

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 263.286 du 13 mai 2025

A. 244.499/VI-23.312

En cause : **la société anonyme BOIS ET TRAVAUX,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Bernard DE COCQUEAU et
François PAULUS, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège,

contre :

la société anonyme INFRABEL,
ayant élu domicile chez
M^{es} Bruno LOMBAERT, Nicolas CARIAT
et Matthieu NÈVE de MÉVERGNIES, avocats,
rue de Loxum, 25
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 mars 2025, la partie requérante demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision adoptée par la partie adverse le 4 mars 2025, qui lui a été transmise par courrier recommandé et mail, datés respectivement du 11 et 12 mars 202[5], par laquelle INFRABEL a décidé de ne pas retenir son offre pour le lot 2 du marché public de services relatif à l'entretien des abords des bâtiments dans les limites de l'entité "Projects South" (CSC n° 57/54/4/23/292) et d'attribuer ce lot à la société SOTRALIEGE pour un montant de 373.360,00 EUR HTVA » et, d'autre part, l'annulation de cette décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 28 mars 2025, le calendrier de la procédure a été déterminé et l'affaire a été fixée à l'audience du 15 avril 2025.

La contribution et les droits 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.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés dans le respect du calendrier de la procédure.

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

M^e François Paulus, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Nicolas Cariat, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

Selon la relation qu'en donne la partie requérante, les faits utiles se présentent comme ceci :

« Par avis de marché publié le 19 août 2024, INFRABEL a lancé, sous la forme d'un accord-cadre, un marché public de services relatif aux entretiens des abords des bâtiments dans les limites de l'entité "Project South".

Ces entretiens avaient trait aux opérations suivantes :

- Débroussaillage ;
- Plantation ;
- Tonte et taille.

Le mode de passation choisi est la procédure ouverte, tandis que le prix forme l'unique critère d'attribution.

En outre, le marché était divisé en 3 lots, en fonction des régions d'intervention.

À l'ouverture des offres, fixée le 26 septembre 2024, l'offre de la requérante est la moins-disante en ce qui concerne le lot 2 (lequel concerne les régions de Liège, Ans, Angleur, Pepinster, Welkenraedt et Trois-Ponts) :

LOT 2 : REGION 9 - LIEGE, ANS, ANGLEUR, PEPINSTER, WELKENRAEDT, TROIS-PONTS

Soumissionnaires	Offres (TVA non comprise)
SOCIETE de TRAVAUX de LIEGE	€ 373.360,00
BELAIR	€ 345.120,00
DEMGRO	€ 703.120,00
BOIS ET TRAVAUX	€ 343.920,00
KRINKELS	€ 466.035,60
ARTBEL	€ 492.800,00
JARDIPARC	€ 687.400,00

Toutes les offres sont parvenues à temps.

Cependant, l'offre de la requérante n'a pas été prise en compte pour le classement final du lot 2 au regard de la motivation suivante :

Le soumissionnaire BOIS ET TRAVAUX a remis offre pour les 3 lots mais ne dispose que de 3 références de services valables. Compte tenu du caractère cumulatif du critère de sélection et de l'ordre de préférence mentionnés ci-dessus (voir extrait du CSC : « Remarque générale... »), la firme BOIS ET TRAVAUX ne peut prétendre qu'à l'attribution d'un seul lot (pas plus de 3 références valables présentées dans l'offre de la firme). Infrabel, pour déterminer quel lot, entre le lot 1 et le lot 2, peut être attribué à la firme BOIS ET TRAVAUX, s'appuie sur l'ordre de préférence communiqué par chaque firme dans leurs offre respective. Pour la firme BOIS ET TRAVUX, l'ordre de préférence s'établit comme suit : 1^{er} LOT 1, 2^{ème} LOT 2, 3^{ème} LOT 3. Infrabel, sur base du montant des offres corrigées, du critère de sélection cumulatif et de l'ordre de préférence, attribue donc le lot 1 à la firme BOIS et TRAVAUX et écarte cette dernière du classement du lot 2.

Par décision du 4 mars 2025, le lot 2 a dès lors été attribué à la société SOTRALIEGE, pour un montant total de 373.360,00 EUR HTVA.

Cette décision a été notifiée à la requérante par courrier recommandé signé le 11 mars 2025 et mail daté du 12 mars 2025.

Il s'agit de la décision attaquée ».

A l'audience, la partie requérante a indiqué que son recours ne visait pas la décision implicite de ne pas lui attribuer le lot 2 du marché public de services relatif à l'entretien des abords des bâtiments dans les limites de l'entité « Projects South » (CSC n° 57/54/4/23/292).

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 4, 5 et 149 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 70 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, des articles 65, 66 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que des principes de bonne administration, d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de non-discrimination, de concurrence, de transparence et du principe de proportionnalité.

