CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 260.768 du 24 septembre 2024

A. 231.201/VI-21.802

En cause : **la société à responsabilité limitée ETS. MONTPELLIER** (anciennement L.I. DECOR),
ayant élu domicile chez
M^e Anthony BOCHON, avocat,
avenue Louise 522/1
1050 Bruxelles,

contre :

la Communauté française, représentée par son Gouvernement,
ayant élu domicile chez
M^es François MOISES et Julie BOCKOURT, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 6 juillet 2020, la partie requérante demande l'annulation de « la décision du Ministre-Président du Gouvernement de la Communauté française de Belgique (Fédération Wallonie-Bruxelles) du 5 mai 2020 d'attribution du marché public de fourniture sous forme d'accord-cadre portant sur des masques en tissu ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

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

M^me Pauline Lagasse, 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 un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 25 mars 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 24 avril 2024.

M^me^ Michèle Belmessieri, conseillère d'État, a exposé son rapport.

M^e^ Anthony Bochon, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ François Paulus, *loco* M^es^ François Moïses et Julie Bockourt, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Pauline Lagasse, auditeur, a été entendue en son avis conforme.

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

III. Exposé des faits

1. Le 27 avril 2020, la partie adverse lance un marché public de fourniture de masques en tissu.

Le marché prend la forme d'un accord-cadre conclu pour une durée de 8 mois.

La procédure d'attribution est la procédure négociée sans publication préalable, sur la base de l'article 42, § 1^er^, 1°, b), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (urgence impérieuse).

La Communauté française intervient, en tant que centrale d'achats, pour son propre compte ainsi que pour le compte d'autres pouvoirs publics (O.N.E., C.S.A., R.T.B.F, ARES, etc.).

2. Le marché est régi par le cahier spécial des charges MP4629-Masques.

Sous le point 9. « Sélection », le cahier spécial des charges mentionne ce qui suit :

« […]

e) En cas de groupement économique ou de recours à un tiers

Les dispositions relatives aux exclusions obligatoires, facultatives et aux dettes sociales et fiscales sont applicables individuellement à tous les participants d'un groupement d'opérateurs économiques et à tous les tiers à la capacité desquels il est fait appel.

f) Critères de sélection

1. Capacités techniques et professionnelles
Le soumissionnaire apporte la preuve de sa capacité technique et professionnelle en joignant à son offre les éléments suivants :
> démontrer avoir le nombre de machines et de personnel en quantités suffisantes pour permettre de coudre n'importe quelle pièce avec un volume de tissu nécessaire à la confection de 250.000 masques en tissu et ce, de manière hebdomadaire

2. Capacité par et/ou avec d'autres entités
Conformément à l'article 78 de la loi du 17 juin 2016, un soumissionnaire peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique du lien qui l'unit à ces entités, en ce qui concerne les critères relatifs à la capacité économique et financière énoncés à l'article 67 de la loi du 17 juin 2016 et les critères relatifs aux capacités techniques et professionnelles, visés aux articles 68 et 70 de la loi du 17 juin 2016. Si un soumissionnaire souhaite recourir aux capacités d'autres entités, il apporte au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, notamment en produisant l'engagement de ces entités à cet effet. »

Les critères d'attribution sont (1) le prix (50 points) et (2) le nombre de masques réalisés entre le 1er et le 7e jour calendrier à compter de la date d'envoi du bon de commande et entre le 8e et le 14e jour calendrier à compter de la date d'envoi du bon de commande (indépendamment du premier délai de 7 jours) en sachant que la première commande s'élève à 1.200.000 masques et qu'il est primordial de recevoir le maximum de masques au terme du 7e jour calendrier (50 points).

Des variantes facultatives sont autorisées.

3. La partie requérante et 42 autres entreprises sont invitées par la partie adverse à remettre offre dans le cadre de ce marché.

4. Le 30 avril 2020, la partie requérante remet une offre. Quatorze autres soumissionnaires déposent également une offre pour le 1er mai 2020, date ultime de remise des offres.

L’offre de la société S-PROMOTION ainsi que celles de trois autres soumissionnaires sont des offres spontanées.

5. Par un courrier électronique du 2 mai 2020, la partie adverse interroge la partie requérante afin que celle-ci puisse préciser et compléter certains éléments de son offre.

La partie adverse a ainsi demandé à la partie requérante « de démontrer avoir le nombre de machines et de personnel en quantités suffisantes pour permettre de coudre n’importe quelle pièce avec un volume de tissu nécessaire à la confection de 250.000 masques en tissu et ce, de manière hebdomadaire » et de bien vouloir lui confirmer que les masques correspondent à diverses clauses techniques.

Plusieurs autres soumissionnaires sont également interrogés, dont la société S-PROMOTION.

6. Par un courrier électronique du 4 mai 2020, la partie requérante répond à la partie adverse ce qui suit :

« En réponse à vos questions, en ce qui concerne les caractéristiques techniques de notre masque, il correspond aux critères demandés à l’article 5 de votre cahier des charges”.

[…]. Notre masque n’a pas été testé en laboratoire mais nous avons fait le test avec une bougie, quand le masque est porté il est impossible d’éteindre la bougie. Il permet à l’utilisateur de respirer convenablement.

