

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

n° 247.914 du 25 juin 2020

A. 230.722/VI-21.753

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
RÉNOVATION DE CONSTRUCTION,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Éric BALATE, Céline SERBOURDIN et
Alexandra DRUITTE, avocats,
rue du Gouvernement 50
7000 Mons,

contre :

la RÉGIE DES BÂTIMENTS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Valentine DE FRANCQUEN et
Thomas DERIDDER, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles,

Partie requérante en intervention :

la société anonyme ACLAGRO,
ayant élu domicile chez
M^{es} Kris LEMMENS et
Mathieu THOMAS, avocats,
rue de la Régence 58/8
1000 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 19 mai 2020, la société privée à responsabilité limitée RÉNOVATION DE CONSTRUCTION demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision prise par la partie adverse en date du 12 février 2020 et notifiée le 5 mai 2020 par laquelle elle décide ne pas sélectionner la S.P.R.L. REDECO dans le cadre du marché relatif au désamiantage du centre FEDASIL de Florenne (Cahier spécial des charges n° 2019/91122/49) ainsi que la décision d'attribuer ce marché à la société ACLAGRO ».

II. Procédure

Il est fait application de l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 concernant la prorogation des délais de procédure devant le Conseil d'État et la procédure écrite et des arrêtés royaux des 4 mai 2020 et 18 mai 2020 prorogeant certaines mesures prises par l'arrêté royal n° 12 du 21 avril 2020 précité.

Une ordonnance n° 1207 du 20 mai 2020 a fixé les règles procédurales applicables à l'examen du présent recours.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 2 juin 2020, la société anonyme ACLAGRO demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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.

Les parties ont déposé des notes complémentaires et ont été invitées à communiquer leurs éventuelles dernières observations.

M. Denis DELVAX, premier auditeur au Conseil d'État, a ensuite émis un avis écrit, conforme au présent arrêt.

À la suite de la communication de cet avis aux parties le 13 juin 2020, les débats ont été clos et l'affaire a été mise en délibéré.

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

La requérante résume comme suit les faits de la cause :

« La partie requérante est une société spécialisée dans les travaux de désamiantage.

À une date indéterminée, LA RÉGIE DES BÂTIMENTS a lancé une procédure de marché public de services intitulée "marché de services – procédure ouverte" ayant pour objet :

" 5620 Florenne, Rue Henri de Rohan Chabot, 120 – Fedasil – centre de réfugiés

Travaux de désamiantage

Numéro complexe 911122"

Ce marché est soumis à la loi du 17 juin 2016 relatif aux marchés publics et est passé par procédure ouverte.

Il ressort de l'article 41 du Cahier spécial des charges que le marché sera attribué à l'opérateur économique qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse sur base du critère du prix.

La troisième partie du Cahier spécial des charges est relatif à la sélection qualitative des soumissionnaires.

Plus spécifiquement, les articles 23 et 24 du Cahier spécial des charges se lisent comme suit :

"Critère[s] de sélection (article 71 de la loi relative aux marchés publics et articles 65 à 74 AR [P]assation)

23.1 Capacité technique et professionnelle (article 68 A.R. [P]assation)

Afin d'évaluer la capacité technique ou professionnelle des Candidats ou Soumissionnaires d'exécuter les travaux, les Soumissionnaires sont tenus d'apporter les preuves suivantes :

1 – Agréation du prestataire de services de désamiantage

(...)

2 – Apporter la preuve de leur[] capacité[] technique[] et professionnelle[] en vertu de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité.

Les candidats ou soumissionnaires qui sont des personnes morales doivent préciser [dans] leur demande de participation ou leur offre, les noms et les qualifications professionnelles des personnes chargées de l'exécution du marché.

La [preuve] de la capacité technique et professionnelle est fournie par les moyens suivants :

- [u]ne liste de trois chantiers de désamiantage similaires d'un montant TVA comprise de 400.000 € minimum, exécutés au cours des cinq dernières années au maximum, assortie de certificats de bonne exécution (voir annexe[s]8 et 9 du formulaire d'offre).

24. Informations incomplètes (article 66 de la loi relative aux marchés publics et article 72 AP passation)

Lorsque les informations ou les documents doivent être soumis par le [S]oumissionnaire sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, le [P]ouvoir [A]djudicateur peut demander au [S]oumissionnaire concerné de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans le délai approprié, sans que cela ne puisse mener à une modification des éléments essentiels de l'offre.

