

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 266.285 du 3 avril 2026

A. 229.181/VI-21.610

En cause : **la société à responsabilité limitée PLURIS,**
ayant élu domicile chez
M^e Julie Bockourt, avocate,
place des Nations Unies, 7
4020 Liège,

contre :

la ville de Jodoigne,
représentée par son collège communal,
ayant élu domicile chez
M^e Cédric MOLITOR, avocat,
boulevard Brand Whitlock, 114/12
1200 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société à responsabilité limitée SEN5,
ayant élu domicile chez
M^e Romain VINCENT, avocat,
rue des Fories 2
4020 Liège.

I. Objet du recours

Par une requête introduite le 8 mars 2022, la partie requérante sollicite « à charge de la ville de Jodoigne, une indemnité visant à réparer le préjudice subi du fait de l'illégalité de sa décision du 21 juin 2019 par laquelle elle a attribué le marché "L'élaboration d'un schéma d'orientation local (S.O.L.) sur le site du Bosquet à Jodoigne", régi par le cahier spécial des charges n° 2019-013, à la société [...] SEN5 ».

Cette demande se fonde sur l'article 11*bis* des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973. Elle se greffe sur le recours en annulation introduit contre la décision du 21 juin 2019 précitée.

II. Procédure

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.

Par un arrêt n° 260.900 du 2 octobre 2024, le Conseil d'État a accueilli la requête en intervention introduite par la SRL SEN5, a annulé la décision du 21 juin 2019 précitée, a rouvert les débats sur la demande d'indemnité réparatrice et a liquidé les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, dans le cadre de la procédure en annulation (ECLI:BE:RVSCE:2024:ARR.260.900).

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

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 25/3 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

La partie adverse a déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 9 octobre 2025, l'affaire a été fixée à l'audience du 19 novembre 2025.

M^{me} Florence Piret, conseillère d'État, a exposé son rapport.

M^e Anne Feyt, *loco* Julie Bockourt, avocate, comparaisant pour la partie requérante, M^e Matthieu de Mûelenaere, *loco* M^e Cédric Molitor, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Romain Vincent, avocat, comparaisant pour la partie intervenante.

M^{me} Marie Lambert de Rouvroit, auditeur, a été entendue en son avis contraire.

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

III. Exposé des faits utiles

Les faits utiles à l'examen du recours ont été exposés dans l'arrêt n° 260.900 du 2 octobre 2024.

Par cet arrêt, le Conseil d'État a annulé « la décision de la ville de Jodoigne du 21 juin 2019 par laquelle celle-ci attribue à la SRL SEN5 le marché relatif à "l'élaboration d'un schéma d'orientation local (S.O.L.) sur le site du Bosquet à Jodoigne" régi par le cahier spécial des charges n° 2019-013 ». Le Conseil d'État a jugé fondé le moyen unique, en sa première branche, sur la base des motifs suivants :

« La question que soulève la première branche du moyen unique est celle de savoir si, en considérant dans le rapport d'examen des offres que celle de la partie intervenante est "en ordre" pour la liste des principaux services portant sur la réalisation d'un S.O.L. réalisés au cours des trois dernières années, et partant, en sélectionnant la partie intervenante, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen.

La partie adverse a fixé deux critères de sélection liés à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires dans le cahier spécial des charges, dont le point I.6.2 relatif à la "sélection qualitative" se lit comme il suit :

CAPACITE TECHNIQUE ET PROFESSIONNELLE (AR du 18/04/2017 - article 68)

Le soumissionnaire fournira :

- Une liste des principaux services relatifs à la réalisation d'un S.O.L. (anciennement dénommé PCA), réalisés au cours des 3 dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire publics ou privés. Les prestations de services sont prouvées si possible par des attestations de bonne exécution émises ou contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services. Si le soumissionnaire n'est pas en mesure de fournir ce type d'attestation, il devra établir la liste des principaux services réalisés et le destinataire. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de se renseigner directement auprès des destinataires concernés de la bonne exécution des mission.

Niveau minimal : Les services doivent être de minimum 3 pour des prestations de minimum 50.000 euros chacune, au cours des 3 dernières années.

- Une déclaration décrivant l'équipement technique et plus spécifiquement les logiciels dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.

Niveau minimal : Le matériel sera composé au minimum de licences informatiques et des supports nécessaires à leur utilisation complète. Afin d'être compatibles avec le logiciel Archicad utilisé par la Ville, les logiciels dont le prestataire de service disposera devront permettre la délivrance de documents dans des formats compatibles sans passage par un système de transfert de format.

