auditeur, a été entendue en son avis contraire.

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

1. Le 29 mars 2018, la partie adverse publie un avis de marché au Bulletin des adjudications, intitulé « Travaux d'amélioration sur un cours d'eau non navigable de première catégorie : réalisation d'une zone de rétention avec aménagement hydromorphologique sur la Senne au lieu-dit Champ Ripain à Tubize ». Il s'agit d'un marché public de travaux pour lequel une procédure ouverte est suivie.

Selon le cahier spécial des charges, le marché implique, principalement : « Des travaux de terrassement ; Le traitement de remblai à la chaux en centrale mobile ; La constitution de digue avec la terre traitée à la chaux ; La réalisation de

mares de biodiversité ».

L'ouverture des offres est prévue le 15 mai 2018.

2. Le 23 mai 2018, un rapport sur l'examen des offres remises est établi. Il en ressort notamment que cinq offres ont été déposées; que l'analyse qualitative conclut que deux entreprises - dont ne fait pas partie la requérante - peuvent être considérées comme aptes à réaliser les travaux; et qu'il est proposé de confier le marché à la s.p.r.l. ETH.

3. Le 18 juillet 2018, une décision motivée d'attribution du marché public est adoptée. C'est l'offre de la s.p.r.l. ETH qui est retenue, pour un montant de 181.390,00 EUR HTVA. Il s'agit de l'acte attaqué, en son second objet.

4. Le 20 juillet 2018, la partie adverse adresse un courrier recommandé à la partie requérante, afin de lui communiquer les motifs de sa non-sélection. Il s'agit de l'acte attaqué, en son premier objet ; il repose sur les motifs suivants :

« Madame, Monsieur,

Conformément à l'article 7 et suivants de la loi du 17 juin 2013, modifiée par les lois du 4 décembre 2013 et du 16 février 2017, 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 concession, nous vous informons que votre offre remise dans le cadre du marché sous-rubrique a été exclue lors de la section qualitative par rapport à la capacité technique de votre entreprise qui devait être démontrée dans les critères de sélection qualitative repris au cahier spécial des charges qui régit ce marché.

En effet, ce dernier imposait, conformément notamment aux articles 67, 68, 69 et 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de fournir le document relatif à la sélection qualitative suivant :

1) La preuve de l'accomplissement de 3 chantiers d'un montant de 165.000,00 € HTVA sur des cours d'eau non navigables, durant les 5 dernières années précisant les montants, lieux et époques d'exécution et appuyée, pour chacun des travaux, d'un certificat authentifié de bonne exécution par le maître d'œuvre.

Un seul chantier de référence valable sur un cours d'eau non navigable, accompagné d'un certificat d'exécution, a été fourni ; il s'agit de travaux pour la réalisation de zones inondables sur la Brainette à Braine-le-Comte.

Les autres références fournies ne concernent pas un cours d'eau non navigable mais un parc communal, un barrage sur une voie navigable, une aire de stockage et un bassin d'orage routier.

Une seule référence sur les trois demandées est recevable.

Suite à cette analyse qualitative, votre entreprise n'ayant pas remis tous les documents requis par la sélection qualitative (capacité technique), tel que stipulé au cahier spécial des charges qui régit ce marché, a été écartée conformément aux

articles 68 et suivants de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la requérante

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de « la violation de l'article 66, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, du principe de bonne administration, de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de l'erreur manifeste d'appréciation et du principe *Patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que de la violation de la section 3 du chapitre 5 du cahier spécial des charges ».

Elle rappelle tout d'abord la portée de l'article 66, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précitée, ainsi que celle du principe général de droit administratif *Patere legem quam ipse fecisti*. Elle cite ensuite le critère litigieux de sélection qualitative ayant amené à son éviction dans le cadre de la procédure de marché public visée ici, décrit à la section 3 du chapitre 5 du cahier spécial des charges et qui impose que le soumissionnaire transmette :

« La preuve de l'accomplissement de 3 chantiers d'un montant de 165.000,00 EUR HTVA sur des cours d'eau non navigables, durant les 5 dernières années.
Niveau d'exigence : la preuve précitée qui précisera les montants, lieux et époques d'exécution de 3 chantiers durant les 5 dernières années civiles et sera appuyée, pour chacun des travaux, d'un certificat authentifié de bonne exécution par le maître d'œuvre, traduit en français, le cas échéant ».

