CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 262.915 du 4 avril 2025

A. 235.126/VI-22.197

En cause : **la société à responsabilité limitée AZ SERVICES TRANSPORT**,
ayant élu domicile chez
M^e Jean-Marc RIGAUX, avocat,
boulevard d'Avroy 270
4000 Liège,

contre :

la Zone de Police de Hesbaye (ZP 5286),
ayant élu domicile chez
M^es Éric LEMMENS et
Elisabeth KIEHL, avocats,
boulevard de la Sauvenière 68 bte 2
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 novembre 2021, la partie requérante demande l'annulation des décisions du 8 octobre 2021 de la partie adverse attribuant le marché de services ayant pour objet « service de dépannage de véhicules pour la zone de police de Hesbaye » à la société BE FLEXX et refusant l'attribution du marché à 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. Pacôme Noumair, auditeur adjoint 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 9 décembre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 8 janvier 2025.

M. Aurélien Vandeburie, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M[e] Jean-Marc Rigaux, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M[e] Elisabeth Kiehl, avocate, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Pacôme Noumair, auditeur adjoint, a été entendu 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 utiles

Le 16 juillet 2021, la partie adverse a lancé un marché public de services intitulé « Service de dépannage de véhicules pour la Zone de Police de Hesbaye ».

La procédure choisie est la procédure négociée sans publication préalable, sur base de l'article 42, § 1[er], 1°, a), de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Le marché est régi par le cahier des charges référencé « DPL 2021-25 ».

Huit opérateurs économiques ont été consultés par la partie adverse, dont la requérante.

Trois soumissionnaires ont déposé une offre, dont la requérante.

Un rapport d'analyse des offres a été établi par l'auteur de projet au terme duquel il est proposé de sélectionner la partie requérante ainsi que la société BE FLEXX et d'attribuer le marché litigieux à cette dernière.

Le 8 octobre 2021, le collège de police de la partie adverse décide de suivre les conclusions du rapport d'analyse des offres et d'attribuer le marché à la société BE FLEXX.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Recevabilité

IV.1. Thèses des parties

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité partielle du recours en ce que celui-ci porte sur la décision de refuser l'attribution du marché litigieux à la partie requérante.

À ce sujet, elle observe que la partie requérante ne fait état d'aucun élément concret qui démontrerait que la partie adverse n'aurait eu d'autre choix que d'attribuer le marché en cause à celle-ci.

Elle en déduit que le recours serait dès lors partiellement irrecevable.

La partie requérante indique s'en référer à la jurisprudence du Conseil d'État sur ce point.

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite, résultant de l'attribution, de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, force est de constater que la partie requérante ne démontre pas – et n'entreprend pas de démontrer – que la partie adverse n'aurait eu d'autre choix que de lui attribuer le marché litigieux.

Le recours est dès lors irrecevable en ce qu'il vise la décision implicite de refuser d'attribuer le marché en cause à la partie requérante.

V. Troisième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un moyen de la violation des circulaires ministérielles réglementaires n° 62 du 20 juillet 2005, 62*bis* du 22 décembre 2005 et 62*ter* du 20 juillet 2007, de l'article 71, alinéa 1er , 1°, 2° et 3° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 65, 67, 68 et 72 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de l'illégalité du cahier spécial des charges, du principe de bonne administration, du devoir de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Après avoir rappelé les normes applicables en matière de sélection qualitative, la partie requérante soutient en substance que les critères de sélection retenus par la partie adverse dans le cahier des charges violeraient les principes et dispositions visés au moyen en ce qu'ils (i) ne répondraient pas aux objectifs poursuivis par lesdits principes et dispositions et (ii) ne contiendraient pas de niveau d'exigence approprié.

En ce qui concerne les critères de sélection portant sur la capacité économique et financière, la partie requérante fait valoir que les 1er et 3ème critères de sélection, ne permettraient pas de vérifier que les soumissionnaires disposent bien d'une telle capacité économique et financière pour exécuter le marché.

Elle soutient qu'en raison de leur libellé, et sans préjudice de l'application des motifs d'exclusion prévus par la réglementation, ces critères pourraient conduire à ce qu'un soumissionnaire subissant une perte d'exploitation ou ne générant qu'un chiffre d'affaires « ridicule » soit sélectionné.

La partie requérante observe également que les critères de sélection litigieux ne fixent aucun niveau d'exigence approprié et ne sont pas formulés de manière suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des soumissionnaires.

Par ailleurs, la partie requérante estime que ces critères seraient inutiles dans la mesure où ceux-ci ne serviraient qu'à « se renseigner sur l'état économique et financier d'un soumissionnaire mais sans donner les moyens au pouvoir adjudicateur de pouvoir l'écarter dans la mesure où sa situation serait mauvaise et donc empêcherait le soumissionnaire de pouvoir exécuter le marché ». À ce propos, elle renvoie aux développements formulés dans le cadre de son quatrième moyen qui démontreraient qu'un soumissionnaire subissant une perte d'exploitation importante se serait vu attribuer le marché litigieux.

Au sujet des critères de sélection portant sur la capacité technique et professionnelle, la partie requérante soutient que ceux-ci seraient également insuffisants.

En ce qui concerne le troisième critère, la partie requérante observe que celui-ci n'en serait « pas un puisque toute personne qui exerce la profession de dépanneur doit être inscrite au registre professionnel du commerce ». Elle relève toutefois que l'on « pourrait encore confondre ce critère avec les documents exigés par le CSC ».

Elle soutient cependant que les critères de sélection portant sur des déclarations concernant l'outillage et les effectifs moyens annuels ne contiendraient aucun seuil minimum à atteindre. Elle en déduit que « l'entreprise qui n'aurait qu'un seul employé et une seule dépanneuse non conforme aux normes en émission de gaz pourrait remplir les critères de capacité technique et professionnelle par le seul fait de décrire les moyens mis en œuvre, ce qui n'est pas acceptable ». Elle soutient que le cahier spécial des charges serait dès lors illégal. Partant, les actes qui en découlent seraient également illégaux.

B. Mémoire en réponse

Après avoir rappelé qu'elle disposait d'une grande liberté d'appréciation pour définir les critères de sélection s'appliquant aux marchés, la partie adverse fait valoir, en ce qui concerne les critères liés à la capacité économique et financière, que les griefs formulés par la partie requérante relèveraient de l'opportunité.

Elle relève à cet égard que « la critique de la partie requérante revient à soutenir que la capacité économique et financière des soumissionnaires aurait dû être vérifiée ».

En ce qui concerne les critères de sélection portant sur la capacité technique et professionnelle, la partie adverse observe qu'elle aurait pris en compte un seuil d'exigence minimal de « zéro ».

Elle relève ce qui suit à ce propos :

« Ce seuil, s'il est bas, répond à l'obligation prévue par l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Toutes les entreprises démontrant des capacités technique et professionnelle, la partie adverse n'a pas commis d'erreur et l'acte attaqué est conforme aux dispositions visées au moyen.

Pour autant que de besoin, la partie adverse insiste encore sur le fait qu'elle n'avait pas à prévoir un seuil plus élevé, cette critique s'inscrivant en pure opportunité vu le pouvoir d'appréciation discrétionnaire dont dispose l'adjudicateur ».

C. Mémoire en réplique

La partie requérante fait valoir ce qui suit :

« S'il est admis que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans la fixation des critères de sélection qualitative, il lui appartient cependant de fixer les critères qui permettent aux soumissionnaires de pouvoir réaliser le marché ;

On imagine mal attribuer un marché de dépannage à une société qui ne disposerait pas de dépanneuses ;

Il y a donc des critères minimaux de capacité technique et professionnelle à déterminer ;

Il faut encore distinguer les critères qui permettent aux soumissionnaires de réaliser le marché et les critères qui permettent aux soumissionnaires de remettre une offre de qualité basse ;

Dans le cas présent, la critique n'est pas une critique de pure opportunité mais une critique qui démontre que le dépanneur choisi n'était pas en mesure d'exécuter le marché ;

Pour le surplus, la requérante renvoie à sa requête en annulation ».

D. Derniers mémoires

La partie adverse s'en réfère à son mémoire en réponse, et la partie requérante au rapport de l'auditeur.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

En tant qu'il invoque la violation des circulaires ministérielles réglementaires n° 62 du 20 juillet 2005, 62*bis* du 22 décembre 2005 et 62*ter* du 20 juillet 2007, le moyen est irrecevable, à défaut d'expliquer en quoi ces circulaires seraient violées.

L'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

« Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1er, 2°, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.
Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.
Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.
Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires ».

L'article 93 du même arrêté est libellé comme suit :

« Dans le cadre d'une procédure négociée sans publication préalable, les offres spontanées sont rejetées par le pouvoir adjudicateur, sauf décision contraire expressément motivée.
En ce qui concerne les marchés passés par procédure négociée sans publication préalable et dont montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de fixer des critères de sélection spécifiques. Les articles 65 à 70 ne sont pas d'application. Néanmoins, conformément à l'article 42, § 3, alinéa 1er, 2°, de la loi, les documents du marché peuvent déroger au présent alinéa ».

En l'espèce, il ressort implicitement du cahier spécial des charges que la partie adverse a entendu faire application des articles 65 à 70 de cet arrêté en fixant des critères de sélection, ce qui n'est d'ailleurs pas contredit dans son mémoire en réponse.

Le cahier des charges prévoit les critères de sélection suivants :

« Capacité économique et financière du soumissionnaire (critères de sélection)

N°	Critères de sélection
1	Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, portant sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.
2	La preuve d'une assurance couvrant les risques professionnels.
3	Les états financiers ou extraits d'états financiers, dans le cas où la publication d'états financiers est prescrite par la législation du pays dans lequel l'opérateur économique est établi.

Capacité technique et professionnelle du soumissionnaire (critères de sélection)

N°	Critères de sélection
1	Une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années.
2	Une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.
3	La preuve de l'inscription du candidat ou soumissionnaire au registre professionnel ou de commerce, conformément aux conditions prévues par la législation du pays où ils sont établis. La preuve est apportée par une attestation ou, à défaut, par une déclaration sous serment.

».

Le niveau dont il est question à l'article 65 précité est celui en fonction duquel sera vérifiée et, le cas échéant, admise la capacité économique, financière ou technique d'un opérateur économique, sous l'aspect auquel se rapporte le critère de sélection concerné. Ce niveau doit être fixé par le pouvoir adjudicateur dans le respect des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence.

En l'espèce, en ce qui concerne les critères de sélection liés à la capacité économique et financière, aucun des trois critères retenus ne contient de « niveau d'exigence approprié » au sens de l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal précité du 18 avril 2017. La fixation vantée par la partie adverse d'un seuil d'exigence de « zéro » ne peut s'apparenter à un « niveau d'exigence approprié » au sens de l'article 65, alinéa 2, de cet arrêté, sous peine de vider cette disposition de sa substance.

En ce qui concerne les critères de sélection liés à la capacité technique et professionnelle, aucune des deux déclarations devant être remises (concernant le personnel des soumissionnaires et le matériel à leur disposition) ne fixe de seuil d'exigence minimal.

Ce faisant, les documents de marché violent l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017. Cette illégalité rejaillit sur l'acte attaqué. Dans la mesure où il invoque la violation de cette disposition, le moyen est fondé.

VI. Autres moyens

Les autres moyens, s'ils étaient fondés, ne pourraient mener à une annulation plus étendue. Il n'y a dès lors pas lieu de les examiner.

VII. Indemnité de procédure

La partie requérante sollicite une « indemnité de procédure de 700 € ». Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La décision du 8 octobre 2021 de la partie adverse attribuant le marché de services ayant pour objet « service de dépannage de véhicules pour la zone de police de Hesbaye » à la société BE FLEXX est annulée.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 2.

La partie adverse 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 requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 4 avril 2025, par la VI^e^ chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,	président de chambre,
Florence Piret,	conseillère d'État,
Aurélien Vandeburie,	conseiller d'État,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
Vincent Durieux	David De Roy