Pour démontrer qu'elle satisfait au premier critère de sélection lié à la capacité technique et professionnelle, la partie intervenante a produit cinq références relatives à des prestations de services portant sur la réalisation d'un S.O.L. Les trois premières références sont identiques à celles que la partie requérante a produites. L'offre de la partie intervenante mentionne toutefois expressément que les trois références en question portent sur des services "réalisés par l'un ou plusieurs des associés de SEN5 sprl, au cours des 3 dernières années, dans le cadre

de collaborations précédentes pour le compte de PLURIS srl, et cités ici à titre confidentiel, tous pour un montant supérieur à 50.000 € htva”.

Comme il est dit ci-dessus, l’objectif de la phase de la sélection qualitative, lorsqu’elle a trait à la capacité technique et professionnelle des candidats ou de soumissionnaires, est de permettre au pouvoir adjudicateur de s’assurer de l’expérience, du personnel et des moyens techniques suffisants des candidats ou soumissionnaires pour exécuter le marché.

Par ailleurs, il relève du cours normal des affaires qu’une personne morale, qui peut être un candidat ou un soumissionnaire d’un marché public, puisse être confrontée à des départs d’associés et de collaborateurs ou décide d’intégrer de nouveaux associés ou collaborateurs en son sein.

Dans un marché public portant sur des prestations intellectuelles comme en l’espèce, l’expérience et le savoir-faire des personnes travaillant au sein d’une personne morale qui a déposé une candidature ou une offre, sont particulièrement importants pour l’exécution du marché.

Par ailleurs, si l’article 68, § 1^{er} et § 2, de l’arrêté royal du 18 avril 2017 précité vise les “opérateurs économiques” qui “possèdent les ressources humaines et techniques et l’expérience nécessaire pour exécuter le marché”, ainsi que la “capacité technique ou professionnelle des candidats ou soumissionnaires”, ces termes ne peuvent être interprétés comme signifiant, au regard de l’objectif poursuivi par cette disposition, que la liste des principaux services qu’un candidat ou soumissionnaire doit fournir pour prouver sa compétence technique à exécuter le marché, doit nécessairement comporter des références propres à la personne morale du candidat ou soumissionnaire.

L’article 68 de l’arrêté royal du 18 avril 2017 précité ne s’oppose donc pas à ce qu’une personne morale qui est candidate ou soumissionnaire à un marché public puisse se prévaloir de l’expérience acquise par les personnes physiques qui la composent à un moment où celles-ci étaient actives au sein d’une autre personne morale, lorsque cette expérience participe, voire constitue, la capacité actuelle et effective du candidat ou soumissionnaire à exécuter le marché.

Quant au cahier spécial des charges qui régit le marché litigieux, il ne contient pas de mention selon laquelle il serait exigé que la liste des principaux services à produire doit exclusivement porter sur des services réalisés par le soumissionnaire lui-même.

En conséquence, en acceptant que la partie intervenante puisse justifier sa capacité professionnelle et technique à exécuter le marché litigieux au moyen de trois références qui sont identiques à celles invoquées par la partie requérante, la partie adverse n’a violé ni les dispositions et principes visés au moyen, ni le cahier spécial des charges.

À titre subsidiaire, la partie requérante fait valoir que si l’expérience de ses anciens collaborateurs peut être prise en compte par la partie adverse dans le chef de la partie intervenante, “cette expérience serait acquise par ces personnes physiques uniquement et non pas par la SPRL SEN5 qui elle seule a le statut de soumissionnaire”. Selon la partie requérante, l’utilisation de ces références par la partie intervenante s’apparenterait donc à un recours à la capacité d’une entité tierce et, conformément à l’article 73 de l’arrêté royal du 18 avril 2017, la partie intervenante aurait dû apporter la preuve qu’elle disposera effectivement de la capacité de ces tiers pour exécuter le marché, en produisant notamment l’engagement de celles-ci.

L'argumentation de la partie requérante ne peut être suivie, étant donné que les fondateurs de la partie intervenante, qui en sont les gérants, ne sont pas des entités tierces par rapport à la partie intervenante, mais constituent les organes mêmes de celle-ci qui ne peut qu'agir par leur intermédiaire.

À titre encore plus subsidiaire, la partie requérante soutient dans le mémoire en réplique que, si le Conseil d'État devait considérer que la partie intervenante pouvait utiliser au titre de références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement les prestations accomplies par ses gérants lors de leur précédente collaboration avec la partie requérante, ces prestations partielles sous la supervision des administrateurs de la partie requérante ne constituaient pas la preuve de leur capacité de mener à bien de telles missions. Ce grief, qui est nouveau, aurait pu être formulé dès l'introduction de la requête. Il est, partant, irrecevable.