Les déclarations et informations présentées peuvent être vérifiées par le [P]ouvoir [A]djudicateur par tous les moyens possibles. Le [P]ouvoir [A]djudicateur ou un tiers désigné par lui peut exiger la production de[s] certificat[s], déclaration[s] et moyen[s] de preuve à titre de preuve de l'absence de motif[s] d'exclusion et du respect des critères de sélection".

Il ressort du rapport d'attribution que la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner l'offre déposée par la partie requérante au motif suivant :

" L'entreprise SPRL [RÉNOVATION DE CONSTRUCTION] a remis une liste qui ne suffit pas toutefois pour démontrer sa capacité technique et professionnelle car seulement deux attestations sont valables, la troisième est en réalité une facture.

Ce faisant, l'entreprise SPRL [RÉNOVATION DE CONSTRUCTION] est exclue en application de l'article 68 AR passation."

La partie adverse retient, au[] terme[] de l'examen des critères de sélection qualitative, l'offre de la SA LAURENTY et de la SA ACLAGRO.

À la suite de l'examen des critères d'attribution, la partie adverse décide d'attribuer le marché à la SA ACLAGRO.

D'ores et déjà, la partie requérante attire l'attention de Votre Conseil sur le fait que :

- La décision d'attribution mentionne, en page 16, sous le titre "Vérification de l'offre économiquement la plus avantageuse" que :

"Le Soumissionnaire qui a introduit l'offre économiquement la plus avantageuse est la SPRL RÉNOVATION DE CONSTRUCTION avec une offre d'un montant de 364 410,72 € TVA comprise (343 787,70 EUR hors TVA)"

- La décision d'attribution, en page 18, indique que le marché est attribué à la SA ACLAGRO, mais reprend en guise de siège social de la SA ACLAGRO l'adresse du siège social de la partie requérante, à savoir Rue des Sandrinettes, 2 à 7033 Cuesmes ;

La partie requérante conteste, par le présent recours, la légalité de la décision attaquée et sollicite sa suspension en extrême urgence ».

IV. Intervention

Par une requête introduite le 2 juin 2020, la société anonyme ACLAGRO demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant que bénéficiaire du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité de la demande de suspension

V.1. Thèse des parties

La requérante indique que, son offre n'ayant pas été sélectionnée, elle dispose d'un intérêt au recours puisque, s'il était accueilli, son offre pourrait être retenue et le marché pourrait lui être attribué – « son offre ayant été qualifiée par le pouvoir adjudicateur comme étant l'offre économiquement la plus avantageuse » ou, à tout le moins, si la procédure devait être relancée, elle retrouverait une chance de participer au marché.

La partie adverse fait valoir que la requérante justifie d'un intérêt à agir dans la mesure seulement où elle retrouverait une chance de participer au marché si son recours était accueilli, mais que, contrairement à ce que la requérante semble prétendre, le marché ne devrait pas lui être automatiquement attribué, pour les raisons qu'elle développe dans sa réponse au premier moyen de la requête.

La partie intervenante ne conteste pas l'intérêt à agir de la requérante.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 15 de 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 dispose que l'instance de recours peut ordonner la suspension de l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices dans les mêmes conditions que celles visées à l'article 14 de la même loi, c'est-à-dire pour autant, d'une part, que le recours soit introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché et, d'autre part, que les violations alléguées aient lésé, ou risqué de léser, la partie requérante. Il s'ensuit que, pour être recevable, le recours doit soulever au moins un moyen fondé sur une violation « ayant lésé » ou « risquant de léser » la requérante.

En l'espèce, l'intérêt de la requérante au présent recours n'est *prima facie* pas contestable. La requérante est un opérateur économique qui a fait offre pour le marché considéré. Par sa requête, elle tend notamment à démontrer que des illégalités commises lors la sélection qualitative des offres ont pu avoir un effet défavorable sur l'appréciation portée sur la qualité de son offre.