Elle résume ce moyen comme suit :

- « Au travers de ce premier moyen, la requérante soutient que le critère de sélection “cumulatif” fixé par les documents du marché, et consistant dans la multiplication des références à produire par les soumissionnaires en fonction du nombre de lots qui leur sont attribués, revêt un caractère disproportionné et restrictif de concurrence, dès lors qu'il ne permet pas de retenir les soumissionnaires capables d'exécuter le marché ».

B. Note d'observations

La partie adverse résume comme suit les développements de sa note d'observation à propos du premier moyen :

- « Contrairement à ce que tente d'éluder la partie requérante, le cahier des charges prévoit en l'espèce un mécanisme de détermination et de vérification des exigences de sélection qualitative qui est parfaitement conforme à la lettre et à l'esprit de l'article 57 de l'Arrêté royal du 18 juin 2017 (qui porte les règles concernant la définition des critères de sélection qualitative dans le cadre spécifique d'un marché alloti). La partie adverse a par ailleurs défini les modalités d'attribution du marché de manière à assurer la concurrence la plus étendue entre les opérateurs économiques. Enfin, les niveaux d'exigences minimales en cas d'attribution de lots multiples ont été définis de manière parfaitement adéquate et proportionnée (et *a fortiori* sans erreur manifeste d'appréciation de la partie adverse dans l'exercice de sa large marge d'appréciation). La partie requérante était d'ailleurs parfaitement en mesure de présenter les références qui lui auraient permis de se voir attribuer également le lot n°2, mais a délibérément choisi de ne pas le faire. C'est donc son propre fait (et pas le cahier spécial des charges) qui l'a privée de l'attribution du lot n°2 ».

C. Débats à l'audience

La partie requérante ne conteste pas la possibilité prévue par la réglementation de prévoir un niveau d'exigence minimum en cas d'attribution des plusieurs lots au même soumissionnaire. Elle rappelle que sa critique porte sur la

proportionnalité du critère et son adéquation. Elle se demande pour quelles raisons les trois références qui permettent d'attester de sa capacité pour exécuter un lot ne permettent pas d'attester cette capacité pour exécuter un autre lot. Elle relève que la partie adverse n'apporte aucune explication technique à l'appui du critère litigieux.

Elle estime avoir été lésée par la violation alléguée, au motif qu'au regard du critère ainsi défini, elle aurait dû déposer six attestations de bonne exécution, ce qu'elle n'a pas fait. Elle estime ainsi avoir un intérêt au moyen, la lésion résultant du fait qu'elle n'a pas produit les attestations de bonne exécution requises. Or, selon elle, en l'absence de ce critère cumulatif, la partie adverse aurait dû retenir son offre.

La partie adverse relève que la requérante a ajouté, lors de l'audience, des éléments non visés dans sa requête ; mais sans toutefois préciser lesquels. Elle conteste que le critère litigieux soit disproportionné et inadéquat, *in abstracto* mais également *in concreto*. Elle rappelle que l'allotissement favorise la concurrence, que l'exigence minimale de 120.000 euros est accessible, et que l'exigence supplémentaire n'est guère difficile à atteindre. Elle souligne qu'en ce qui concerne la requérante, le critère n'a pas d'effet restrictif de la concurrence, puisque celle-ci a obtenu le lot 1, que tous les soumissionnaires ont été sélectionnés, et, surtout, que la requérante aurait pu obtenir le lot 2, mais que c'est par sa faute, et non en raison du libellé du cahier des charges, qu'elle en a été privée. Elle indique également que le fait, pour la requérante, de disposer de références au montant plus élevé n'est pas de nature à invalider le critère retenu. S'agissant de l'intérêt au moyen, elle indique qu'elle préfère se défendre sur le fond, mais qu'au vu des faits, la requérante n'a sans doute pas intérêt au moyen.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

En tant qu'il invoque la violation de l'article 66 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que la violation des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence, le moyen est irrecevable à défaut d'expliquer en quoi ces dispositions et principes sont violés.

L'article 149 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics énonce ce qui suit :

« L'entité adjudicatrice peut établir des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des soumissionnaires ou candidats : ces règles et critères sont à la disposition des opérateurs économiques intéressés.

Lorsque les entités adjudicatrices doivent assurer un équilibre approprié entre les caractéristiques spécifiques de la procédure de passation de marché et les moyens que requiert son accomplissement, elles peuvent, dans le cadre de procédures restreintes ou négociées, de dialogues compétitifs ou de partenariats d'innovation, établir des règles et critères objectifs qui traduisent cette nécessité et permettent à l'entité adjudicatrice de limiter le nombre de candidats qui seront invités à présenter une offre ou à négocier. Le nombre des candidats retenus doit toutefois tenir compte du besoin d'assurer une concurrence suffisante ».

L'article 70 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux énonce ceci :

- « Sauf disposition contraire dans les documents du marché, les articles 65 à 69 et 72 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques sont d'application ».