Enfin, la partie requérante soutient dans le mémoire en réplique, après avoir pris connaissance de la page 10 de l'offre de la partie intervenante communiquée par celle-ci le 17 janvier 2020, que "le degré d'implication dans les missions mentionnées des anciens collaborateurs de PLURIS est sans pertinence quant à la décision de sélection puisqu'aucune vérification n'a été faite par la partie adverse qui s'est contentée d'un simple tableau non conforme au niveau d'exigence puisque le montant respectif de chaque mission n'est pas mentionné".

Ce faisant, la partie requérante formule un grief nouveau sous la première branche du moyen unique. Toutefois, dès lors qu'il ne pouvait être invoqué dans la requête, car la partie requérante n'avait pas connaissance, lors de l'introduction de cette requête, de la page 10 de l'offre de la partie intervenante, ce grief nouveau est recevable.

Ensuite, il y a lieu d'observer que, conformément à l'article 66, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précitée, le pouvoir adjudicateur doit vérifier si un soumissionnaire répond aux critères de sélection qu'il a fixés. Ce contrôle doit être effectif, en ce sens que le pouvoir adjudicateur doit s'assurer de la réalité des capacités à exécuter un marché, notamment techniques et professionnelles, dont un candidat ou un soumissionnaire se targue.

Dans son offre, la partie intervenante produit, sous forme d'un tableau, une liste de cinq principaux services afin de prouver, au regard du premier critère de sélection lié à la capacité technique et professionnelle, son aptitude à exécuter le marché. Ces références ne sont guère détaillées et ne mentionnent pas le montant pour lequel elles ont été réalisées. L'offre précise uniquement, à cet égard, que ces services sont "tous pour un montant supérieur à 50.000 € htva".

Il ne ressort pas du dossier administratif que la partie adverse aurait vérifié plus en détail les références invoquées par la partie intervenante, alors qu'elles sont identiques à celles de la partie requérante.

Par ailleurs, le fait que la liste des principaux services invoqués par la partie intervenante ne mentionne pas le montant précis de chaque référence, comme c'était exigé par le cahier des charges, rend cette liste non conforme au cahier des charges.

Dès lors, la partie adverse n'a, d'une part, pas respecté l'obligation qui lui incombe de vérifier effectivement la capacité de la partie intervenante à exécuter le marché au regard du premier critère de sélection et a, d'autre part, violé le cahier des charges en acceptant à titre de preuve de la capacité technique et professionnelle de la partie intervenante, une liste des principaux services qui est non conforme au cahier des charges.

Le moyen est fondé dans cette mesure ».

IV. Exposé du préjudice subi

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante rappelle que l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État permet l'octroi d'une indemnité réparatrice lorsqu'un préjudice, un lien causal et une illégalité sont réunis. Elle soutient qu'elle subit un préjudice né, certain, actuel et personnel du fait de l'illégalité de la décision d'attribution annulée, dès lors que, sans cette illégalité, la SRL SEN5 aurait été écartée au stade de la sélection qualitative et elle aurait obtenu le marché litigieux puisqu'elle a déposé la meilleure offre régulière. Elle précise que le préjudice résulte de la perte du marché, non d'une perte de chance de remporter celui-ci.

Elle indique que l'indemnité réparatrice constitue des dommages et intérêts au sens de l'article 16 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, sans que la limitation forfaitaire de 10 % soit applicable puisque le marché a été passé par procédure négociée sans publicité. Elle en déduit qu'elle peut réclamer la réparation de son dommage réel, qui correspond à la perte de chiffre d'affaires afférent au marché, diminuée de l'économie de charges variables qu'il est possible de réaliser en l'absence de ce chiffre d'affaires, qui est liée au recours à des sous-traitants « hors structure » et qui représente en moyenne 26,7 % de son chiffre d'affaires. Elle précise qu'aucune économie ne peut être réalisée sur les autres frais généraux et charges fixes, qui demeurent entièrement à sa charge. Elle évalue ainsi son préjudice à 69.506 euros, correspondant au montant de son offre htva, moins 26,7 % d'économie pour la sous-traitance.

Elle demande, à titre subsidiaire, qu'une indemnité forfaitaire de 10 % du montant de son offre lui soit octroyée par analogie avec l'article 16, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013, soit un montant de 11.476,85 euros.

Elle sollicite enfin que les montants précités soient majorés des intérêts au taux légal à dater du 21 juin 2019.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse rappelle le contenu de l'arrêt d'annulation n° 260.900 du 2 octobre 2024 en précisant que celui-ci retient deux illégalités : le fait pour la partie adverse (1) de ne pas avoir respecté l'obligation de vérifier effectivement la capacité de l'adjudicataire, c'est-à-dire les références invoquées par la partie intervenante, et (2) d'avoir accepté à titre de preuve de la capacité technique et professionnelle de l'adjudicataire « une liste des principaux services qui est non conforme au cahier des charges », puisqu'elle ne mentionne pas le montant précis de chaque référence. Elle en déduit que pour démontrer le lien causal entre ces illégalités et la perte du marché, la requérante doit établir que si le pouvoir adjudicateur avait contrôlé plus en détail les références invoquées par l'adjudicataire et ne les avait pas acceptées comme telles, sans mention des montants précis de chaque référence, le marché lui aurait été attribué.