La requérante dispose, dès lors, d'un intérêt à agir dans le cadre du présent recours.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 66 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 75 et 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination, du principe de transparence, de l'erreur manifeste d'appréciation et des articles 1^{er} à 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Elle relève que l'article 42 du cahier spécial des charges renvoie à l'article 66 de la loi relative aux marchés publics et à l'article 75 de l'arrêté royal « passation », que cette disposition définit la procédure à suivre avant d'attribuer le marché (sélection provisoire uniquement sur la base du DUME avant de procéder à l'examen de la régularité des offres puis désigner l'offre économiquement la plus avantageuse pour enfin vérifier l'absence de motifs d'exclusion et le respect des critères de sélection) alors que l'article 66, § 3, de la loi permet au pouvoir adjudicateur qui constaterait que des documents ou informations sont incomplets, erronés ou manquants, d'inviter le candidat ou le soumissionnaire à présenter, compléter, clarifier ou préciser lesdits documents ou informations. Elle indique qu'en l'espèce, chaque soumissionnaire devait, pour être sélectionné, prouver sa capacité technique en apportant la preuve de son agrément pour effectuer des travaux de désamiantage ainsi qu'une liste de trois chantiers de désamiantage similaires d'un montant TVA comprise de 400.000 € minimum, exécutés au cours des cinq dernières années au maximum, assortie de certificats de bonne exécution. Elle explique que son offre n'a pas été sélectionnée au motif que, pour une des trois références, elle n'avait joint qu'un bon de commande en lieu et place d'un certificat de bonne exécution des travaux. Elle fait valoir que ni le cahier spécial des charges ni l'arrêté royal précité ne prévoit que la production de documents incomplets pour l'examen des critères de sélection emporte nécessairement l'exclusion du soumissionnaire, que la transmission d'un document incomplet n'est pas un motif d'exclusion au sens des articles 67 à 70 de la loi et des articles 61 à 64 de l'arrêté royal, que le cahier spécial des charges ne prescrit pas la production des certificats de bonne exécution à peine de nullité et qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de déterminer, en tenant compte du degré de concurrence, de la nature des documents manquants et de ceux qui sont déjà disponibles, s'il faut exclure le soumissionnaire ou lui demander de compléter son dossier. Elle estime, premièrement, qu'en considérant que la pièce manquante devait entraîner l'exclusion automatique de l'offre, la partie adverse n'a pas exercé valablement son pouvoir d'appréciation et a méconnu son obligation de motivation spéciale. Selon elle, après avoir constaté qu'il ne s'agissait pas d'un motif d'exclusion obligatoire, la partie adverse devait inviter

la requérante à compléter son dossier ou à tout le moins évaluer la situation. Elle considère, deuxièmement, que, pour respecter le principe d'égalité, la partie adverse devait proposer à la requérante de compléter son dossier puisqu'elle a offert cette possibilité à la SA LAURENTY qui a pu, après le dépôt de son offre, envoyer les documents établissant qu'elle disposait d'un agrément en cours de validité. Elle fait valoir que rien ne l'empêchait d'agir de la même manière à son égard, alors qu'elle aurait pu déposer le certificat de bonne exécution manquant sans difficulté et obtenir le marché puisque son offre était l'offre économiquement la plus avantageuse.

En annexe de sa note complémentaire, la requérante produit une attestation de bonne exécution établie le 14 mai 2020, qui démontre, selon elle, qu'elle dispose bien de l'attestation de bonne exécution initialement manquante, puisqu'elle certifie que le troisième chantier référencé dans son offre a bien été exécuté au cours de l'année 2019. Elle en déduit qu'elle a bien intérêt au moyen. Elle ajoute qu'elle se trouvait dans une situation comparable à la SA LAURENTY au moment de l'examen des offres puisque l'offre de cette dernière comportait une attestation dont la validité était expirée et que son offre à elle comportait un document incomplet, également requis au niveau de la sélection qualitative. Elle rappelle que les offres ont été déposées le 21 mai 2019, que la partie adverse a, le 3 septembre 2019, interrogé la SA LAURENTY, que celle-ci a fourni la preuve du renouvellement de son agrément le 5 novembre 2019, que la procédure s'est prolongée jusqu'au 12 février 2020 et que dix mois se sont donc écoulés entre l'ouverture des offres et la décision d'attribution. Selon elle, il ne peut, vu le contexte, être exclu que, si la partie adverse l'avait interrogée, comme elle l'a fait pour la SA LAURENTY, elle aurait pu joindre l'attestation manquante, être sélectionnée et se voir attribuer le marché puisqu'en procédure ouverte, la phase de sélection et celle d'attribution sont simultanées, de sorte que rien n'empêche de reporter la sélection jusqu'à ce que les documents nécessaires soient remis. Elle en déduit qu'elle pouvait être valablement sélectionnée et répète qu'elle ne pouvait être traitée différemment de la SA LAURENTY, alors que les deux sociétés se trouvaient dans des situations comparables. Elle expose encore que la partie adverse ne peut être suivie lorsqu'elle distingue la preuve de l'agrément et celle de la capacité technique et professionnelle, alors que toutes deux sont requises par le cahier spécial des charges. Elle conclut que le principe d'égalité imposait que tous les soumissionnaires soient interpellés sur les documents produits.