[…]

Pour ce qui concerne notre capacité de production, nous avons 2 ateliers en Belgique avec 7 machines occupées par 7 personnes, chaque personne peut coudre 200 masques par jour, ce qui nous fait en Belgique 10000 pièces par semaine puisque les machines sont occupées 7 jours sur 7, nous pouvons créer 3 équipes afin d’arriver à 30000 pièces par semaine.

Le reste de la production est assurée par nos ateliers qui sont situés en Albanie et qui peuvent nous produire 200000 pièces par semaine. Nous gardons notre fabrication belge pour les particuliers et sommes donc en mesure de vous fournir 200000 à 250000 pièces sur base hebdomadaire.

L’atelier Albanais s’appelle

- Kristal 2001 sh.p.k
Nombre d’ouvriers : 200
Capacité de production : 250000 pièces par semaine.

Nous disposons également d’ateliers en Pologne

- ELIOT
60 personnes, capacité de production 90000 pièces par semaine

- EURO PLUS
40 personnes, capacité de production 40000 pièces par semaine

Je joins à la présente, photo de notre masque porté, photo du masque à plat et fiche technique du tissu.

[…] ».

7. Le 5 mai 2020, la Communauté française adopte la décision d'attribution du marché qui est l'acte attaqué.

L'acte attaqué mentionne ce qui suit :

« […]

1. Au niveau de la phase de la "sélection qualitative du marché" […]

[…]

b) Les critères de sélection

Considérant que les soumissionnaires devaient démontrer avoir le nombre de machines et de personnel en quantités suffisantes pour permettre de coudre n'importe quelle pièce avec un volume de tissu nécessaire à la confection de 250.000 masques en tissu et ce, de manière hebdomadaire ;

[…]

Considérant que le pouvoir adjudicateur a, en date du 2 mai 2020, et par application de l'article 59, 1° de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, invité les soumissionnaires suivants à démontrer leur capacité : […], la SPRL L.I. DECOR, […] la SPRL S-PROMOTION, […]

Considérant le tableau d'analyse des offres des soumissionnaires au regard du critère de sélection en annexe ;

[…]

Considérant que la SPRL L.I. DECOR n'a pas complété son offre suite à l'invitation qui lui a été faite ; partant qu'elle ne démontre pas satisfaire aux critères de sélection ;

[…]

2. Au niveau de la phase "régularité" (offre de base ET variante)

[…]

Considérant que les offres des soumissionnaires suivants la SA J&JOY, la SA TWEEDS&COTTON, la SRL AAZIO, la SA MIDWEST-INVEST, la SPRL S-PROMOTION, la SAS FRANSLATTE et la SPRL BEDELCO ne précisaient pas la conformité des masques proposés par rapport à certaines clauses techniques considérées comme exigences substantielles sans pour autant préciser dans leur

offre qu'ils n'y répondait pas (absence expresse de réserve) ; que ces soumissionnaires ont dès lors été invités en date du 2 mai 2020 à préciser leur offre sur les points repris dans le tableau d'analyse ;

Considérant que la SA J&JOY, la SA TWEEDS&COTTON, la SPRL S-PROMOTION et la SAS FRANSLATTE ont confirmé que leur offre répondait aux exigences, conditions et critères énoncés dans les documents du marché, comme cela ressort du tableau joint en annexe ;

[…]
Considérant que la SPRL S-PROMOTION conditionne l'obtention du marché au "paiement comptant" du montant du marché ; que le paiement d'une telle avance est permise par l'article 67, § 1er, 2°, b) de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics ; qu'après négociation, le soumissionnaire a accepté de retirer cette condition ;

Considérant également que la SPRL S-PROMOTION déroge au prescrit du cahier spécial des charges en ce qui concerne les délais de paiement (5 jours calendrier au lieu de 30 jours calendrier à compter de la date de fin de la vérification à condition que le pouvoir adjudicateur soit également en possession de la facture) ; qu'il s'agit d'une réserve par rapport au prescrit du cahier spécial des charges qui n'entraîne, cependant, pas l'irrégularité substantielle de l'offre au sens de l'article 76, § 1er, alinéa 2, 3° de l'arrêté royal du 18 avril 2017 dans la mesure où cette condition n'entraine pas une distorsion de concurrence et s'explique par la nécessité pour le soumissionnaire, vu le contexte actuel lié à la crise du Covid-19, de rentrer rapidement dans ses frais pour assurer une trésorerie suffisante afin de poursuivre son approvisionnement en flux tendu ;

[…]

DÉCIDE

De conclure l'accord-cadre portant sur la fourniture de masques en tissu avec les participants et selon le classement qui suivent :

1. 1. SPRL S-PROMOTION (offre de base) et SPRL S-PROMOTION (variante) – classé ex-aequo
2. SAS FRANSLATTE (variante)
3. SAS FRANSLATTE (offre de base)
4. SA TWEEDS&COTTON (offre de base)
5. SA TWEEDS&COTTON (variante)
6. SA J&JOY (offre de base)
7. SA J&JOY (variante)

Les marchés (commandes) passés sur base de l'accord-cadre se feront suivant un mécanisme en cascade fondé sur ce classement, en sollicitant d'abord le premier classé, ensuite si nécessaire le second classé et ainsi de suite.

Les prix appliqués seront ceux mentionnés :

[…] ».

En annexe de la décision d'attribution figure un « Tableau d'analyse des offres des soumissionnaires au regard du critère de sélection lié à la capacité technique et professionnelle suivant : démontrer avoir le nombre de machines et de

personnel en quantités suffisantes pour permettre de coudre n'importe quelle pièce avec un volume de tissu nécessaire à la confection de 250.000 masques en tissu et ce, de manière hebdomadaire ».