Elle critique le fait que la partie adverse ait refusé de tenir compte, pour l'appréciation de ce critère de sélection en ce qui la concerne, des chantiers qu'elle a effectués à Estaimpuis et à Kain, ceux-ci concernant bien des cours d'eau non navigables, selon elle. Elle précise que, pour ces deux références, elle a indiqué dans son offre que les travaux concernaient des travaux de catégorie B1, soit des travaux hydrauliques portant sur le curage de cours d'eau; qu'une partie importante du chantier d'Estaimpuis aurait été réalisée sur l'Esperlion, lequel forme bien un cours d'eau non-navigable de deuxième catégorie, conformément à l'atlas des cours d'eau non-navigables de la partie adverse; que le chantier de Kain ayant trait au remplacement du barrage de l'écluse de Kain, une importante partie du chantier a été réalisée sur et le long du Rieu de Maire, lequel constitue également un cours d'eau non-navigable de deuxième catégorie, selon l'atlas précité.

Elle en déduit que ces deux références auraient manifestement dû être prises en considération et validées par l'autorité adjudicatrice, en sus de la référence

liée aux travaux réalisés à Braine-le-Comte. Elle fait par ailleurs observer qu'elle s'était entièrement conformée au niveau d'exigence requis puisque, pour chacune de ces références, les montants, lieux et époques d'exécution à l'instar des certificats de bonne exécution, avaient été transmis; que, sur cette base, la partie adverse ne pouvait, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation et sans violer le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, le principe *patere legem quam ipse fecisti*, ainsi que les documents du marché, écarter son offre au stade de la sélection.

B. Mémoire en réplique

La requérante réplique qu'il est erroné de soutenir que les références et documents qu'elle a produits ne permettaient pas de savoir si les chantiers invoqués répondaient à l'exigence imposée dès lors que les chantiers auxquels elle a fait référence étaient des chantiers en catégorie B1, soit des travaux de curage de cours d'eau. Elle ajoute ce qui suit :

« Il appartenait, en tout état de cause, à [la partie adverse] d'interroger, dans le respect de l'égalité de traitement des soumissionnaires, [la partie requérante] sur les références produites si un doute devait subsister quant à la nature des travaux réalisés et sur le type de cours d'eau visé par ceux-ci.
En effet, les documents du marché n'imposaient nullement aux soumissionnaires de démontrer que les travaux réalisés portaient sur des cours d'eau non navigables. Conformément au niveau d'exigence prévu par le cahier spécial des charges, seuls devaient être transmis les montants, lieux et époques d'exécution de 3 chantiers durant les 5 dernières années civiles, avec, pour chacun des travaux, un certificat de bonne exécution authentifié par le maître de l'ouvrage.
Or, comme indiqué supra, l'ensemble de ces éléments a bien été transmis [...] ».

C. Dernier mémoire

La requérante fait valoir ce qui suit :

« 7. La requérante fait sien le raisonnement adopté par Madame l'Auditeur quant à ce premier moyen.

8. Par ailleurs, elle souligne que, contrairement à ce qu'allègue la partie adverse dans son dernier mémoire (pp. 10 et 11), la Région wallonne a, dans le cadre de l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt n° 243.855 de Votre Conseil, expressément considéré que la référence au chantier d'Estaimpuis (identique à celle produite en l'espèce) pouvait être prise en compte comme référence pour des travaux sur un cours d'eau non navigable à hauteur de 4 299.318,48 EUR HTVA (p. 5 de l'arrêt précité).

9. La SA TRBA précise, au surplus, qu'il ne fait pas de doute que les références des chantiers réalisés à Kain et Estaimpuis concernent des chantiers réalisés principalement sur des cours d'eau non navigables, soit l'Esperlion et le Rieu de Maire, et atteignent le seuil de 165.000 EUR HTVA, ainsi que le démontre sans conteste la requérante (pièces 6, 7, 8, 9, 10 et 11).