Dans ce qui s'apparente à un nouveau grief, la requérante fait valoir, pour la première fois dans sa note complémentaire, que le principe d'égalité a aussi été méconnu en ce que, parmi les références produites par la SA ACLAGRO, plusieurs chantiers pour le CHR de la Citadelle de Liège sont repris sur deux ans pour un montant de 497.916,92 € et qu'il en va de même pour la SA LAURENTY

qui a fourni des références listées sur trois ans. Elle met en doute la présence ou non d'un chantier de minimum 400.000 € HTVA dans ces listes, alors que le cahier spécial des charges prévoit que chaque soumissionnaire doit fournir une liste de trois chantiers de désamiantage similaires accompagnés chacun de certificats de bonne exécution, soit une attestation par référence. Elle soupçonne que la SA ACLAGRO ait « additionné » plusieurs chantiers sur plusieurs années pour arriver au montant minimum requis par le cahier spécial des charges. Elle en conclut qu'en acceptant ces références, la partie adverse a violé le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen est irrecevable en tant qu'il est pris de la violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, à défaut d'indiquer en quoi l'acte attaqué méconnaîtrait cette disposition qui est relative à l'examen de la régularité des offres.

L'article 5 du cahier spécial des charges prévoit que « l'offre doit être accompagnée des informations demandées par le pouvoir adjudicateur ». L'article 23.1 du même document, intitulé « Capacité technique et professionnelle (article 68 A.R. Passation) », requiert notamment des soumissionnaires qu'ils apportent la preuve de leur capacité technique et professionnelle par les moyens suivants :

« une liste de 3 chantiers de désamiantage similaires, d'un montant TVA Comprise de 400.000 € minimum, exécutés au cours des cinq dernières années au maximum, assortie de certificats de bonne exécution ».

En annexes au cahier spécial des charges sont joints deux formulaires intitulés « Inventaire des références utilisées » et « Attestation de bonne exécution pour les références utilisées ». Ce dernier document précise que « ces attestations doivent être délivrées et signées par l'administration compétente ou, si le maître d'ouvrage est un particulier, par ce dernier ». Peuvent être mentionnés « les marchés déjà achevés » comme « les marchés encore en cours ». Dans les deux cas, il est demandé de décrire succinctement le marché, de préciser la valeur du marché qui « a été exécuté » ou « qui a été exécuté jusqu'à ce jour » (en euros), les dates de début et de fin des travaux ainsi que de confirmer que « les travaux ont été effectués dans les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin », ceci afin d'établir la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires à l'exécution de chantiers de désamiantage similaires.

La requérante ne conteste pas qu'au moment du dépôt de son offre, celle-ci ne comportait pas, pour le troisième chantier référencé, de certificat de

bonne exécution signé par le maître d'ouvrage. En considérant que « L'entreprise SPRL RÉNOVATION DE CONSTRUCTION a remis une liste qui ne suffit pas toutefois pour démontrer sa capacité technique et professionnelle car seulement deux attestations sont valables, la troisième est en réalité une facture », la partie adverse a fait une application correcte de l'article 23.1 du cahier spécial des charges.