L'article 57 du même arrêté royal énonce ceci :

- « En cas de marchés à lots, l'entité adjudicatrice peut fixer le niveau minimal requis pour la sélection qualitative :
- 1° pour chacun des lots séparément :
 - 2° en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire.
- Lorsque l'entité adjudicatrice fait application de l'alinéa 1^{er}, 2°, elle vérifie lors de l'attribution des lots concernés, s'il est satisfait au niveau minimal exigé. Lorsque les documents du marché le requièrent et que l'entité adjudicatrice fait application de l'alinéa 1^{er}, 2°, le soumissionnaire indique dans ses offres pour plusieurs lots son ordre de préférence pour l'attribution de ces lots ».

Le cahier spécial des charges énonce ce qui suit :

«

Section 3 - Critères de sélection, recours à des sous-traitants et autres entités

ARTICLE 70

Le soumissionnaire se limitera à déclarer, à la section « Indication globale pour tous les critères de sélection » de la partie IV du DUME, s'il satisfait ou non à tous les critères de sélection exigés.

Les soumissionnaires joindront à leur offre tous les documents utiles permettant de vérifier qu'ils satisfont aux critères de sélection.

L'adjudicateur procède à la sélection des soumissionnaires en accord avec les critères et les règles objectifs qu'il a définis dans l'avis de marché et repris ci-dessous.

Capacité technique et professionnelle

L'adjudicateur évalue la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires sur la base des éléments suivants qui doivent être fournis:

Une liste des principaux services relatifs à des services d'entretien des abords de bâtiments, c'est-à-dire références portant soit sur des prestations de débroussaillage et/ou de tontes et/ou de tailles et/ou des plantations.

Pour chacun des lots :

Parmi cette liste, le soumissionnaire doit pouvoir se prévaloir de minimum de 3 références portant sur l'entretien des abords de bâtiments, c'est-à-dire références portant soit sur des prestations de débroussaillage et/ou de tontes et/ou de tailles et/ou des plantations.

Chacune des références porte sur un montant minimum de 120.000 € HTVA sur une période minimale de 1 an.

Chacune des références sera appuyée d'un certificat de bonne exécution.

INFRABEL SA de droit public 3/4 www.infrabel.be

L'exécution des références (date finale) ne peuvent pas être antérieures aux 3 dernières années à la date limite de remise des offres.

La liste de références devra reprendre les indications suivantes:

- la dénomination exacte et le scope des prestations;
- les dates de début et de fin d'exécution
- le lieu d'exécution (zone géographique);
- le montant HTVA, le montant du marché référencé ne pourra pas être inférieur à 120.000 € (Hors TVA)
- le nom de l'organisme public ou privé où ils étaient destinés;
- le nom de la personne de contact et ses coordonnées.

Il est demandé de faire apparaître ces mentions/informations de manière explicite

dans l'annexe - « critère de sélection - la liste de références de services similaires ».

Pour chaque référence mentionnée ci-dessus, le soumissionnaire joint à son offre une attestation de bonne exécution signée correspondant à chaque référence

Il est demandé de faire apparaître ces mentions/informations de manière explicite dans l'annexe - « critère de sélection - la liste de références de services similaires ».

Pour chaque référence mentionnée ci-dessus, le soumissionnaire joint à son offre une attestation de bonne exécution signée correspondant à chaque référence.

Remarque générale : au stade de la sélection, une même référence peut être utilisée plusieurs fois comme référence pour plusieurs lots. En revanche, nous attirons votre attention sur les conditions particulières qui s'appliqueront pour l'attribution éventuelle de lots cumulés (cfr article 153 ci-dessus), les exigences liées au nombre de références de prestations similaires étant alors cumulatives pour l'attribution de plusieurs lots.

Chaque firme devra démontrer qu'elle dispose du **nombre de références suffisant** pour répondre à tous les lots pour lesquels elle aura remis offre (exemple : une firme qui remet offre pour les 3 lots, devra disposer de minimum 9 références. Par exemple, une firme qui remet offre pour les lots 1 et 2 devra disposer de minimum 6 références).

Si la firme ne dispose pas du nombre de références suffisant, elle ne pourra se voir attribuer que les lots pour lesquels elle aura satisfait aux exigences, en tenant compte de l'ordre de préférence qui sera à compléter dans le formulaire d'offre (**rubrique n°9**).

Il revient au soumissionnaire qui remet offre pour plusieurs lots de démontrer, dans son offre qu'il entre dans les conditions décrites ci-dessus pour se voir attribuer plusieurs lots.

».

Il s'ensuit que, comme le relève la requérante, le nombre de références à justifier par un soumissionnaire dépend du nombre de lots pour lesquels il a soumissionné et qu'il pourrait se voir attribuer.