Ce tableau mentionne, concernant l'offre de la partie requérante, ce qui suit :

«

Soumissionnaires	***Contenu de l'offre***	**Conclusion**
SPR L.I. DÉCOR	*- 7 machines* *- 7 employés* *- Plus de 30.000 masques/semaines* *recours à la capacité de la société KRISTAL 2001 SH.P.K. (Albanie) :* *- 200 ouvriers* *- Plus de 250.000 masques/semaine* *recours à la capacité de la société ELJOT (Pologne)* *- 60 employés* *- 90.000 pièces/semaine* *recours à la capacité de la société EURO PLUS (Pologne) :* *- 40 employés* *40.000 masques/semaine*	Satisfait au critère mais vérification non fournie pour les dettes sociales et fiscales et les motifs d'exclusion obligatoire et facultative pour les entités auxquelles il fait recours ➔ non sélectionné

».

En annexe de la décision d'attribution figure également un tableau comportant l'analyse de la régularité des offres. Concernant l'offre de la partie requérante, ce tableau indique notamment ce qui suit :

«

Clauses techniques […]	**Offre LI DECORD B.V.**
Référentiel du tissu présent dans l'offre (ex : Afnor SPEC S76-001 ou protocole d'essai DGA avril 2020 ou NL EN 149 ou protocole d'essai d'un organisme notifié, …) *.	NOK
Tissu permettant de respirer facilement*.	NOK

] Tissu avec une protection de min 70 % contre les projections de 3 microns	)NOK
Schéma de nettoyage indiqué dans l'offre.	)NOK

[…] ».

8. La décision d'attribution attaquée est communiquée à la partie requérante par un courrier électronique du 7 mai 2020 et par un courrier recommandé du 6 mai 2020.

9. Par un courrier électronique du 11 mai 2020 adressé à la partie adverse, le conseil de la partie requérante conteste la solvabilité de la SRL S-PROMOTION, la manière dont la partie adverse a procédé à la vérification du nombre d'employés de la SRL S-PROMOTION qu'elle a renseigné, ainsi que la décision d'écarter l'offre de la partie requérante.

10. Par un courrier du 14 mai 2020, le conseil de la partie adverse répond à la partie requérante que le marché a été conclu, de sorte qu'un retrait n'est plus envisageable, que c'est à juste titre que l'offre de la partie requérante a été écartée au stade de la sélection qualitative, et qu'en toute hypothèse l'offre de la partie requérante était irrégulière.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèse de la partie adverse

A. Mémoire en réponse

La partie adverse conteste l'intérêt au recours de la partie requérante, en soutenant que celle-ci critique uniquement la motivation formelle de l'acte attaqué mais qu'elle ne prétend pas qu'elle devait être sélectionnée, ni qu'elle avait une chance de se voir attribuer le marché.

Elle observe, en ce qui concerne le second moyen, que le fait que la société S-PROMOTION n'aurait pas dû être retenue selon la partie requérante est sans incidence sur la situation de celle-ci puisque six autres offres ont été retenues pour la mise en œuvre de l'accord-cadre sans que la partie requérante ne critique ce fait.

Elle estime enfin que la partie requérante justifie d'autant moins d'un

intérêt au recours qu'en toute hypothèse, à supposer même que son offre ait dû être sélectionnée, il ressort de la seconde annexe de la décision d'attribution attaquée que son offre était irrégulière.

B. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse expose ce qui suit :

« […] a) Comme le souligne Madame l'Auditeur, la Communauté française a effectivement pris connaissance de l'email de la requérante du 04.05.20, ce qui ne peut raisonnablement être contesté dès lors que l'analyse reprise dans le tableau annexé à la décision d'attribution fait état des éléments contenus dans ce seul email.

b) La requérante persiste à vouloir faire une lecture erronée de la décision d'attribution et de son annexe.
Lorsque l'analyse de la partie adverse indique : "satisfait aux critères mais vérification non fournie pour les dettes sociales et fiscales, et les motifs d'exclusion obligatoire et facultative pour les entités auxquelles il fait recours – non sélectionné", elle ne fait rien d'autre que constater que la requérante n'a pas fourni les éléments relatifs au droit d'accès des tiers auxquels elle entend faire appel.

Contrairement à ce que semble soutenir la requérante, il ne s'agit pas d'indiquer que celle-ci n'aurait fourni aucun élément (et pour cause puisque la Communauté française a effectivement pris en compte les éléments communiqués par la requérante le 4 mai 2020).

c) Même à supposer que la requérante devait être sélectionnée – *quod non*, il ressort de la seconde annexe à la décision d'attribution que son offre était irrégulière.

Cette annexe démontre en effet que l'offre de la requérante ne répond pas à plusieurs exigences qualifiées de substantielles et non négociables par le cahier des charges :
- Tissu avec protection de minimum 70 % contre les projections de 3 microns ;
- Tissu qui permet de respirer facilement ;
- Communication des référentiels sur lesquels le soumissionnaire s'appuie pour attester de ces qualités et caractéristiques.

Interrogée à cet égard, la SRL L.I. DECOR a confirmé que "Notre masque n'a pas été testé en laboratoire mais nous avons fait le test avec une bougie, quand le masque est porté, il est impossible d'éteindre la bougie".