Elle soutient qu'en vertu de l'article 66, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, elle pouvait demander à l'adjudicataire de compléter et préciser ses références et ainsi vérifier qu'il répondait aux critères de sélection fixés. Elle estime que, s'il avait été interrogé, l'adjudicataire aurait pu régulariser son dossier en indiquant les montants de chaque référence, étant entendu que trois références de l'adjudicataire sont identiques à celles fournies par la requérante et satisfont au montant minimal exigé. Elle estime également « hautement probable » que si elle avait vérifié plus en détail les références invoquées, elle aurait considéré que la société SEN5 avait bien la capacité d'exécuter le marché « compte tenu de l'expérience avérée par le dossier, en lien avec leur participation à l'exécution des missions de services mentionnée dans la liste, de ses gérants ». Selon elle, il n'est, dès lors, pas établi que l'offre de l'adjudicataire aurait dû être écartée et que le marché aurait dû revenir à la requérante. Elle en déduit que la demande d'indemnité réparatrice doit être rejetée. À titre subsidiaire, elle expose qu'à supposer que le préjudice consiste en une perte de chance d'obtenir le marché, cette chance pourrait être fixée *ex aequo et bono* à 33 %.

Quant au montant de l'indemnité demandé, la partie adverse critique le raisonnement de la requérante, qui retient la perte du chiffre d'affaires et non la perte du bénéfice escompté, lié à l'exécution du marché et fixé, suivant la jurisprudence du Conseil d'État, forfaitairement à 10 % du montant de l'offre htva.

Elle en déduit que, si un dommage existe sous forme de perte de chance évaluée à 33 %, l'indemnité ne pourrait pas dépasser 3.130,05 euros.

C. Mémoire en réplique

La requérante identifie, à son tour, les deux illégalités retenues par l'arrêt d'annulation. Elle relève que le moyen unique de la requête a été déclaré fondé dans la mesure où (1) il ne ressort pas du dossier administratif que la partie adverse aurait vérifié plus en détail les références invoquées par l'adjudicataire alors qu'elles sont identiques aux siennes (violation de l'obligation de vérifier la capacité de l'adjudicataire à exécuter le marché au regard du critère de sélection) et (2) la liste des principaux services invoqués par l'adjudicataire ne mentionne pas le montant précis de chaque référence, ce qui rend cette liste non conforme au cahier spécial des charges (violation du cahier spécial des charges).

Elle affirme que si des vérifications avaient été opérées par la partie adverse, elles auraient abouti au constat que l'adjudicataire ne démontrait pas sa capacité à exécuter le marché. Elle relève, à cet égard, les éléments suivants :

- la qualité de prestataire « junior » des collaborateurs, devenus ensuite associés de l'adjudicataire, dont les contrats de collaboration n'ont duré que deux ou trois ans ;
- la portée limitée des prestations de ces collaborateurs qui ne disposaient pas des agréments nécessaires pour réaliser un S.O.L. ou des rapports d'incidences environnementales et étaient encadrés par des associés « seniors » pour réaliser ces prestations ;
- le fait qu'une partie substantielle des prestations ont été réalisées après le départ de ces collaborateurs au mois de mai 2018 ;
- l'impossibilité pour l'adjudicataire de fournir des attestations de bonne exécution pour les raisons qu'elle détaille.

Quant à l'évaluation de son préjudice, elle renvoie à l'attestation de son expert-comptable qui établit le calcul de l'indemnité réclamée à titre principal, lequel correspond à la perte du bénéfice escompté augmenté des frais fixes pour lesquels aucune économie ne peut être réalisée, qu'elle remporte ou non le marché. À titre subsidiaire, elle maintient qu'une indemnité correspondant à 10 % du montant de son offre doit lui être accordée. Elle ajoute que, contrairement à ce que suggère la partie adverse, son préjudice ne consiste pas dans une perte de chance d'obtenir le marché, à quantifier, mais bien dans la perte du marché puisque son offre était classée deuxième, juste derrière celle de la SRL SEN5. Elle fait encore valoir que l'annulation

de la décision d'attribution n'a pas suffi à réparer le dommage subi puisque le marché a été exécuté.