La requérante invoque, en vain, différents éléments pour critiquer le choix fait par la partie adverse de ne pas lui permettre de compléter son offre et d'écarter celle-ci, à savoir, en particulier, le recours au Document unique de marché européen (DUME), le choix d'une procédure de passation qui ne comporte qu'une seule phase pour la sélection des offres et l'attribution du marché, l'absence de motifs d'exclusion visés aux articles 67 à 70 de la loi du 17 juin 2016 et l'absence de sanction prévue en cas de défaut de communication des attestations de bonne exécution. Le fait qu'un soumissionnaire ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés aux articles 67 à 70 de la loi est étranger au constat qu'il ne répond pas aux critères de sélection qualitative prévus par l'article 71 de la loi. La question de savoir si l'omission d'attestations est imposée à peine de nullité est sans pertinence, dès lors que, le cahier spécial des charges les ayant exigées, elles doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires. L'obligation de présenter un DUME n'empêche pas le pouvoir adjudicateur d'exiger la production, dès le dépôt de l'offre, des certificats, déclarations et autres moyens de preuves, visés à l'article 72 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité. Quant au choix d'une procédure de passation en une seule phase, il ne crée pas d'obligation, dans le chef de la partie adverse, d'interroger le soumissionnaire avant de décider de son écartement au motif qu'il ne satisfait pas aux critères de sélection qualitative.

La possibilité de compléter une offre incomplète au regard des critères de sélection qualitative est prévue par l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qui dispose que « [...] lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par le candidat ou soumissionnaire sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat ou soumissionnaire 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 de la procédure ouverte ou restreinte, que cela ne donne pas lieu à une modification des éléments essentiels de l'offre ». L'article 24 du cahier spécial des charges, intitulé « Informations incomplètes » (article 66 de la Loi relative aux marchés publics et article 72 A.P. Passation) énonce une règle similaire.

Ces dispositions qui permettent de faire compléter les documents en vue de la sélection qualitative ne créent pas de droit dans le chef du soumissionnaire, mais prévoient une faculté au profit du pouvoir adjudicateur qui exerce, à cet égard, un pouvoir discrétionnaire, dont seule l'erreur manifeste d'appréciation peut être censurée. Si la requérante fait, de manière générale, référence au devoir pour le pouvoir adjudicateur d'évaluer, en fonction de différents critères qu'elle énonce, s'il doit exclure le soumissionnaire ou s'il est opportun de lui demander de compléter son offre, elle reste en défaut d'établir les éléments concrets qui permettraient de considérer qu'en l'espèce, la décision de ne pas la sélectionner, sans l'interroger au préalable, procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation.

La requérante ne démontre pas, non plus, que la partie adverse aurait violé le principe d'égalité en permettant à d'autres soumissionnaires placés dans une situation comparable de compléter leurs offres. Elle n'établit pas, en particulier, que la SA LAURENTY se trouvait dans la même situation qu'elle. La requérante ne conteste pas que cette société a remis une offre complète au jour de l'ouverture des offres le 21 mai 2019, alors qu'elle reconnaît avoir elle-même remis une offre incomplète. À l'offre de la SA LAURENTY était jointe une attestation de son agrément valable jusqu'au 9 juillet 2019 ainsi qu'un accusé de réception de la demande de renouvellement de l'agrément, établi le 19 avril 2019 par le SPF Emploi, Travail et Concertation sociale. L'offre de la SA LAURENTY comportait bien la preuve de l'agrément exigée par le cahier spécial des charges. La validité de cet agrément ayant expiré après le dépôt des offres, la partie adverse a pu vouloir s'assurer que cette société avait obtenu le renouvellement de celui-ci, pour vérifier qu'elle répondait toujours aux critères de sélection qualitative. Ce contrôle était d'ailleurs obligatoire si elle entendait attribuer *in fine* le marché à la SA LAURENTY. *A contrario*, l'offre de la requérante manquait, pour établir sa capacité technique et professionnelle à exécuter le marché, un certificat de bonne exécution relatif à l'un des trois chantiers référencés. Il ressort de la décision attaquée que d'autres soumissionnaires n'ont, comme la requérante, pas fourni, au moment de l'ouverture des offres, les certificats de bonne exécution exigés par le cahier spécial des charges, qu'ils n'ont pas davantage été interrogés et que leurs offres ont été écartées pour ce motif au stade de la sélection qualitative.

Dès lors, la requérante n'établit pas que la partie adverse était tenue de l'inviter à fournir l'attestation de bonne exécution qui manquait au moment de l'ouverture des offres, cette attestation n'existant, au demeurant, que depuis le 14 mai 2020. Elle ne démontre pas, non plus, que la partie adverse aurait violé le principe d'égalité en interrogeant la SA LAURENTY sur le renouvellement de son agrément.

Quant au grief nouveau qui met en cause les références déposées par la partie intervenante et la SA LAURENTY, il est fondé sur des éléments d'informations dont la requérante avait connaissance au moment de l'introduction de sa requête. Ces éléments figurent aux pages 8 et 9 la décision d'attribution qui est annexée à la requête. Ce grief, invoqué pour la première fois dans la note complémentaire de la requérante, est tardif et partant irrecevable.

Le premier moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit utile d'examiner d'autres motifs éventuels de rejet.

VII. Deuxième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un deuxième moyen de la violation de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Elle expose que l'article 81 de la loi prévoit que le pouvoir adjudicateur doit attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse, que l'acte attaqué contient le motif selon lequel « [l]e soumissionnaire qui a introduit l'offre économiquement la plus avantageuse est la SPRL RÉNOVATION DE CONSTRUCTION avec une offre d'un montant de 364 410,72 EUR TVA comprise (343 787,70 EUR hors TVA) », qu'alors que l'offre de la requérante n'a pas été sélectionnée, elle est mentionnée comme l'offre économiquement la plus avantageuse, que la partie adverse décide pourtant d'attribuer le marché à la SA ACLAGRO, que la décision attaquée reprend, en plus, dans son dispositif, l'adresse du siège de la requérante à la place de celui de la SA ACLAGRO, qu'il existe donc une contradiction majeure entre les motifs de l'acte attaqué et son dispositif et que la partie adverse devait à tout le moins exposer les raisons pour lesquelles elle retient l'offre de la SA ACLAGRO, en violation de l'article 81 de la loi, alors que cette offre n'est pas économiquement la plus avantageuse.

Dans sa note complémentaire, la partie requérante conteste l'affirmation selon laquelle la désignation de son offre comme étant économiquement la plus avantageuse serait une erreur de plume, d'autant qu'elle a été reproduite en plusieurs passages et que l'un des passages considérés se trouve sous le titre « Vérification de l'offre régulière économiquement la plus intéressante ». Selon elle, la partie adverse ne peut soutenir que la régularité de l'offre de la requérante n'a pas été examinée tout en la qualifiant de « régulière ». Elle répète que le dispositif de l'acte attaqué vise la SA ACLAGRO, mais mentionne que son siège social se situe à l'adresse de la requérante, et en déduit que cette entité n'existe pas. Selon elle, il est faux de

prétendre que « cette erreur n'a aucune incidence sur la clarté de la décision du pouvoir adjudicateur et l'attribution du marché à Aclagro » ou qu'elle ne pouvait se méprendre sur le raisonnement juridique suivi.

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 81, §1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose que « [l]e pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse ». L'article 66, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, de la même loi prévoit cependant ce qui suit :

« Les marchés sont attribués sur la base du ou des critères d'attribution fixés conformément à l'article 81, pour autant que le pouvoir adjudicateur ait vérifié que toutes les conditions suivantes sont réunies :

[...]

2° l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu de l'accès au marché sur la base des articles 67 à 70 et qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés à l'article 79, § 2, alinéa 1^{er}. »

Il se déduit de cette disposition que le marché ne peut être attribué à un soumissionnaire qui ne répond pas aux critères de sélection qualitative fixés par le pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, l'acte attaqué expose clairement les motifs pour lesquels la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante et n'a, dès lors, pas examiné la régularité de l'offre de cette dernière. La décision d'attribution mentionne, tout d'abord, sous le point 5.2., relatif aux « critères de sélection qualitatifs relatifs à la capacité technique et professionnelle (art. 68 A.R. Passation) », que la requérante « a remis une liste qui ne suffit pas toutefois pour démontrer sa capacité technique et professionnelle car seulement deux attestations sont valables, la troisième est en réalité une facture » et que « [c]e faisant, l'entreprise SPRL RÉNOVATION DE CONSTRUCTION est exclue en application de l'article 68 A.R. Passation ». Au point 5.3 « conclusion » du point 5 « vérification des critères de sélection », il est conclu que quatre entreprises, dont la requérante, « ne répondent pas à toutes les exigences sur le plan des critères de sélection qualitatifs, de sorte que leurs demandes de participation ne participeront pas à la suite du processus d'évaluation » et que deux entreprises, la partie intervenante et SA LAURENTY, « répondent à toutes les exigences sur le plan des critères de sélection qualitatifs, de sorte que leurs offres peuvent participer à la suite du processus d'évaluation ». Sous le point 6 « examen de la régularité des offres », ne sont plus examinées que les offres de la partie intervenante et SA LAURENTY, pour lesquelles il est considéré