La requérante indique qu'elle a produit trois références relatives à des marchés exécutés entre 2020 et 2024 pour le compte d'Infrabel, avec uniquement les attestations relatives au montant des prestations exécutées en 2023, et qu'à défaut de produire les attestations relatives aux montants de prestations réalisées pour les années 2021 et 2022, la partie adverse a décidé de ne pas lui attribuer le lot 2.

Elle fait valoir qu'un tel critère de sélection « cumulatif » n'est nullement justifié d'un point de vue technique et ne permet pas de déterminer les opérateurs économiques capables techniquement d'exécuter le marché. Selon elle, chacun des lots composant l'accord-cadre porte sur le même objet. Seule la région d'exécution des prestations visées par le marché diffère. Elle soutient que, par conséquent, si trois références à des prestations similaires d'un montant minimal de 120.000 euros HTVA (sur une période minimale d'un an) permettent d'attester de la capacité, pour un soumissionnaire, à exécuter un lot du marché, rien ne justifie que ces mêmes trois références ne permettent pas de démontrer la capacité d'exécuter un autre lot du marché, strictement identique. Elle critique également le fait que le caractère cumulatif du critère n'a pas trait au montant des références, mais uniquement au nombre de celles-ci, ce qui aboutit à écarter, comme en l'espèce, un opérateur économique qui dispose de références de montants largement supérieurs à ceux exigés, et ce, sans aucune justification technique. Elle estime que, par voie de corollaire, la fixation d'un tel critère de sélection « cumulatif » est contraire à l'article 149 de la loi du 17 juin 2016 ou encore aux principes de proportionnalité et de concurrence, dès lors qu'il ne permet pas de déterminer les soumissionnaires qui disposeront de la capacité nécessaire pour exécuter le marché.

Lorsqu'en application de l'article 149, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précitée, l'entité adjudicatrice établit des critères de sélection des candidats ou soumissionnaires, elle dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer ceux-ci et les seuils à atteindre. L'exercice de sa compétence discrétionnaire est néanmoins soumis au respect de certaines conditions. Ainsi, l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 (auquel se réfère l'article 151, § 2 de la loi) impose de limiter ces critères à ceux qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose des capacités juridiques, financières, techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Les critères doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. Par ailleurs, les critères de sélection qualitative ne peuvent être conçus dans l'intention de limiter artificiellement la concurrence ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques (article 5 de la loi du 17 juin 2016) et doivent être fixés dans le respect des principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence (article 4 de la même loi).

Les critères et niveaux d'exigence devant être liés et proportionnés à l'objet du marché, les choix posés dans la définition des critères de sélection doivent pouvoir être justifiés au regard des caractéristiques du marché concerné et des contraintes auxquelles l'exécution de celui-ci exposera l'attributaire, ces critères devant précisément permettre à l'adjudicateur de s'assurer de ce que l'opérateur choisi sera capable d'exécuter ce marché. Lorsque le caractère proportionné d'un niveau d'exigence fixé à propos d'un critère de sélection est contesté dans le cadre d'un recours juridictionnel, l'instance compétente pour statuer sur celui-ci et chargée, à ce titre, de vérifier la légalité du critère litigieux au regard des dispositions légales et réglementaires précitées, doit se prononcer sur le grief ainsi formulé au vu des éléments invoqués par l'adjudicateur comme l'ayant déterminé à fixer le niveau d'exigence critiqué. Autrement dit, le caractère proportionné d'un critère de sélection dont le niveau d'exigence est contesté se vérifie au regard des caractéristiques du marché et des contraintes auxquelles l'exécution de celui-ci exposera l'attributaire, au vu notamment des éléments invoqués par l'adjudicateur comme l'ayant déterminé à fixer celui-ci.

En l'espèce, le marché litigieux est, selon l'article 1^{er} du cahier des charges, un accord-cadre de services, qui concerne les entretiens suivants des abords des bâtiments dans les limites de l'Entité « Project South » de la partie adverse : débroussaillage - plantation - tonte et taille.

Le marché est réparti en 3 lots :

- Lot 1 : Région 8 – Ronet, Gembloux, Ottignies, Yvoir, Namur, Huy ;
- Lot 2 : Région 9 - Liège, Ans, Angleur, Pepinster, Welkenraedt, Trois-Ponts ;

- Lot 3 : Région 10 - Jemelle, Arlon, Libramont.

Selon la requérante, rien ne justifie que les trois mêmes références ne permettent pas de démontrer la capacité d'exécuter un autre lot du marché, strictement identique.

Contrairement à ce qu'affirme la requérante, les soumissionnaires peuvent faire état des mêmes références pour démontrer leur capacité à exécuter chacun des lots. Par contre, pour pouvoir se voir attribuer deux lots, ils doivent faire état de six références distinctes au lieu de trois.