Elle réclame enfin des intérêts au taux légal à dater de la date de la décision d'attribution du marché, en distinguant les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse maintient que la requérante ne démontre pas que, sans l'illégalité constatée par le Conseil d'État, elle aurait nécessairement et avec certitude obtenu le marché alors qu'elle-même établit avec suffisamment de vraisemblance que le marché aurait échappé à la requérante même en l'absence de l'illégalité commise.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 144, alinéa 1^{er}, de la Constitution réserve aux cours et tribunaux de l'ordre judiciaire la compétence de connaître des contestations qui ont pour objet des droits civils. L'alinéa 2 de cette disposition prévoit, par exception, que « la loi peut, selon les modalités qu'elle détermine, habiliter le Conseil d'État ou les juridictions administratives fédérales à statuer sur les effets civils de leurs décisions ».

L'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État dispose, en son alinéa 1^{er}, que « [t]oute partie requérante ou intervenante qui poursuit l'annulation d'un acte, d'un règlement ou d'une décision implicite de rejet en application de l'article 14, § 1^{er} ou § 3, peut demander à la section du contentieux administratif de lui allouer par voie d'arrêt une indemnité réparatrice à charge de l'auteur de l'acte si elle a subi un préjudice du fait de l'illégalité de l'acte, du règlement ou de la décision implicite de rejet, en tenant compte des intérêts publics et privés en présence ».

L'indemnité réparatrice constitue une notion autonome qui se distingue tant de la réparation du dommage sur la base des dispositions du Code civil que de l'indemnité « en équité » de l'article 11 des lois coordonnées précitées et dont « il convient de laisser au Conseil d'État le soin de dégager progressivement les modalités au travers de sa jurisprudence » (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, pp. 6-7). Par ailleurs, l'obligation pour le Conseil d'État de tenir compte de toutes les circonstances d'intérêt public et privé, comme le prescrit l'article 11*bis* précité, se justifie, selon le législateur, « notamment par la nécessité de maintenir un équilibre entre la partie qui poursuit l'annulation et la partie adverse » (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, commentaire des articles, n° 5-2233/1, p. 7) et

implique que l'indemnité ne doit pas réparer l'intégralité du préjudice (*Doc. parl.*, Sénat, session 2012-2013, avis de la section de législation n° 59/933/AG du 29 août 2013, n° 5-2233/2, p. 8).

Dans l'arrêt n° 260.900 du 2 octobre 2024, le Conseil d'État retient, comme le relèvent les parties, deux illégalités :

- d'une part, la violation de l'obligation qui incombait à la partie adverse de vérifier effectivement la capacité de l'adjudicataire au regard du premier critère de sélection, dès lors qu' « il ne ressort pas du dossier administratif que la partie adverse aurait vérifié plus en détail les références invoquées [par l'adjudicataire], alors qu'elles sont identiques à celles de la partie requérante » ;
- d'autre part, une violation du cahier spécial des charges « en acceptant, à titre de preuve de la capacité technique et professionnelle [de l'adjudicataire], une liste des principaux services qui est non conforme [à ce] cahier », car elle ne mentionne pas le montant précis de chaque référence.

Il appartient à la requérante de démontrer un lien de causalité entre les illégalités ainsi constatées et le préjudice dont elle se plaint, cette démonstration devant établir que ce préjudice ne se serait pas produit sans les illégalités commises par la partie adverse. En outre, l'indemnisation d'un préjudice sur la base de l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État ne trouve à s'appliquer que lorsque l'acte administratif illégal a, en dépit de son effacement *ab initio* de l'ordre juridique ou du constat d'illégalité, engendré un préjudice que ceux-ci ne peuvent réparer. La charge de la preuve de l'existence de ce préjudice et la détermination du montant de l'indemnité réparatrice incombent également à la requérante.

En l'occurrence, le marché a été conclu avec l'adjudicataire et a, à défaut d'autres indications fournies par les parties, vraisemblablement été exécuté. La requérante expose que, sans les illégalités commises, l'adjudicataire n'aurait pas été sélectionné et qu'elle aurait remporté le marché, puisqu'elle a déposé, après la SRL SEN5, la meilleure offre régulière. Son préjudice résulte, dès lors, à son estime, dans la perte du marché. La partie adverse soutient, de son côté, que, sans les illégalités précitées, elle aurait interrogé l'adjudicataire qui aurait pu régulariser son dossier, indiquer les montants de chaque référence et prouver sa capacité à exécuter le marché, en sorte que la requérante n'aurait, de toute façon, pas obtenu le marché. À titre subsidiaire, elle fait valoir que le préjudice subi ne consiste que dans la perte d'une chance d'obtenir le marché qu'elle évalue à 33 %, sans expliquer ce pourcentage. La

requérante conteste cette analyse en affirmant que si la partie adverse avait interrogé l'adjudicataire, elle aurait constaté que les références produites n'étaient pas adéquates, car elles ne permettaient pas de rendre compte de la capacité réelle de celui-ci à exécuter le marché.

Il faut tout d'abord constater que, dans l'arrêt d'annulation n° 260.900 du 2 octobre 2024, le Conseil d'État s'est limité à relever que l'article 68, §§ 1^{er} et 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, comme les dispositions du cahier spécial des charges, ne s'opposent pas à ce qu'« une personne morale qui est candidate ou soumissionnaire à un marché public puisse se prévaloir de l'expérience acquise par les personnes physiques qui la composent à un moment où celles-ci étaient actives au sein d'une autre personne morale, lorsque cette expérience participe [à], voire constitue, la capacité actuelle et effective du candidat ou soumissionnaire à exécuter le marché » pour en déduire qu'« en acceptant que [l'adjudicataire] puisse justifier sa capacité professionnelle et technique à exécuter le marché litigieux au moyen de trois références qui sont identiques à celles invoquées par la partie requérante, la partie adverse n'a violé ni les dispositions et principes visés au moyen, ni le cahier spécial des charges ».

Le Conseil d'État a donc seulement jugé qu'il n'y avait pas d'opposition de principe à utiliser de telles références pour justifier sa capacité technique et professionnelle ; il ne s'est toutefois pas prononcé sur la question de savoir si les références litigieuses permettaient effectivement de démontrer la capacité technique et professionnelle de l'adjudicataire à exécuter le marché. Ainsi, le Conseil d'État n'a pas examiné le bien-fondé du grief invoqué tardivement par la requérante qui affirmait, en ordre subsidiaire, que les prestations partielles réalisées par ses anciens collaborateurs pour son compte ne constituaient pas la preuve de leur capacité à mener à bien de telles missions. En revanche, le Conseil d'État a rappelé que « le pouvoir adjudicateur doit vérifier si un soumissionnaire répond aux critères de sélection qu'il a fixés » et que « ce contrôle doit être effectif » et permettre de « s'assurer de la réalité des capacités à exécuter un marché, notamment techniques et professionnelles, dont [...] un soumissionnaire se targue ». Or, le Conseil d'État a précisément jugé qu'en l'espèce « il ne ressort pas du dossier administratif que la partie adverse aurait vérifié plus en détail les références invoquées, alors qu'elles sont identiques à celles de la partie requérante » pour en déduire qu'elle « n'a [...] pas respecté l'obligation qui lui incombe de vérifier effectivement la capacité [de l'adjudicataire] à exécuter le marché au regard du premier critère de sélection ».

Il y a ensuite lieu de relever, avec la partie adverse, que celle-ci avait la possibilité d'interroger l'adjudicataire sur la base de l'article 66, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Cette disposition qui permet d'inviter à compléter, clarifier ou préciser les documents en vue de la sélection qualitative ne crée pas de droit dans le chef du soumissionnaire, mais prévoit une faculté au profit du pouvoir adjudicateur qui exerce, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire, « à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité et de transparence ». En l'occurrence, il peut être admis que la partie adverse aurait, dans le respect des principes précités, procédé à une telle démarche, puisqu'elle a interrogé, à deux reprises, la requérante, notamment sur des aspects touchant à la sélection qualitative. Ceci n'est d'ailleurs pas contesté par la requérante dans ses écrits de procédure.

Quant au résultat de ces vérifications et comme la partie adverse l'affirme, l'adjudicataire aurait pu confirmer qu'au moins trois références présentes dans le tableau atteignaient chacune un montant minimum de 50.000 euros, ce qui n'est d'ailleurs pas contesté puisqu'il s'agit des mêmes références présentées par la requérante. En revanche, il n'est pas démontré que la réponse des intéressés aurait permis de s'assurer de la capacité effective de l'adjudicataire à exécuter le marché. La partie adverse soutient, dans son mémoire en réponse, qu'un tel constat était « hautement probable » compte tenu de « l'expérience avérée par le dossier, en lien avec leur participation à l'exécution des missions de services mentionnée dans la liste, de ses gérants ». Cette affirmation ne repose toutefois sur aucun élément du dossier. Les parties requérante et intervenante ont, sur cette question, développé des thèses radicalement contraires : l'une minimisant le rôle joué par des collaborateurs « juniors » qui n'auraient réalisé que des prestations ponctuelles dans le cadre de marchés dont l'exécution s'est poursuivie après leur départ et dont la gestion globale était assurée par les associés « seniors » qui pilotaient leurs collaborateurs, assumaient toute la responsabilité des missions et disposaient des agréments requis ; l'autre affirmant que l'essentiel des prestations référencées a été effectué par les anciens collaborateurs de la requérante, même encore après leur départ, pour la réalisation des études proprement dites, la rédaction des correspondances avec les autorités et l'assistance aux réunions de travail, au point de soutenir que la requérante ne justifiait plus, elle-même, après le départ de ses collaborateurs, de la capacité requise pour exécuter le marché.

Les pièces produites au dossier ne permettent pas d'accréditer l'une ou l'autre thèse. Par ailleurs, comme il vient d'être exposé, le grief, soulevé tardivement dans le cadre de la procédure en annulation, tiré du caractère partiel des prestations réalisées par les anciens collaborateurs de la requérante a été déclaré irrecevable dans

l'arrêt n° 260.900 du 2 octobre 2024. De même, l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie intervenante, qui contestait l'intérêt légitime de la requérante à agir dès lors qu'à son estime, elle ne justifiait pas de la capacité requise n'a pas été retenue, le Conseil d'État rappelant qu'il ne pouvait substituer son appréciation à celle de la partie adverse qui, dans le cours de la procédure de passation, n'avait pas retenu un défaut de capacité dans le chef de la requérante. Comme le relève le Conseil d'État dans son arrêt d'annulation, ces vérifications auraient dû être opérées, en amont, par la partie adverse, ce qui n'a pas été fait. Celle-ci savait pourtant que les deux soumissionnaires faisaient valoir les mêmes références pour justifier leur capacité technique à exécuter le marché, l'adjudicataire mentionnant, en plus, expressément, dans son offre, que les références produites portaient des services « réalisés par l'un ou plusieurs [de ses] associés [...] au cours des 3 dernières années, dans le cadre de collaborations précédentes pour le compte de Pluris SCRL ».

Il suit des éléments qui précèdent que la requérante ne démontre, en tout cas, pas que, sans les illégalités retenues dans l'arrêt du 2 octobre 2024, elle aurait obtenu le marché. En revanche, elle peut se prévaloir d'une perte de chance de remporter celui-ci ; celle-ci peut être évaluée à 50 %, dès lors qu'il n'est pas possible d'accorder plus de crédit à la thèse de la requérante qu'à celle soutenue par la partie intervenante.

Quant à l'évaluation du préjudice subi, la requérante propose un calcul qui tient compte du chiffre d'affaires total qu'elle aurait réalisé, soit le montant de son offre, déduction faite d'un pourcentage qui correspond à celui de la part de son chiffre d'affaires qu'elle paie à ses sous-traitants « hors structure ». Se basant sur une attestation de son expert-comptable, elle évalue cette « part sous-traitants » à 26,7 % de son chiffre d'affaires, qui correspond à une moyenne calculée sur l'ensemble des missions qu'elle a accomplies pour les années 2019 et 2020. Elle précise que les frais fixes ne doivent pas être pris en compte dès lors qu'elle doit les assumer, que le marché lui soit attribué ou pas.

Le montant proposé par la requérante imposerait de retenir une marge bénéficiaire de 73,3 % sur le marché litigieux, ce qui, d'un point de vue économique, est inconcevable. La requérante ne prend en compte, comme frais variables, que le recours à des sous-traitants « hors structure », en omettant d'autres frais tels ceux de déplacement, de recherche et de documentation, de participation à des réunions, etc. L'exclusion des frais fixes ne se justifie pas non plus. Dans son attestation, l'expert-comptable énumère une série de frais fixes : « frais généraux liés aux locaux professionnels (loyer, indemnités de bureau, entretien et réparation, décoration, énergie, etc.) ; frais généraux liés à l'informatique, aux télécommunications, aux

impressions, à la documentation, à la formation professionnelle, aux expéditions, etc. ; honoraires comptables et conseils divers ; frais liés aux voitures [...] ; frais de notoriété ; émoluments et rémunérations alternatives des dirigeants de la SRL Pluris ; amortissements ». Ces frais fixes doivent être inclus, dans une certaine proportion, dans le calcul des frais que génère l'exécution du marché litigieux. Le prix proposé dans l'offre tient d'ailleurs compte de ces différents frais. Le cahier spécial des charges indiquait, à ce propos, que le prix global devait couvrir chacun des postes du marché et comprendre « tous les frais (tous les aspects) consécutifs à la réalisation de la mission, notamment les frais administratifs et de secrétariat, la rémunération des éventuelles sous-traitances, les frais de déplacement, de transport et d'assurance, les frais inhérents à la participation du prestataire de services au comité de suivi et aux prestations de ces différents rapports aux diverses étapes de la procédure devant les instances et comités chargés du suivi, [...] aux réunions publiques d'information relatives à la présentation de l'étude à la population [et] aux réunions organisées dans le cadre de la participation citoyenne qui sera mise en place par la ville pour l'élaboration de ce schéma [...], le coût de documents relatifs aux services éventuellement exigés par le pouvoir adjudicateur, la livraison de documents ou de pièces liées à l'exécution des services, les droits de douane et d'accise relatifs au matériel et produits utilisés, les frais liés à la réalisation de toutes les modifications à apporter aux documents à remettre par le prestataire de services et l'impression de tous les documents, et ce même si ceux-ci résultent de l'enquête publique ou des avis des différentes commissions et instances ».