qu'elles satisfont à toutes les exigences sur le plan de la régularité formelle et qu'elles ne contiennent pas d'irrégularités substantielles, de sorte qu'elles participent à la poursuite du processus d'évaluation. Au point 7 « Classement des offres en fonction des critères d'attribution », l'acte attaqué compare uniquement les prix des offres remises par la partie intervenante et la SA LAURENTY et aboutit à la conclusion que « [s]ur la base de ce classement, l'offre SA ACLAGRO représente l'offre économiquement la plus avantageuse ». Le point 8 concerne le « délai d'engagement de l'offre » et ne vise que la partie intervenante. Comme le relève la requérante, sous le point 9 « vérification de l'offre régulière économiquement la plus avantageuse », la décision d'attribution énonce, effectivement, dans son paragraphe introductif, que « [l]e [s]oumissionnaire qui a introduit l'offre économiquement la plus avantageuse est SPRL RÉNOVATION DE CONSTRUCTION avec une offre d'un montant de 364 410,72 EUR TVA comprise (343 787,70 EUR hors TVA) ». Cependant, les points suivants 9.1 à 9.5 visent exclusivement la partie intervenante, en vérifiant, à son endroit, l'absence de motifs d'exclusion et en rappelant qu'elle satisfait aux critères de sélection. Sous le point 9.5, la décision d'attribution énonce expressément que c'est la partie intervenante qui a remis l'offre économique la plus avantageuse. Au point 10 « conclusion générale », qui comporte le dispositif de l'acte attaqué, il est indiqué que l'autorité compétente a « décidé d'attribuer le Marché susmentionné à la SA ACLAGRO, portant le numéro d'entreprise BE 415256901, sis Rue des Sandrinettes 2 à 7033 Cuesmes, pour un montant de 383 139,82 EUR, TVA comprise (361 452,66 EUR hors TVA) ».

La lecture de l'acte attaqué fait clairement apparaître que l'examen de l'offre de la requérante s'est arrêté au stade de la sélection qualitative, que le pouvoir adjudicateur a uniquement procédé à l'examen de la régularité des offres de la partie intervenante et la SA LAURENTY et que c'est l'offre de la partie intervenante qui a finalement été considérée comme l'offre régulière la plus avantageuse.

C'est manifestement par erreur que le paragraphe introductif du point 9 de la décision d'attribution mentionne que c'est la requérante qui a remis l'offre régulière la plus avantageuse. Cette maladresse n'a pu raisonnablement induire la requérante en erreur quant à l'écartement de son offre au stade de la sélection qualitative, parce qu'elle ne démontrait pas sa capacité à exécuter le marché en cause. Quant à l'indication erronée du siège social de la partie intervenante, elle n'a pas d'incidence sur l'identification du soumissionnaire à qui le marché a été attribué.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux, sans qu'il soit utile d'examiner d'autres motifs éventuels de rejet.

VIII. Confidentialité

La requérante demande que son offre soit tenue pour confidentielle afin de ne pas nuire au secret d'affaires et à une concurrence loyale entre les entreprises.

La partie adverse formule une demande identique en ce qui concerne les six offres reçues dans le cadre du marché litigieux. Il s'agit des pièces 1,2,3,4,5 et 6 du dossier administratif qualifié de « confidentiel ».

La partie intervenante ne formule aucune demande expresse quant à la confidentialité des pièces déposées dans le cadre de la présente procédure.

Les demandes des parties requérante et adverse ne sont pas contestées. Il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

IX. Indemnité de procédure

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme ACLAGRO est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'offre contenue dans le dossier de la requérante et les pièces 1, 2, 3, 4, 5 et 6 du dossier administratif qualifié de « confidentiel » sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Ainsi prononcé en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 25 juin 2020, par :

Florence Piret,
Katty Lauvau,

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

Le Greffier,

Le Président,

Katty Lauvau

Florence Piret