Par conséquent, il est erroné d'affirmer, dans le chef de la partie adverse (p. 11 de son dernier mémoire), qu'en cas d'interrogation de la partie requérante, celle-ci

n'aurait pas pu démontrer que les références relatives aux chantiers de Kain et Estaimpuis portaient bien sur des cours d'eau non navigables et étaient supérieures au montant fixé de 165.000 EUR HTVA.

La requérante souligne, du reste, que les références produites par la SA TRBA dans le cadre du marché faisant l'objet du présent litige ont été acceptées par la Province du Hainaut dans le cadre des marchés lancés par elle et relatifs aux travaux de construction de bassins de rétention sur des cours d'eau non navigables (projet NAQIA – voy. notamment les cahiers des charges n^{os} CE/1170/2018/0017 et CE/1170/2018/0013).

10. Aussi, et ainsi que la requérante l'a déjà souligné au travers de ses écrits de procédure, l'ensemble des informations exigées par la partie adverse concernant la preuve des références ont bien été produites par la requérante, au travers de son offre.

La SA TRBA avait en effet indiqué, pour chacune des références produites, les montants, lieux et époques d'exécution et transmis les certificats de bonne exécution (pièce 4, pp. 28 et suivantes).

11. Le premier moyen est dès lors fondé et la requérante s'en réfère, pour le surplus, à sa requête en annulation et à son mémoire en réplique ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Au titre du critère de sélection qualitative dont la requérante conteste l'application faite par la partie adverse, chaque soumissionnaire devait fournir la preuve de l'accomplissement de trois chantiers d'un montant de 165.000,00 € HTVA sur des cours d'eau non navigables durant les cinq dernières années, précisant les montants, lieux et époques d'exécution et appuyée, pour chacun des travaux, d'un certificat authentifié de bonne exécution par le maître d'œuvre.

Tel que formulé dans la requête, le moyen fait notamment grief à la partie adverse de ne pas avoir pris en considération – pour les besoins de la sélection qualitative – les références invoquées par la requérante à propos de chantiers à Estaimpuis et Kain, qui – selon ce qu'elle soutient – impliquaient bien des travaux sur des cours d'eaux non navigables, identifiables comme tels dans l'atlas des cours d'eau non navigables établi par la partie adverse.

Dans l'offre de la requérante, les références invoquées par celle-ci pour démontrer que les exigences fixées par le critère de sélection litigieux étaient rencontrées se présentaient comme suit :

«

Travaux :	ESTAIMPUIS <i>Parc Commercial – Terrassement et aménagement des abords</i> <i>Chantier n° 14853 - 15757</i>	
Maître de l’Ouvrage :	S.A. PCE	
Période d’exécution :	2014 - 2016	
Montant total des travaux exécutés (hors révision, hors TVA) :		3.194.618,38 €
Travaux en catégorie B1 :	387.199,46 €	
<hr/>		
Travaux :	KAIN – Haut Escaut <i>Remplacement du barrage de l’Ecluse de Kain</i> <i>Chantier n° 15703</i>	
Maître de l’Ouvrage :	S.A. BAGECI	
Période d’exécution :	2015 – 2016	
Travaux soumissionnés au nom de la S.M. S.A. TRBA – S.A. ECOTERRES		
Participation TRBA :	50 %	
Montant total des travaux exécutés (hors révision, hors TVA) :		950.258,30 €
Travaux en catégorie B1 :	950.258,30 €	
<hr/>		
Travaux :	VAULX <i>Aménagement d’une aire de stockage et de manutentions – Phase 2</i> <i>Chantier n° 09712</i>	
Maître de l’Ouvrage :	PACO	
Période d’exécution :	2015 - 2016	
Montant total des travaux exécutés (hors révision, hors TVA) :		3.307.316,23 €
Travaux en catégorie B :	1.148.242,74 €	
<hr/>		
Travaux :	LUINGNE <i>Création d’un bassin d’orage au carrefour formé par les rues Henri Gadenne et Saint-Charles</i> <i>Chantier n° 11459</i>	
Maître de l’Ouvrage :	ADMINISTRATION COMMUNALE DE MOUSCRON	
Période d’exécution :	2012 – 2013	
Travaux soumissionnés au nom de la S.M. S.A. TRBA – S.A. EECOCUR		
Participation TRBA :	100 %	
Montant total des travaux exécutés (hors révision, hors TVA) :		686.793,92 €
Travaux en catégorie B :	686.793,92 €	
<hr/>		
Travaux :	BRAINE-LE-COMTE <i>Travaux de réalisation d’un bassin d’orage et de 3 zones inondables (Martel, Feluy et Houssière)</i> <i>Chantier n° 11455</i>	
Maître de l’Ouvrage :	ADMINISTRATION COMMUNALE DE BRAINE-LE-COMTE	
Période d’exécution :	2012 - 2013	
Montant total des travaux exécutés (hors révision, hors TVA) :		817.652,87 €
Travaux en catégorie B :	495.903,17 €	
<hr/>		