L'évaluation faite par la requérante ne peut, dès lors, être retenue. En l'absence d'estimation vérifiée contradictoirement, il convient de se référer, par analogie, au pourcentage d'indemnisation de 10 % visé à l'article 16, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions. Certes, le législateur n'a prévu l'application d'un montant d'indemnité forfaitaire que lorsqu'un soumissionnaire est irrégulièrement évincé à l'occasion d'un marché passé en procédure ouverte ou restreinte et attribué sur la base du seul critère du prix. Force est toutefois de constater qu'en fixant à 10 % l'indemnité forfaitaire due au soumissionnaire irrégulièrement évincé, il a procédé à une évaluation *ex aequo et bono* du dommage subi lorsqu'un soumissionnaire n'obtient pas le marché qui devait lui être attribué. La circonstance que le marché est passé par procédure négociée et est attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse sur la base de critères qualité/prix est, en règle, sans incidence sur le pourcentage de l'indemnité pouvant être obtenue. L'article 11*bis* des lois coordonnées, qui impose au Conseil d'État de tenir compte des intérêts publics et privés, permet le recours à une telle méthode, pour éviter de longues et coûteuses expertises qui seraient nécessaires

à l'établissement du dommage exactement subi. En effet, ainsi qu'il a déjà été souligné, l'indemnité réparatrice constitue une notion autonome se distinguant en particulier de la réparation du dommage sur la base des dispositions du Code civil.

Il y a donc lieu d'accorder à la requérante une indemnité réparatrice égale à 5 % de 94.850 euros htva (montant de l'offre de la requérante 'option comprise'), soit un montant de 4.742,50 euros.

La requérante demande, dans son écrit de procédure contenant la demande d'indemnité réparatrice, que celle-ci soit majorée des intérêts au taux légal à dater du 21 juin 2019, date de l'adoption de la décision d'attribution. Dans son mémoire en réplique, elle précise que l'indemnité réparatrice doit être augmentée des intérêts compensatoires à partir de la date de la décision d'attribution du marché litigieux ainsi que des intérêts moratoires à partir de l'arrêt à intervenir jusqu'au complet paiement.

Les intérêts compensatoires et les intérêts moratoires sont les uns et les autres des montants destinés à réparer le préjudice résultant du paiement différé d'une créance. Les intérêts compensatoires compensent le délai qui s'écoule entre la survenance du dommage et le moment où le juge fixe le montant de la réparation, transformant ainsi une créance de valeur en une créance de somme. Les intérêts moratoires sont dus à partir de la décision de justice jusqu'au complet paiement.

La présente demande fondée sur l'article 11*bis* des lois coordonnées sur le Conseil d'État tend à la réparation d'un dommage résultant d'une illégalité constatée par un arrêt statuant sur un recours en annulation. Saisi d'une telle demande, le Conseil d'État peut accorder de tels intérêts lorsqu'ils sont sollicités dans la requête introductive en indemnité réparatrice.

En l'espèce, c'est bien la décision d'attribution du 21 juin 2019 qui a conduit à la conclusion du marché litigieux avec l'adjudicataire SRL SEN5. Cette date peut être considérée comme la date de survenance du dommage. Quant aux intérêts moratoires, ils sont dus au taux légal à dater du présent arrêt jusqu'au complet paiement.

La prise en compte des intérêts publics et privés en présence en cette affaire ne justifie pas de fixer autrement que ce qui est jugé dans le présent arrêt le montant de l'indemnité réparatrice à accorder à la requérante.

V. Indemnité de procédure

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 770 euros. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

Une indemnité réparatrice de 4.742,5 euros est accordée à la partie requérante, à charge de la partie adverse, augmentée des intérêts compensatoires calculés au taux légal depuis le 21 juin 2019 jusqu'à la date du prononcé du présent arrêt, puis des intérêts moratoires calculés au taux légal à dater du présent arrêt jusqu'au complet paiement.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 22 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros, accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 3 avril 2026, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,	président de chambre, absent à la signature, légitimement empêché
Florence Piret,	conseillère d'État,
Xavier Close,	conseiller d'État,
Nathalie Roba,	greffière.

Monsieur David De Roy, précité, a participé aux débats et au délibéré mais se trouve dans l'impossibilité de signer le présent arrêt. Il est donc fait application de l'article 55, alinéa 2, du règlement d'ordre intérieur du Conseil d'État du 18 février 2020 tel qu'approuvé par l'arrêté royal du 7 juillet 2020.

La Greffière,	Le conseiller d'État,	La Présidente f.f.,
---------------	-----------------------	---------------------

Nathalie Roba	Xavier Close	Florence Piret
---------------	--------------	----------------