Il ne s'agit évidemment pas là du référentiel demandé en vue de garantir la protection offerte par le masque.

Le cahier spécial des charges requiert sur ce point, au titre d'exigence substantielle : Le soumissionnaire communiquera les référentiels sur lesquels il se base pour attester de la qualité et des caractéristiques (comme Afnor SPEC S76-001 par exemple).

L’exemple donné par le cahier des charges permet de comprendre ce qu’est le “référentiel” requis, à savoir un guide d’exigences minimales, notamment pour la fabrication des masques, de nature à garantir leur efficacité.

Le référentiel AFNOR liste ainsi notamment les exigences auxquelles doit répondre la fabrication des masques (dimensions, matériaux, nettoyage, …), outre les essais qui peuvent être réalisés.

À titre d’exemples, le document NBN S65-001 :2020 constitue également un tel référentiel : “Masque ‘community’ et masques artisanaux – Guide d’exigences minimales, de confection, d’entretien et d’usage”, ou encore le “Référentiel de fabrication des masques barrières” édité par la Nouvelle-Calédonie.

Affirmer, comme l’a fait la requérante, avoir réalisé un test avec une bougie, dans des conditions inconnues, ne répond en aucun cas à cette notion de “référentiel”.

9. À défaut pour la requérante de démontrer, ou même de prétendre, qu’elle avait une chance de se voir attribuer le marché, l’intérêt requis fait défaut.

Le recours est irrecevable ».

IV.2. Appréciation du Conseil d’État

Selon le régime fixé par 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 recevabilité *ratione personae* du recours en annulation dirigé contre la décision d’attribution d’un marché public ne se vérifie plus en considération d’une perspective d’avantage que procurerait l’annulation sollicitée, avantage qui s’identifierait notamment comme une nouvelle chance de se voir attribuer le marché, mais elle se vérifie au regard des conditions fixées par l’article 14 de cette loi.

L’article 14 de la loi du 17 juin 2013 précitée soumet la recevabilité du recours en annulation dirigé contre les décisions prises par des autorités adjudicatrices à deux conditions. Tout d’abord, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché litigieux. Ensuite, les violations alléguées doivent avoir lésé, ou avoir risqué de léser, la partie requérante. Il suffit à la partie requérante pour justifier d’un intérêt au recours d’invoquer au moins un moyen fondé sur la violation ayant lésé ou risqué de léser la partie requérante.

En remettant offre pour le marché litigieux, la partie requérante a manifesté son intérêt à obtenir ce marché.

Par ailleurs, dans le premier moyen, la partie requérante soutient en substance que la motivation de la décision de ne pas sélectionner son offre ne serait

pas adéquate. Si le moyen était déclaré fondé, il serait établi que cette violation de l'obligation de motiver adéquatement les décisions d'un pouvoir adjudicateur aura lésé la partie requérante. En effet, dans ce cas, la partie requérante n'aura pas pu comprendre, à la lecture de la motivation de la décision attaquée, les motifs sur lesquels celle-ci repose et aura été privée de la possibilité d'apprécier en connaissance de cause l'opportunité d'introduire un recours devant le Conseil d'État. La partie requérante ne doit pas démontrer en outre qu'elle aurait dû être sélectionnée.

L'argument de la partie adverse selon lequel l'offre de la partie requérante était irrégulière ne peut être suivi. En effet, il n'appartient pas au Conseil d'État de procéder à l'examen de la régularité de l'offre de la partie requérante, alors que la partie adverse n'a pas, elle-même, qualifié cette offre d'irrégulière au moment de l'attribution du marché. Elle s'est limitée à refuser la sélection de la partie requérante et ne s'est pas prononcée sur les mentions qui figurent dans le tableau annexé à la décision pour ce qui concerne la régularité de l'offre de la partie requérante. Ainsi, s'il procédait à l'examen de la régularité de l'offre de la partie requérante, le Conseil d'État substituerait son appréciation à celle de la partie adverse, ce qu'il ne peut faire.

La partie requérante justifie d'un intérêt au recours.

V. Premier moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

A. Requête

La partie requérante prend un premier moyen de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, 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, des principes généraux du droit de bonne administration, en particulier du devoir de minutie et du devoir de cohérence, du principe général de droit relatif à la motivation interne et externe des actes administratifs, de l'erreur et de la contradiction dans les motifs, de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle soutient qu'il ressort clairement du dossier qu'elle a complété son offre en répondant par un courriel du 4 mai 2020 à la demande de compléments d'informations de la partie adverse.

Elle constate que la partie adverse fait référence, dans son courrier officiel du 14 mai 2020, à des éléments de réponse fournis par la partie requérante dans son courriel du 4 mai 2020 (à savoir le recours à la sous-traitance de la société KRISTAL 2001), ce qui témoigne de la réception de cette réponse par la partie adverse.

Elle estime dès lors que l'acte attaqué se fonde sur une erreur manifeste d'appréciation puisqu'il considère que l'offre de la partie requérante doit être écartée dès lors que celle-ci n'aurait pas répondu à la demande de renseignements complémentaires qui lui était adressée concernant la sélection qualitative. Elle relève que si la partie adverse entendait écarter l'offre de la partie requérante au motif qu'elle ne remplissait pas un des critères de sélection, elle devait le préciser dans la décision attaquée. Elle considère dès lors que l'argumentation développée par la partie adverse dans son courrier du 14 mai 2020 constitue une justification *a posteriori* qui n'est pas admissible.

B. Mémoire en réplique

La partie requérante soutient que l'acte attaqué est uniquement motivé en raison de « l'irrégularité » de son offre, compte tenu de l'absence de réponse à l'invitation de la partie adverse de lui fournir des informations complémentaires.

Selon elle, l'annexe de la décision d'attribution, dès lors qu'elle mentionne « Satisfait au critère mais vérification non fournie pour les dettes sociales et fiscales et les motifs d'exclusion obligatoire et facultative pour les entités auxquelles il fait recours → non sélectionné », ne fait que confirmer cette erreur d'appréciation. Elle estime qu'une telle réponse témoigne de ce qu'il ne lui est pas reproché d'avoir fourni des informations insuffisantes ou incomplètes, mais bien de ne pas avoir fourni d'informations du tout. Selon elle, la partie adverse feint d'ignorer que son administration n'a tout simplement pas pris connaissance de son courriel du 4 mai 2020.

Elle considère qu'en ce qui concerne la qualité de l'information fournie, la partie adverse ne peut valablement lui imposer des contraintes qu'elle n'a pas imposées avec la même rigueur à d'autres soumissionnaires dans le cadre de l'examen des critères d'exclusion et de sélection.

C. Dernier mémoire

Après avoir répété l'argumentation qu'elle a développée dans ses écrits

antérieurs, la partie requérante fait valoir ce qui suit :

« 54. Dans son rapport du 21 octobre 2021 fourni en vertu de l'article 12 du règlement général de procédure (ci-après le "Rapport de l'Auditeur"), l'Auditeur énonce que "comme le relève la partie adverse dans son annexe à l'acte attaqué, les vérifications n'ont pas été fournies pour les dettes sociales et fiscales et les motifs d'exclusion obligatoire et facultative pour les entités auxquelles il fait recours – ce qui n'est, du reste, en soi, pas contesté par la partie requérante -, de telle sorte que le soumissionnaire ne peut être sélectionné puisqu'il ne démontre pas valablement sa capacité technique et professionnel au regard du cahier spécial des charges. La phrase de la décision d'attribution selon laquelle 'la SPRL L.I. DECOR n'a pas complété son offre suite à l'invitation qui lui a été faite ; partant qu'elle ne démontre pas satisfaire aux critères de sélection' doit être lue au regard de ces précisions qui permettent de comprendre ce qui est reproché à l'offre de la partie requérante, à savoir ne pas avoir complété son offre de manière à justifier légalement sa capacité technique et professionnelle." (Page 17 du rapport de l'Auditeur). À cet égard, il convient de rappeler que la demande de renseignement complémentaire émise par la Partie adverse est libellée de la façon suivante (Pièce III.D) :

"Par application de l'article 59, 1° de l'Arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, je me permets de vous adresser la présente afin de préciser et de compléter certains éléments renseignés dans votre offre au niveau de la sélection qualitative (point vi. page 9 du cahier spécial des charges).
Ainsi pourriez-vous nous démontrer avoir le nombre de machines et de personnel en quantités suffisantes pour permettre de coudre n'importe quelle pièce avec un volume de tissu nécessaire à la confection de 250.000 masques en tissu et ce, de manière hebdomadaire ?
Par ailleurs, par application de 66 § 3 de la loi du 17 juin 2016 et sans préjudice des résultats de la sélection qualitative, je vous saurais gré de bien vouloir nous confirmer que votre masque correspond aux clauses techniques suivantes : […]"

55. Les "clauses techniques" mentionnées dans la demande de renseignement complémentaire ont toutes trait à des points techniques portant sur la forme ou sur la qualité des masques faisant l'objet du marché public. À aucun moment il n'a été demandé à la Requérante de fournir des informations complémentaires concernant le respect par ses sous-traitants, des obligations imposées par le cahier spécial des charges en matière de dette fiscale ou sociale, ainsi qu'en ce qui concerne les critères d'exclusion obligatoire ou facultative. Il ne peut dès lors être reproché à la Requérante de ne pas avoir répondu à une question qui ne lui a pas été posée par la Partie adverse. En effet, si cette dernière avait voulu obtenir des informations complémentaires sur des points relevant du cahier spécial des charges, celle-ci aurait dû le formuler explicitement dans sa demande de renseignement complémentaire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce dès lors que ladite demande portait sur des questions libellées et listées de façon exhaustive, laissant entendre que l'offre ne devait être complétée que sur des points techniques précis et non sur d'autres points repris dans le cahier spécial des charges. Ainsi, le fait de reprocher *a posteriori* à la Requérante de ne pas avoir fourni d'informations qu'on ne lui a pas demandées atteste d'une attitude déloyale et trompeuse dans le chef de la Partie adverse.

56. Le caractère régulier de l'offre aurait permis à la Partie adverse de pousser plus loin l'examen des autres conditions de l'offre. Sans qu'il faille démontrer que l'offre aurait été retenue, le fait qu'elle n'ait pas pu faire l'objet de cet examen suffit à démontrer que la décision attaquée a causé un préjudice considérable pour

la Requérante, privée ainsi de la chance d'obtenir un contrat avec la Partie adverse.

57. Pour ces motifs, la décision doit être annulée ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

.

L'obligation de motivation formelle, à laquelle l'autorité est tenue, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce.

En l'espèce, la décision d'attribution du marché mentionne, à propos de l'offre de la partie requérante, ce qui suit : « Considérant que la SPRL L.I. DECOR n'a pas complété son offre suite à l'invitation qui lui a été faite ; partant qu'elle ne démontre pas satisfaire au critère de sélection ».

La décision d'attribution du marché comporte en son annexe un tableau d'analyse des offres qui a été notifié concomitamment à la décision d'attribution aux soumissionnaires, ce qui n'est pas contesté par la partie requérante. La décision d'attribution renvoie expressément à ce tableau, en mentionnant ce qui suit : « considérant le tableau d'analyse des offres des soumissionnaires au regard du critère de sélection en annexe ».

À propos de l'offre de la partie requérante, ce tableau indique ce qui suit : «

Soumissionnaires	**Contenu de l'offre**	**Conclusion**
SPR L.I. DÉCOR	- 7 machines - 7 employés - Plus de 30.000 masques/semaines + recours à la capacité de la société KRISTAL 2001 SH.P.K. (Albanie) : - 200 ouvriers	Satisfait au critère mais vérification non fournie pour les dettes sociales et fiscales et les motifs d'exclusion obligatoire et facultative pour les entités auxquelles il fait recours ➔ non sélectionné

	- Plus de 250.000 masques/semaine + recours à la capacité de la société ELJOT (Pologne) - 60 employés - 90.000 pièces/semaine + recours à la capacité de la société EURO PLUS (Pologne) : - 40 employés - 40.000 masques/semaine	

».

Par un courriel du 2 mai 2020, la partie adverse a demandé à la partie requérante de préciser et compléter certains éléments renseignés dans son offre au niveau de la sélection qualitative et, plus particulièrement, de démonter « avoir le nombre de machines et de personnel en quantités suffisantes pour permettre de coudre n'importe quelle pièce avec un volume de tissu nécessaire à la confection de 250.000 masques en tissu et ce, de manière hebdomadaire ».

Le critère de sélection en question, lié à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires, est défini comme il suit dans le cahier spécial des charges : « Le soumissionnaire apporte la preuve de sa capacité technique et professionnelle en joignant à son offre les éléments suivants : > démontrer avoir le nombre de machines et de personnel en quantités suffisantes pour permettre de coudre n'importe quelle pièce avec un volume de tissu nécessaire à la confection de 250.000 masques en tissu et ce, de manière hebdomadaire ».

Par un courriel du 4 mai 2020, la partie requérante a répondu à la demande de renseignements du 2 mai 2020 en fournissant diverses informations à la partie adverse, telles que la liste de ses sous-traitants, leur nombre d'employés et leurs capacités de production hebdomadaire de masques en tissus.

L'offre de la partie requérante ne comportait pas ces mêmes informations.

Dès lors, la reproduction de ces informations dans le tableau d'analyse des offres annexé à la décision d'attribution du marché démontre que la partie adverse a reçu, lu et tenu compte du courriel de la partie requérante du 4 mai 2020.

Ensuite, il ressort d'une lecture combinée de la phrase (« Considérant que la SPRL L.I.DECOR n'a pas complété son offre suite à l'invitation qui lui a été faite ; partant qu'elle ne démontre pas satisfaire au critère de sélection ») avec le tableau d'analyse des offres (qui mentionne : « Satisfait au critère mais vérification non fournie pour les dettes sociales et fiscales et les motifs d'exclusion obligatoire et facultative pour les entités auxquelles il fait recours → non sélectionné » et qui reprend les informations fournies par la partie requérante en réponse à la demande de renseignements) que la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la partie requérante, non pas parce que celle-ci n'aurait pas répondu à la demande de renseignements, mais au motif qu'elle n'a pas complété son offre en donnant les informations qui auraient permis à la partie adverse de vérifier si les tiers auxquels la partie requérante entendait faire appel pour justifier sa capacité à exécuter le marché se trouvaient, ou non, dans un cas d'exclusion obligatoire ou facultative ou ont, ou non, des dettes fiscales et sociales.

Le motif de non-sélection de la partie requérante ressort donc de la motivation formelle de la décision attaquée, qui doit naturellement être lue avec les annexes qu'elle comprend et inclut.

En conséquence, contrairement à ce que soutient la partie requérante, le motif de la non-sélection de son offre ne lui a pas été communiqué *a posteriori* et pour la première fois par le courrier du 14 mai 2020 du conseil de la partie adverse au conseil de la partie requérante.

Enfin, le grief de la partie requérante, formulé pour la première fois dans le dernier mémoire, selon lequel elle ne devait pas fournir à la partie adverse des informations relatives aux dettes sociales et fiscales de ses sous-traitants ou aux cas d'exclusion éventuellement rencontrés par ceux-ci car elle n'avait pas été interrogée sur ce point, revient à critiquer la manière dont la partie adverse a fait usage de la faculté d'interroger les soumissionnaires après le dépôt des offres. Puisqu'il ne figure pas dans la requête et ne relève pas de l'ordre public, ce grief est tardif et, dès lors, irrecevable.

Le premier moyen n'est pas fondé.

VI. Second moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

Le second moyen est pris de la violation des principes de concurrence, de transparence, de bonne gestion et d'égalité.

La partie requérante critique le classement de la société S-PROMOTION en première position, au motif que la comparaison des offres n'aurait pas été fondée sur des indications dont l'exactitude et la comparabilité seraient établies et qui reflèteraient nécessairement les caractéristiques réelles des offres.

Elle observe que la société S-PROMOTION est inscrite à la TVA dans le secteur de la promotion immobilière qui n'est pas pertinent pour le marché litigieux et avait, au 31 décembre 2018, un actif de 3.667 €. Le fait qu'elle ait exigé des conditions de paiement spécifiques est, selon la partie requérante, révélateur de ces faiblesses financières. Elle observe également que cette société renseigne avoir entre 120 et 300 employés alors qu'il résulte du répertoire des employeurs que cette société n'a qu'entre 1 et 4 employés.

Elle soutient que la motivation de l'acte attaqué reflète que la société S-PROMOTION a bénéficié d'un traitement de faveur, qui consiste, selon elle, dans le fait que la partie adverse s'est abstenue de vérifier les références avancées par la société S-PROMOTION.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse conteste l'intérêt de la partie requérante au second moyen. Elle observe que, à le supposer fondé, ce moyen aboutirait à constater que la société S-PROMOTION ne pouvait pas être retenue. Dans cette hypothèse, la partie adverse observe que la partie requérante ne peut davantage prétendre qu'elle aurait eu une chance de se voir attribuer le marché, six autres offres étant retenues pour la mise

en œuvre de l'accord-cadre sans que la requérante ne formule de critique à cet égard. Elle rappelle également qu'à supposer même que la partie requérante devait être sélectionnée – *quod non*, il ressort de la seconde annexe à la décision d'attribution que son offre était irrégulière.

Quant au fond, la partie adverse constate, en ce qui concerne les garanties de solvabilité de la société S-PROMOTION, qu'aucun critère de sélection qualitative relatif à la capacité économique n'est fixé par le cahier spécial des charges et qu'il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de créer de tels critères non initialement prévus lors de l'analyse des offres.

En ce qui concerne la capacité technique de la société S-PROMOTION, la partie adverse constate que celle-ci a été admise au regard des informations fournies par celle-ci à sa demande et qu'il ne lui appartenait pas de se prononcer sur le caractère réaliste de ces informations dès lors que l'offre était en conformité avec les exigences de la réglementation et des documents du marché.

C. Mémoire en réplique

La partie requérante fait encore valoir que l'écartement de l'offre de la société S-PROMOTION aurait nécessairement conduit à l'attribution du marché à un quatrième soumissionnaire. Elle relève qu'elle aurait été bien positionnée pour être ce soumissionnaire.

Quant au fond, elle estime que la partie adverse aurait dû trouver curieux que la société S-PROMOTION soit la seule à ne pas faire appel à des sous-traitants pour exécuter le marché et qu'il n'existe aucun document officiel permettant d'établir l'existence d'usines équipées appartenant à la société S-PROMOTION ainsi que d'un nombre aussi important d'employés (entre 120 et 300). Selon la partie requérante, il en va d'autant plus ainsi au regard du bilan particulièrement négatif de la société S-PROMOTION et du fait que celle-ci est active dans un secteur totalement étranger à celui du tissu.

D. Dernier mémoire de la partie requérante

La partie requérante, après avoir reproduit l'argumentation qu'elle a développée dans ses écrits de procédure précédents, expose ce qui suit :

« 67. […] si l'offre de la Requérante avait été déclarée régulière, celle-ci avait de grandes chances d'être bien classée au vu de ses caractéristiques et des conditions

de son offre. Pour rappel, contrairement à l'entreprise sélectionnée, la Requérante est inscrite à la TVA notamment pour la "Fabrication d'autres articles textiles confectionnés, sauf habillement" et présente toutes les garanties de solvabilité. La Requérante répondait à toutes les conditions reprises dans le cahier des charges et proposait un prix inférieur à celui proposé par la SPRL S-PROMOTION et à la SA TWEED&COTTON qui ont toutes deux étés sélectionnées.

68. Partant, la décision attaquée doit aussi être annulée pour ces motifs ».

E. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse fait valoir ce qui suit :

« Pour le surplus, la partie adverse rappelle que le cahier spécial des charges prévoit :

> Le présent marché sera conclu avec plusieurs participants suivant un mécanisme en cascade. Ainsi, les marchés (= les commandes) passés sur base de l'accord-cadre se feront sur base du classement à l'attribution des participants sélectionnés et ce, sans remise en concurrence préalable. Tous les participants ayant déposé une offre régulière, ayant satisfait aux conditions de la sélection qualitative, ne se trouvant pas dans une situation d'exclusion du marché et répondant aux conditions en matière sociale et fiscale pourront être classé.

Aucun nombre minimum ou maximum d'adjudicataires n'est fixé.

Dès lors, si la société S-PROMOTION devait être écartée, cela n'aurait en rien permis à l'offre de la requérante d'être retenue.

La requérante ne peut raisonnablement prétendre que l'écartement de l'offre de la société SPROMOTION lui aurait donné une chance de se voir attribuer le marché, 6 autres offres étant retenues pour la mise en œuvre de l'accord-cadre sans que la requérante ne formule de critique à cet égard.

Le deuxième moyen est irrecevable ou, à tout le moins, non-fondé. »

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à l'intérêt au moyen

S'agissant de l'intérêt au moyen, il se comprend, à la lecture du préambule et des dispositions de la Directive 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux, que la volonté des auteurs de cette directive a été de veiller à ce que chaque État-membre organise un système de recours juridictionnels protégeant les opérateurs économiques à l'encontre des illégalités qui, dans le cours de la procédure de passation d'un marché public, les préjudicieraient, en les lésant ou en risquant de les léser. Il se déduit également de plusieurs modalités d'exercice ou de traitement des recours dont l'organisation est prévue par cette

directive qu'a été prise en considération la nécessité de faire en sorte que l'exercice des recours juridictionnels n'ait pas pour effet de compromettre la bonne fin de la passation ou de l'exécution du marché concerné, en particulier au nom de l'intérêt public.

La préoccupation de ménager un équilibre entre les intérêts respectifs des opérateurs économiques et des autorités adjudicatrices qui sous-tend le système conçu par la directive précitée, ainsi qu'entre l'efficacité des recours et celle des procédures de passation, est utilement rencontrée par l'exigence d'intérêt au moyen, cet intérêt consistant – en vue de l'équilibre ainsi recherché – dans la lésion qu'a causée ou risqué de causer à la partie requérante l'illégalité alléguée par celle-ci.

La partie requérante soutient, en substance, que la partie adverse n'aurait pas respecté les principes de concurrence et d'égalité de traitement et de non-discrimination, puisqu'elle n'aurait pas vérifié les éléments avancés par la société S-PROMOTION pour attester sa capacité à exécuter le marché litigieux ou, à tout le moins, aurait examiné l'offre de cette société avec moins de rigueur que l'offre de la partie requérante.

L'illégalité alléguée, qui met en cause la sélection de la société S-PROMOTION dont l'offre a été classée en première position, risque d'avoir lésé la partie requérante, bien que celle-ci n'ait pas été sélectionnée et ne conteste pas valablement le bien-fondé du motif de sa propre non-sélection. En effet, la lésion ou le risque de lésion consiste pour la partie requérante dans le fait, allégué, de ne pas avoir été traitée de la même manière que son concurrent dont l'offre a été classée en première position.

La circonstance que la partie requérante ne retrouverait pas une chance d'obtenir le marché si le moyen était déclaré sérieux, puisqu'elle ne critique pas les autres offres classées, n'est pas de nature à modifier ce constat. En effet, dans le régime de la loi du 17 juin 2013 précitée, l'intérêt au moyen ne s'examine pas au regard d'un avantage que procurerait l'annulation de la décision d'attribution, mais en termes de lésion qu'a causée ou risqué de causer à la partie requérante l'illégalité alléguée.

Par ailleurs, et ainsi que cela a déjà été dit, l'irrégularité alléguée de l'offre de la partie requérante ne peut être, en toute hypothèse, établie dans le cadre de la présente procédure devant le Conseil d'État.

Le moyen est recevable.

Quant au fondement du moyen

La partie requérante soutient que la partie adverse s'est abstenue de vérifier les références avancées par la société S-PROMOTION, notamment en ce qui concerne la solvabilité de la société et le nombre d'employés.

Le seul critère de sélection fixé dans le cahier des charges étant un critère lié à la capacité technique et professionnelle, ce qui n'est pas mis en cause par la partie requérante, il ne peut être reproché à la partie adverse de ne pas avoir contrôlé des informations liées à la capacité économique et financière du soumissionnaire à exécuter le marché.

Quant au nombre d'employés, la société S-PROMOTION a répondu à la partie adverse, qui l'a interrogée de la même manière que la partie requérante quant « au nombre de machines et de personnel en quantités suffisantes pour permettre de coudre n'importe quelle pièce avec un volume de tissu nécessaire à la confection de 250.000 masques en tissu et ce, de manière hebdomadaire », que « concernant notre capacité de production pour le modèle proposé, nous produisons celui-ci dans 3 usines équipées chacune de machinerie industrielle de production de textile et occupant respectivement entre 120 et 300 personnes. Notre capacité actuelle pour ce modèle est de plus de 980.000 unités hebdomadaire[s] et nous allons l'augmenter à 1.230.000 unités hebdomadaire[s] en démarrant une nouvelle collaboration avec une quatrième usine ».

Il ne peut être déduit ni de cette réponse, ni du contenu de l'offre de la société S-PROMOTION, que celle-ci aurait recours à des tiers pour produire 980.000 masques sur une base hebdomadaire. Au surplus, le nombre d'employés avancé par cette société ne peut être considéré comme manifestement déraisonnable ou douteux.

Dès lors, aucun élément concret, sinon des supputations, ne permet de penser que la société S-PROMOTION ne répond pas au critère de sélection fixé par le cahier des charges. Par ailleurs, il ne peut être reproché à la partie adverse de ne pas avoir examiné la capacité de la partie requérante à exécuter le marché ou de ne pas l'avoir examinée avec le même soin que celle de la société S-PROMOTION. La différence de traitement dénoncée par la partie requérante n'est donc pas établie.

Le moyen n’est pas fondé.

VII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de 700 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

Le rejet du recours justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient mis à charge de la partie requérante.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D’ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

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 24 septembre 2024, par la VIe chambre du Conseil d’État, composée de :

David De Roy,	président de chambre,
Florence Piret,	conseillère d’État,
Michèle Belmessieri,	conseillère d’État,
Nathalie Roba,	greffière.

La Greffière, Le Président,

Nathalie Roba David De Roy