».

La requérante fait valoir que cette présentation est conforme à ce que prescrivaient les documents du marché, en ce que – pour chacune des références – elle mentionne les montants, lieux et époques d’exécution et que les certificats de

bonne exécution ont été transmis. En soulignant, par ailleurs, que les cours d'eau affectés par les chantiers d'Estaimpuis et Kain étaient identifiés dans l'atlas des cours d'eau non navigables de la partie adverse, elle semble suggérer que celle-ci ne pouvait – sans commettre une erreur manifeste d'appréciation – refuser ces références, alors que les cours d'eau concernés lui étaient connus.

Comme la requérante l'a très bien compris – selon ce que laisse apparaître la présentation des références invoquées – il lui appartenait de mentionner – outre les montants, lieux et époques d'exécution – l'objet de chaque chantier dont elle entendait se prévaloir. Il lui incombait de mentionner cet objet en des termes suffisamment clairs et précis, permettant de comprendre que les chantiers concernés entraient dans les prévisions du critère de sélection litigieux.

Quand bien même les références relatives aux chantiers d'Estaimpuis et de Kain se rapporteraient à des travaux sur des cours d'eau non navigables que la partie adverse serait en mesure d'identifier comme tels selon ses propres connaissances, il s'impose de constater que, telles que les a présentées la requérante pour ce qui concerne leurs objets respectifs, les références concernant ces deux chantiers ne permettaient pas, en tant que telles, à la partie adverse de savoir qu'étaient invoqués des chantiers sur des cours d'eau non navigables. Ceci ne pouvait, par ailleurs, se déduire de la seule mention des niveaux d'agrégation précisés pour chaque référence.

Au vu des éléments d'identification de l'objet des chantiers d'Estaimpuis et de Kain, tels que les a elle-même présentés la requérante, il ne peut être reproché à la partie adverse ni d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en ne prenant pas en considération les références relatives à ces deux chantiers, ni – partant – d'avoir méconnu les autres principes ou dispositions dont la violation est invoquée par le moyen.

Enfin, au point 26 de son mémoire en réplique, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas l'avoir interrogée, dans le respect de l'égalité de traitement des soumissionnaires, « si un doute devait subsister quant à la nature des travaux réalisés et sur le type de cours d'eau visé par ceux-ci ». Ce grief nouveau, qui aurait pu être formulé dès l'introduction de la requête, doit être déclaré irrecevable en raison de sa tardiveté.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen ne peut être accueilli.

V. Second moyen

V.1. Thèse de la requérante

A. Requête

La requérante soulève un second moyen, pris de « la violation de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que du principe de bonne administration, d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de non-discrimination, de concurrence et du principe de proportionnalité ».

Elle rappelle dans un premier temps le prescrit de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 précitée et fait valoir que le pouvoir adjudicateur est tenu, dans ce cadre, d'exercer son pouvoir d'appréciation de manière circonstanciée et proportionnée, en prévenant toute discrimination et toute restriction de concurrence. Elle indique que, si le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur quant à l'opportunité du choix des critères de sélection, il reste en mesure de sanctionner les critères qui ne seraient pas liés et proportionnés à l'objet du marché.