Le grief de la requérante aboutit, en réalité, et quoiqu'elle s'en défende, à remettre en cause le principe même d'un critère cumulatif car, à la suivre, la démonstration de la capacité technique et professionnelle pour exécuter plusieurs lots du marché peut être établie par la production des (trois) mêmes références.

La possibilité pour l'entité adjudicatrice de fixer un niveau minimal requis tant pour la sélection qualitative relative à chacun des lots séparément qu'en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire est cependant expressément prévue par l'article 57 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 précité.

Conformément à l'article 68, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, les références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement doivent permettre à l'entité adjudicatrice de s'assurer que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant.

Etabli sur base de l'article 57 de l'arrêté royal du 18 juin 2017, il apparaît que, dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, le critère de sélection cumulatif litigieux vise à s'assurer que le soumissionnaire dispose de la capacité technique et professionnelle nécessaire pour exécuter de manière distincte, plusieurs lots du marché, qui correspondent à des régions différentes, étant entendu que cette exécution puisse *prima facie* avoir lieu simultanément.

Dans la mesure où la production de trois références d'un montant minimal de 120.000 euros sur une période minimale d'un an doit permettre d'attester de la capacité d'un soumissionnaire à exécuter chacun des lots du marché pris individuellement, ce qui n'est pas contesté par la requérante, il n'apparaît, *prima facie*, pas déraisonnable d'exiger des soumissionnaires que ceux-ci fassent état d'un nombre de références plus important en vue de l'attribution d'autres lots et qu'ils démontrent disposer de trois références supplémentaires similaires lorsqu'ils

entendent se voir attribuer un second lot. *Prima facie*, on n'aperçoit pas en quoi ce critère ne permettrait pas de déterminer les opérateurs économiques capables techniquement d'exécuter le marché, ceci d'autant plus que la requérante affirme, dans son second moyen, qu'elle aurait pu y satisfaire, mais qu'elle a produit trois références. Au regard de ce que chaque lot fait l'objet d'une exécution distincte dans une aire géographique distincte, tout en apparaissant pouvoir avoir lieu simultanément, caractéristique du marché qui n'est pas contestée en tant que telle par la partie requérante, il n'apparaît pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en retenant le critère de sélection litigieux. Aux termes d'un examen effectué en extrême urgence, il est permis de considérer que ce critère est lié à l'objet de ce marché et ne paraît pas disproportionné. De même, en considération de ce qui est attendu de l'attributaire du marché-pour l'exécution de celui-ci, l'utilité de ce critère au regard de sa finalité ne paraît, *prima facie*, pas devoir être mise en doute.

S'agissant du fait que le caractère cumulatif du critère a trait au nombre de références, et non au montant des références, la partie adverse fait valoir que les règles qu'elle s'est fixée conformément à l'article 57 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 l'ont été afin de favoriser la concurrence la plus étendue entre les opérateurs économiques.

Compte tenu du large pouvoir d'appréciation applicable en la matière, il n'apparaît pas non plus que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation à ce propos. Tout d'abord, il est admis que la division en lots peut participer au renforcement de la concurrence entre opérateurs économiques. Ensuite, le critère de sélection cumulatif litigieux équivaut au critère de sélection applicable à chaque lot individuellement, que la partie requérante ne critique pas. Par ailleurs, selon la requérante, qui n'est pas contredite sur ce point par la partie adverse, les prestations réalisées annuellement dans le cadre d'un même accord-cadre pouvaient être prises en compte comme référence, ce qui augmente la concurrence entre opérateurs économiques. La circonstance que la partie adverse n'a pas jugé nécessaire de prévoir un critère de sélection cumulatif ayant trait au montant des références n'est pas de nature à établir que le critère de sélection litigieux soit disproportionné ou restreindrait irrégulièrement la concurrence. Il ne suffit pas à ce propos pour la partie requérante d'affirmer qu'en cette hypothèse, elle se serait vu attribuer le marché compte tenu du montant des références dont elle se prévaut. A cet égard, la requérante ne peut déduire l'illégalité du critère litigieux du seul fait que, n'ayant pas trait au montant des références, ce critère aboutit, selon elle, à écarter un opérateur économique qui dispose de références de montants largement supérieurs à ceux exigés sans justification technique. Plus fondamentalement, il n'appartient pas au Conseil d'Etat d'arbitrer les divergences de vue entre la partie

requérante et la partie adverse sur le choix des critères de sélection retenus mais seulement de censurer l'erreur manifeste d'appréciation. Or, la requérante indique elle-même qu'elle était en mesure de satisfaire au critère de sélection critiqué, mais qu'elle a produit trois références. Dans ces circonstances, elle reste en défaut de démontrer l'atteinte alléguée aux principes de proportionnalité et de concurrence, puisqu'elle tend à démontrer qu'elle aurait pu satisfaire au critère litigieux.