La requérante critique l'exigence, dans le cadre de la sélection qualitative, de produire trois références liées à la réalisation de travaux sur des cours d'eau non navigables alors qu'il résulte du métré que le chantier visé par le marché public litigieux constitue en réalité un chantier de terrassement dont la part de travaux se trouvant en contact avec le cours d'eau est infime. Elle précise que dans le cadre de son offre, cette part représente moins de 1% de la valeur du marché et en déduit qu'exiger des soumissionnaires qu'ils produisent trois références liées à la réalisation de travaux effectués sur des cours d'eau non navigables apparaît tout à fait disproportionné; pour ce motif, un tel critère ne permet pas de déterminer les soumissionnaires capables techniquement de réaliser le marché et qu'il restreint indûment la concurrence dans la mesure où il entraîne l'exclusion d'opérateurs économiques techniques aptes à réaliser le marché.

B. Mémoire en réplique

Selon la requérante, la partie adverse reconnaît elle-même que l'objet des travaux consiste en des travaux de terrassement à réaliser dans le contexte d'un cours d'eau non navigable et d'un montant très modique et en déduit que l'exigence litigieuse est bien disproportionnée puisque le marché porte en très grande partie sur des travaux de terrassement qui n'impliquent aucun contact véritable avec le cours

d'eau non navigable; qu'une telle exigence est de surcroît sans lien réel avec l'objet du marché.

Elle répète que ce critère restreint, par voie de corollaire, indûment la concurrence et observe qu'il ressort du rapport d'examen des offres que seules deux entreprises sur les cinq qui avaient remis offre disposaient des références requises.

C. Dernier mémoire

La requérante fait valoir ce qui suit :

« 15. En premier lieu, il est erroné d'affirmer que la requérante ne démontre pas que les travaux ne concernent que pour une part infime des travaux en contact avec le cours d'eau.

En effet, sur la base du métré récapitulatif (annexe 4, pp. 7-9), elle a, en termes de requête, décortiqué chacun des postes et déterminé ceux qui présentaient un lien avec le cours d'eau non navigable.

Il est apparu de cette analyse que seuls les postes relatifs au tuyau et au petit ouvrage en béton (dans le cadre des travaux de canalisations et ouvrages d'art - chapitres I et J) étaient partiellement en contact avec la voie non navigable.

Or, ces postes représentent manifestement moins de 1 % de la valeur estimée du marché, dès lors que leur montant cumulé n'est que d'un peu plus de 1.000 EUR dans l'offre de la requérante (celle-ci étant d'un montant de 206.707,51 EUR HTVA).

A cet égard, la partie adverse ne conteste pas l'analyse de la partie requérante et reconnaît, elle-même, dans ses mémoire en réponse et dernier mémoire, que "l'objet du marché est dès lors clairement renseigné comme des travaux de terrassement (certes, compris dans un sens large) à réaliser dans un contexte particulier, cours d'eau non navigables, d'un montant très modique" (p. 7 du mémoire en réponse, soul. par nous).

L'invocation par Madame l'Auditeur de l'arrêt n° 243.855 rendu par Votre Conseil n'est, sur ce point, pas opportune, dès lors que la proportion des travaux en lien avec le cours d'eau était, dans le cadre ce dossier, bien supérieure à celle relative au présent marché.

16. Ensuite, la requérante note qu'aucun élément technique n'est avancé par la partie adverse qui expliquerait que les travaux essentiellement de terrassement présenteraient une particularité dès lors qu'ils s'inscrivent dans un marché lié à un cours d'eau non navigable.

En réalité, si aucune justification n'est fournie sur ce point par la partie adverse, cela s'explique uniquement par le fait que la réalisation des travaux de terrassement ne présentait, en l'espèce, aucune particularité et n'impliquait la mise en œuvre d'aucune technique spécifique.

Par voie de corollaire, et contrairement au raisonnement adopté par Madame l'Auditeur, il appartenait, en l'espèce, à la partie adverse de démontrer, le cas échéant, cette particularité et non à la partie requérante de démontrer l'absence de toute particularité, une telle preuve négative ne pouvant être fournie.

En tout état de cause, la requérante s'en réfère aux clauses techniques du cahier spécial des charges, desquelles il ne ressort aucune particularité/spécificité des travaux du fait de la présence d'un cours d'eau non navigable (annexe 3, pp. 40 et s.).

17. Par ailleurs, un élément contextuel abstrait – lié, en l'espèce, à l'objectif d'amélioration d'un cours d'eau non navigable - ne peut, contrairement à ce qui est soutenu par Madame l'Auditeur, servir de base à la fixation d'exigences

spécifiques en termes de sélection qualitative, si ces dernières ne sont pas concrètement justifiées au regard des travaux prévus par le cahier spécial des charges.