Le moyen n'est pas sérieux, sans qu'il faille examiner d'autres causes éventuelles de rejet.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse des parties

A. Requête

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de l'article 147, § 4, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que des principes de bonne administration, de l'égalité de traitement entre soumissionnaires et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle résume son moyen comme suit :

- « Par ce deuxième moyen, la requérante considère que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation à la fois en ne faisant aucune vérification interne quant aux références mentionnées par la requérante à des prestations effectuées pour son compte en 2021 et 2022, mais aussi en ne sollicitant pas de la requérante qu'elle produise les attestations de bonne exécution relatives à ces références ».

B. Note d'observations

La partie adverse résume comme suit les développements de sa note d'observation à propos du second moyen :

- « la partie adverse ne s'est rendue coupable d'aucune erreur manifeste d'appréciation et n'a pas méconnu les normes visées au moyen. Alors que la partie requérante avait expressément et délibérément choisi de joindre uniquement trois références à son offre, les normes invoquées n'imposaient aucunement à la partie adverse *ni* d'ajouter unilatéralement des références qui n'étaient pas incluses dans l'offre, *ni* d'autoriser la partie requérante (en l'interrogeant) à ajouter de nouvelles références qui n'étaient pas incluses dans l'offre. Bien au contraire, la partie adverse était même absolument empêchée de procéder de la sorte, sauf à violer le cadre légal et réglementaire des marchés publics, le cahier spécial des charges et le principe d'égalité des opérateurs économiques ».

C. Débats à l'audience

La requérante rappelle qu'elle a déposé trois attestations de bonne exécution pour l'année 2023. Selon elle, la partie adverse considère qu'une attestation de bonne exécution peut être délivrée pour chaque année d'exécution d'un accord-cadre. Elle relève que cela n'est pas contesté par la partie adverse, et que cela est logique car les références se rapportent à des commandes partielles d'un accord-cadre. Elle rappelle que ce qu'elle critique dans le chef de la partie adverse, c'est de ne pas avoir vérifié les éléments de son offre et de ne pas avoir demandé d'attestations de bonne exécution pour les années 2021 et 2022. Se référant à la jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de justice de l'Union européenne, elle indique qu'il est permis pour un soumissionnaire de produire des éléments complémentaires à son offre si ceux-ci sont antérieurs à la date de dépôt des offres. Tel serait bien le cas en l'espèce. Elle affirme que la partie adverse aurait dû l'inviter à produire de telles attestations de bonne exécution et qu'en n'agissant pas de la sorte, elle a commis une erreur manifeste d'appréciation, ce d'autant plus que l'attestation aurait émané de la partie adverse elle-même.

La partie adverse rappelle que le critère litigieux est conforme à l'article 57 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, et que la possibilité de faire valoir les mêmes références pour tous les lots permet à de petites entreprises de participer au marché. Elle relève que la requérante ne conteste pas avoir déposé trois références. Elle conteste avoir commis une erreur manifeste d'appréciation et rappelle qu'elle n'était pas tenue d'interroger un soumissionnaire et qu'elle n'avait pas à combler les manquements de ceux-ci. Elle souligne que si elle avait agi de la sorte, elle aurait violé l'article 147 de la loi du 17 juin 2016 précitée. Selon elle, l'offre de la requérante aurait été modifié dès lors qu'en l'état, elle ne pouvait se voir attribuer plus d'un lot. Elle conteste la pertinence de la jurisprudence citée par la requérante et insiste sur celle citée dans sa note d'observations. Elle rappelle le fait qu'elle n'avait pas l'obligation de combler les omissions délibérées de la requérante.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

La requérante n'expose pas concrètement en quoi les principes de bonne administration et de l'égalité de traitement seraient violés. Le moyen est irrecevable en tant qu'il est pris de la violation de ces principes.

Il incombe aux soumissionnaires de faire preuve de diligence et de minutie dans la préparation de leur offre, de sorte que s'ils ne constituent pas

scrupuleusement leur dossier, ils s'exposent au risque que leur offre ne soit pas sélectionnée.

L'article 147, §§ 1^{er} et 4, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics énonce ceci :

« § 1^{er}. Aux fins de la sélection de participants à des procédures de passation de marché, les règles suivantes s'appliquent :

1° l'entité adjudicatrice avant établi des règles et des critères d'exclusion des soumissionnaires ou des candidats conformément à l'article 149, alinéa 1^{er}, ou à l'article 151, § 1^{er}, exclut les opérateurs économiques en fonction de ces règles et de ces critères :

2° elle sélectionne les soumissionnaires ou les candidats conformément aux règles et critères objectifs établis en vertu des articles 149 et 151 ;

3° dans les procédures restreintes, dans les procédures négociées avec mise en concurrence, dans les dialogues compétitifs et dans les partenariats d'innovation, elle limite, le cas échéant, conformément à l'article 149, alinéa 2, le nombre des candidats retenus en vertu des points 1° et 2° du présent paragraphe.

[...]

§ 4. Lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par les opérateurs économiques sont ou semblent incomplets ou erronés, ou lorsque certains documents sont manquants, l'entité adjudicatrice peut, sans préjudice de l'article 121, § 6, alinéa 2, demander aux candidats ou soumissionnaires concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, sans que cela ne puisse mener à une modification des éléments essentiels du marché.

Un changement de la composition du personnel mis à disposition pour l'exécution du contrat, qui est la conséquence directe des mesures visant à résoudre les conflits d'intérêt ou les situations de participation préalable, est considéré comme ne donnant pas lieu à une modification d'un élément essentiel de l'offre ».

L'article 147, § 4, de la loi du 17 juin 2016 précitée ne crée pas de droit dans le chef du soumissionnaire mais prévoit une faculté au profit de l'entité adjudicatrice qui exerce, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire dont seule l'erreur manifeste d'appréciation peut être censurée.

S'il pèse sur un soumissionnaire l'obligation de préparer avec soin son offre afin d'éviter que celle-ci ne soit rejetée, un adjudicateur doit, quant à lui, veiller à ce que sa décision de sélection repose sur des considérations en fait et en droit exactes, pertinentes et légalement admissibles, exprimées dans une motivation formelle, ce qui doit impliquer un contrôle raisonnable des informations transmises par le soumissionnaire.

En l'espèce, la partie adverse a décidé de ne pas attribuer le lot 2 du marché à la partie requérante au motif qu'elle ne dispose que de trois références et qu'elle a marqué sa préférence pour le lot 1 dans son offre. La requérante ne critique

pas cette motivation. Elle estime toutefois que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation en adoptant l'acte attaqué.

Suivant l'article 70 de la troisième partie du cahier des charges, la partie adverse évalue la capacité technique et professionnelles des soumissionnaires sur la base d'une liste des principaux services relatifs à des services d'entretien des abords de bâtiments. Parmi cette liste, le soumissionnaire doit pouvoir se prévaloir de minimum trois références. Chacune des références est appuyée d'un certificat de bonne exécution. La liste des références doit reprendre les indications suivantes : la dénomination exacte et le scope des prestations, les dates de début et de fin d'exécution, le lieu d'exécution, le montant HTVA, le nom de l'organisme public ou privé où ils étaient destinés, le nom de la personne de contact et ses coordonnées. Cette disposition prévoit expressément qu'il est demandé de faire apparaître ces mentions/informations de manière explicite dans l'annexe – « critère de sélection-liste de références de services similaires ».

Pour chaque lot, le modèle de formulaire d'offre annexé au cahier des charges reprend la formule suivante : « Les documents dont question à l'article 76 de la troisième partie du CSC sont joints à la soumission : [...] L'annexe 6 – Critère de sélection : Liste de références de services similaires (voir à l'article 70 de la partie III du CSC, les informations devant être obligatoirement reprises dans cette liste) ».

L'article 75 du cahier des charges impose que l'offre soit rédigée sur ce formulaire et l'article 76 reprend cette liste des documents à joindre dans les mêmes termes.

L'annexe 6 du cahier des charges se présente comme suit :

«

CSC n° 57/54/4/23/292

ANNEXE 6

Marché de services

Entretiens des abords des Bâtiments dans les limites

De l'Entité « Projects South ».

Critère de sélection :

Pour chacun des lots, le soumissionnaire doit pouvoir se prévaloir de **minimum** :

3 références portant sur l'entretien des abords de bâtiments, c'est-à-dire références portant soit sur des prestations de débroussaillage et/ou de tontes et/ou de tailles et/ou des plantations.

réalisées au cours des 3 dernières années précédant la date ultime de réception des offres, portant sur un montant annuel de prestations de minimum 120.000,00 € HTVA (cent vingt mille euros).

Annexe à dupliquer pour la remise de plusieurs références

Référence

Identification de l'entreprise :

Dénomination exacte et scope des prestations :

Date de début et de fin de l'exécution :

-

Le montant **annuel** HTVA des prestations :

Le nom de l'organisme public ou privé à qui ils étaient destinés :

Le nom de la personne de contact et ses coordonnées :

Attestation de bonne exécution jointe : oui – non

».

L'article 70, *in fine*, du cahier des charges précise que chaque firme doit démontrer qu'elle dispose du nombre de références suffisant pour répondre à tous les lots pour lesquels elle aura remis offre et cite notamment l'exemple suivant : « une firme qui remet offre pour les lots 1 et 2 devra disposer de minimum 6 références ». Cette disposition prévoit encore que si la firme ne dispose pas du nombre de références suffisant, elle ne pourra se voir attribuer que les lots pour lesquels elle aura satisfait aux exigences, en tenant compte de l'ordre de préférence à compléter dans le formulaire d'offre. En gras et surligné, il est enfin prévu qu'« il revient au soumissionnaire qui remet offre pour plusieurs lots de démontrer, dans son offre qu'il entre dans les conditions décrites ci-dessus pour se voir attribuer plusieurs lots ». La requérante ne critique pas la légalité de ces dispositions.

Le point 4 de la première partie du cahier des charges prévoit encore qu'« Après dépôt des offres, les contacts entre l'adjudicateur et les soumissionnaires ne peuvent viser qu'à présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et sans que cela ne puisse mener à une modification des éléments essentiels du marché ».

Dans son offre, la partie requérante a, pour chaque lot, fait état des trois mêmes références, en remplissant l'annexe 6 pour chaque référence, chacune étant appuyée d'une attestation de bonne exécution. Dans les documents produits, la période d'exécution s'étend de 2020 à 2024. Le montant annuel des prestations indiqué est celui de l'année 2023. La requérante précise également, dans le formulaire d'offre, pour chaque lot, que pour la « parfaite information » de la partie adverse, elle a repris dans un tableau les montants réalisés pour les deux années

ECLI:BE:RVSC:2025:ARR.263.286

antérieures pour lesquelles elle n'a pas demandé d'attestation de bonne exécution, mais qu'il s'agit de données auxquelles la partie adverse a certainement accès en interne. Elle ajoute que les « références ainsi produites démontrent largement [ses] capacités à réaliser les prestations requises pour les trois lots ».

Dans ces circonstances, compte tenu des termes du cahier des charges, qui insistait notamment expressément sur l'obligation dans le chef des soumissionnaires de démontrer qu'ils entrent dans les conditions pour se voir attribuer plusieurs lots, mais aussi du principe d'intangibilité des offres consacré par l'article 147, § 4, de la loi du 17 juin 2016, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, *prima facie*, en quoi la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en adoptant l'acte attaqué. Aux termes d'un examen opéré en extrême urgence, il ne s'impose pas à l'évidence que toute autre autorité placée dans les mêmes circonstances n'aurait pas n'aurait raisonnablement pas pu prendre la même décision.

L'acte attaqué écarte l'offre de la requérante pour le lot 2 après avoir constaté que celle-ci ne dispose que de trois références de services valables et compte tenu de l'ordre de préférence mentionné dans l'offre de la requérante. Au terme d'un examen opéré dans les conditions d'une procédure d'extrême urgence, ce constat, opéré sur base des documents fournis par la requérante pour attester qu'elle respectait le critère de sélection litigieux, n'apparaît pas procéder d'une lecture manifestement déraisonnable de son offre. La requérante elle-même écrit d'ailleurs, dans les développements du premier moyen de sa requête, qu'elle a « produit 3 références à des marchés exécutés entre 2020 et 2024 pour le compte d'Infrabel, avec uniquement les attestations relatives au montant des prestations exécutées en 2023 ».

Si l'examen du dossier administratif ne permet pas d'établir que la partie adverse aurait vérifié l'existence d'autres références dont aurait pu se prévaloir la requérante dans les formes du cahier des charges, il importe de souligner que c'est la requérante qui a manqué de diligence dans la préparation de son offre. Elle a choisi de se limiter à faire état, dans les formes prescrites par les documents du marché, des trois références qu'elle mentionne, alors qu'elle ne pouvait ignorer les termes clairs du cahier des charges, qu'elle ne critique pas d'ailleurs pas à cet égard. Il importe peu que les références dont la partie requérante entend désormais se prévaloir pour les années 2021 et 2022 se rapportent à des prestations réalisées pour la partie adverse, dès lors que c'est à la requérante de démontrer qu'elle satisfait au critère de sélection litigieux. Par ailleurs, et contrairement à ce que la requérante affirme, il n'apparaît pas, *prima facie*, que celle-ci avait invité, dans son offre, la partie adverse à procéder à une vérification en interne des trois marchés exécutés pour son compte,

les montants correspondant aux années 2021 et 2022 étant communiqués pour la « parfaite information » de la partie adverse.

En outre, ayant constaté que les documents produits par la requérante ne démontraient pas qu'elle satisfaisait au critère de sélection litigieux pour lui permettre de se voir attribuer deux lots, la partie adverse n'avait pas l'obligation de lui demander de fournir des pièces complémentaires attestant qu'elle respectait ce critère. Compte tenu des termes des documents du marché, aucune erreur manifeste d'appréciation ne peut, *prima facie*, également lui être reprochée à cet égard.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VI. Confidentialité

La partie requérante dépose son offre à titre confidentiel (pièces 4 et 5). La partie adverse fait de même en ce qui concerne les pièces A à H du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 4 et 5 du dossier de la requérante et les pièces A à H du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles le 13 mai 2025, par la VI^e chambre du Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Aurélien Vandeburie,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

Aurélien Vandeburie