En décider autrement laisserait la voie libre à l'arbitraire et serait contraire au prescrit même de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016.

18. Par conséquent, et dès lors que le chantier visé par le marché public de travaux lancé par la partie adverse constituait, en réalité, un chantier normal de terrassement, l'exigence de production de trois références liées à la réalisation de travaux effectués sur des cours d'eau non navigables d'un montant de 165.000 EUR apparaît tout à fait disproportionnée et ne présente pas de lien réel et concret avec l'objet du marché.

Un tel critère de sélection n'est ainsi pas enclin à déterminer les soumissionnaires capables techniquement de réaliser le marché et restreint dès lors indûment la concurrence.

Quant à la restriction de concurrence opérée, la SA TRBA note, au surplus, que :

- pour le présent marché, seuls deux soumissionnaires sur cinq disposaient, selon la partie adverse, des références de travaux requises ;
- tant le marché faisant l'objet du présent recours que celui ayant donné lieu à l'arrêt n° 243.855 du 28 février 2019 ont été attribués au même opérateur économique, soit la SPRL ETH.

19. En l'absence d'un tel critère de sélection illégal lié à la production de références de travaux effectués sur des cours d'eau non navigables, l'offre de la SA TRBA aurait été sélectionnée étant donné qu'elle remplissait l'ensemble des autres critères de sélection et n'était visée par aucun motif d'exclusion.

20. Il en résulte que le deuxième moyen doit être déclaré fondé, tandis que la requérante s'en réfère, pour le surplus, à sa requête en annulation et à son mémoire en réplique ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

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 ».

Dans le respect des conditions définies par cet article, la fixation des critères de sélection qualitative est laissée à l'appréciation discrétionnaire du pouvoir adjudicateur, de sorte que – dans le contrôle de légalité de ces critères – il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à celle qu'a portée l'autorité au titre de ce pouvoir discrétionnaire. Il lui revient, le cas échéant, de censurer une méconnaissance des conditions définies par la disposition précitée ou

une erreur manifeste d'appréciation que cette autorité aurait commise en fixant ces critères.

En l'espèce, le critère de sélection litigieux imposait aux soumissionnaires de fournir la preuve de l'accomplissement de trois chantiers d'un montant de 165.000,00 € HTVA sur des cours d'eau non navigables durant les 5 dernières années, précisant les montants, lieux et époques d'exécution et appuyée, pour chacun des travaux, d'un certificat authentifié de bonne exécution par le maître d'œuvre.

L'objet du marché est, par ailleurs, défini en ces termes, par le cahier spécial des charges, qui n'est pas critiqué sur ce point :

« Travaux d'amélioration sur un cours d'eau non navigable de 1^{ère} catégorie : Réalisation d'une zone de rétention avec aménagement hydromorphologique sur la Senne au lieu-dit Champ Ripain à Tubize dans le cadre du projet européen LIFE Belini ».

Dès lors que ce marché a pour objet des travaux d'amélioration sur un cours d'eau non navigable, il ne peut être sérieusement soutenu que le critère de sélection litigieux ne serait pas lié à cet objet, particulièrement en raison du contexte géographique de réalisation des travaux projetés. La part de travaux en contact direct avec le cours d'eau ne suffit pas à dénier le lien entre le critère de sélection et l'objet du marché. Par ailleurs, et toujours au regard de cet objet, du contexte d'exécution des travaux et du montant estimé de ceux-ci, il n'apparaît pas que ce critère de sélection serait disproportionné. Enfin, la requérante n'établit pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation, en fixant ce critère de sélection.

Le moyen n'est, en conséquence, pas fondé.

VI. Indemnité de procédure

La partie adverse demande « de condamner la partie requérante aux dépens, soit 700 € en faveur de la partie adverse ». Ainsi formulée, cette demande doit se comprendre comme sollicitant la condamnation de la requérante au paiement d'une indemnité de procédure fixée au montant de 700 euros.

La requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de

procédure de la partie adverse.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 12 octobre 2023, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composé de :

David De Roy,
Florence Piret,
Raphaël Born,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy