

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 261.999 du 16 janvier 2025

A. 231.199/VI-21.800

En cause : **la société à responsabilité limitée
ANTI-CHUTE,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER,
François VISEUR et Louise LAPERCHE, avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles,

contre :

l'État belge, représenté par
la Ministre de la Défense.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 6 juillet 2020, la partie requérante demande l'annulation de « la décision du 5 mai 2020 de ne pas la sélectionner pour le marché public “accord-cadre MRMP-S/AT N^o 20ST102 avec plusieurs participants relatif à la fourniture de masques buccaux réutilisables en étoffe (Community Masks)”, notifiée par *e-mail* et par un pli recommandé du 6 mai 2020, et d'attribuer le marché à Tweeds & Cottons SA et à Avrox SA de droit luxembourgeois ».

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

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

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 1^{er} octobre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 novembre 2024.

M. Xavier Close, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e François Viseur, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^{me} Alice Bonte, Lieutenant-Colonel, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits utiles

1. Le 27 avril 2020, le Conseil des ministres charge la Ministre de la Défense d'acquérir des masques buccaux afin de couvrir les besoins de la population belge dans le contexte de la pandémie de covid-19 et ce par un accord-cadre conclu selon la procédure négociée sans publication préalable (article 42, § 1^{er}, 1^o, b, de la loi du 17 juin 2016) avec l'industrie belge du textile et/ou avec des fournisseurs internationaux sur la base d'une consultation préalable du marché (prospection) à réaliser.

2. Le 28 avril 2020, le pouvoir adjudicateur commence ses activités de prospection dans le cadre du marché en cause. Il consulte, en parallèle, l'industrie belge de la confection et fourniture de textiles sous la coordination de Créamoda (fédération belge de la mode) ainsi que d'autres soumissionnaires potentiels.

Les tractations réalisées *via* Créamoda n'aboutissent pas.

En revanche, un premier tour « de consultation du marché » (partie 1) est effectué, selon les déclarations de la partie adverse, auprès de 190 acteurs de la confection textile. Les soumissionnaires potentiels sont invités à déposer une « offre de prospection » pour le 30 avril 2020 à 12h00. Le document de prospection, qui doit être rempli, comporte un schéma de livraison et une grille de prix, ainsi que des informations concernant le respect d'exigences de qualités techniques (notamment le respect de la norme NBN/DTG S 65-001 : 2020, version 1, du 24 avril 2020). Il doit être accompagné de différentes annexes permettant d'attester du respect des exigences minimales prévues, telles qu'un DUME et des preuves administratives et

techniques.

La requérante transmet une première proposition.

3. Le 30 avril 2020, à 01h01, le pouvoir adjudicateur adapte le premier document de prospection afin d'augmenter les quantités minimales de masques à fournir.

4. Le 30 avril 2020, à 10 h 36, la requérante adapte sa proposition initiale.

5. Le 30 avril 2020, à 23h50, le pouvoir adjudicateur communique un nouveau document « de consultation du marché » dans le cadre d'un second tour (partie 2) renvoyant à « une norme technique modifiée », à savoir la norme NBN /DTD S 65-001 : 2020, version 1.1, du 28 avril 2020 et les exigences REACH 1907/2006.

Il est précisé que le document complété doit parvenir au pouvoir adjudicateur pour le samedi 2 mai 2020 à 12h00.

Dans ce document, le pouvoir adjudicateur demande notamment de fournir une première liste de référence d'une livraison de volume équivalent du produit proposé afin de réduire le nombre de soumissionnaires potentiels :

<i>« Veuillez nous fournir au moins une référence d'une livraison de volume équivalent du produit que vous proposez.</i>	<i>Quantité Référence Pays Ville Nom Adresse »</i>
--	--

6. Le 2 mai 2020, à 11h45, le pouvoir adjudicateur informe les soumissionnaires potentiels d'une mise à jour supplémentaire, le produit proposé pouvant désormais être conforme ou équivalent à la norme belge, ainsi que du déroulement de la poursuite de la procédure.

Le délai pour le dépôt d'une proposition est reporté à 15h00. Il est par ailleurs notamment précisé que :

« Toutes les entreprises qui, sur la base du premier et/ou du deuxième tour de consultation, ont fourni des informations démontrant qu'elles peuvent garantir une capacité de livraison minimale supérieure à 250.000 pièces/semaine, recevront, après cette phase de prospection, un cahier des charges définissant les exigences finales et les modalités d'attribution, y compris une invitation à soumettre une offre, conformément à la législation sur les marchés publics. Ce cahier des charges

vous sera envoyé encore aujourd'hui ».

« La date limite pour le dépôt des offres sera communiquée par le pouvoir adjudicateur. L'intention est de parvenir à une décision d'attribution le plus rapidement possible. Dans ce but les documents administratifs et techniques que vous avez déjà transmis seront au maximum exploités ».

7. Le 3 mai 2020, à 00h35, 41 opérateurs économiques sont invités à déposer une offre pour le 4 mai, à 15h00. Le cahier spécial des charges leur est envoyé simultanément. Il fait l'objet d'un *erratum* envoyé le 3 mai à 12h30.

Il est notamment prévu ce qui suit :

« [...]

2. Procédure

a. Nature de la procédure

Procédure négociée sans publication préalable sur base de l'article 42, §1, 1°, b) de la loi du 17 juin 2016.

b. Centrale d'achat

Dans le cadre de ce dossier, le ministère de la Défense (La Défense) acte en tant que centrale d'achat au profit de toutes les institutions gouvernementales qui font partie du gouvernement fédéral, des régions et des communautés.

La Défense (voir service dirigeant ci-dessous) passera les commandes pour les autorités fédérales.

Pour ce qui concerne les autres commandes, les modalités seront communiquées séparément par le service dirigeant de la Défense. (...).

3. Objet

[...]

b. Spécifications techniques minimales

Toutes les livraisons satisfont ou sont équivalentes à la norme NBN / DTD S 65-001 : 2020, version 1.1 du 28 avril 2020 (...).

4. Début, durée et prolongations

L'accord-cadre court, *a priori*, jusqu'au 31 décembre 2020, avec possibilité de prolongation pour une période d'un an. La prolongation ne peut avoir lieu qu'après sa notification par le service dirigeant de la Défense, avant l'expiration du contrat. [...] Le pouvoir adjudicateur ne contracte aucune obligation d'acquérir les items à concurrence des quantités estimées.

[...]

6. Motifs d'exclusion et sélection qualitative

[...]

b. Déclaration explicite – Document unique de marché européen (DUME)

Le DUME doit être entièrement rédigé, complété et introduit par le soumissionnaire [...]

Par l'introduction d'un DUME entièrement rempli (et signé), le soumissionnaire déclare explicitement sur l'honneur, qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion repris aux articles 67, 68 et 69 de la loi.

[...]

c. Sélection qualitative

Le soumissionnaire est demandé à présenter une déclaration selon laquelle il a déjà fourni au moins 250 000 pièces de masques en étoffe réutilisables avec le nom et l'adresse du destinataire.

[...]

16. Billet d'offre

[...]

f. Composition de votre dossier à fournir avant le lundi 4 mai, à 15 heures :

1. L'offre signée
2. Le dossier technique (cf Par 16.e.)
3. Le Document Unique de Marché Européen Attention. L'absence du DUME signé dans l'offre conduit automatiquement à l'éviction du soumissionnaire.
4. La déclaration des références total de 250 000 pièces (cf Par 6.c)
5. La preuve du mandat autorisant la signature

[...] ».

8. Le 4 mai 2020, la requérante dépose une offre. Celle-ci reprend, en annexe, une fiche de présentation du produit qui se lit comme suit :

« Madame, Monsieur,

Vous trouverez en annexe l'annexe technique pour 20ST102

Composition : 100 % polyester
3 couches
Disponible en blanc et noir
Emballage individuel avec fiche info
30 cycles de lavage

Références de livraison de 250.000 pièces :

Mother Trucker & co HEADQUARTERS :
Adress : 22343 LaPalma Ave #131
Yorba Linda, CA 92887
USA

Matière première disponible pour 2.000.000 pièces ».

9. Le 4 mai 2020, il est constaté qu'outre la requérante, 29 autres opérateurs économiques ont déposé une offre.

10. Le 5 mai 2020, la partie adverse établi un rapport d'analyse des offres.

Le même jour, la Ministre de la Défense décide de ne pas sélectionner l'offre de la requérante et d'attribuer le marché aux firmes Avrox et Tweeds & Cottons.

Il s'agit de l'acte attaqué.

11. Cette décision est notifiée à la requérante par mail et par courrier recommandé les 6 et 7 mai 2020. Il est précisé ce qui suit :

« Suite à votre offre mentionnée en référence 2 et en application de l'article 8 de la loi mentionnée en référence 3, je vous informe que vous n'avez pas été sélectionné pour l'attribution du marché en objet.

Ci-dessous vous trouverez le motif qui a mené à la décision de non-sélection prise par l'ordonnateur compétent.

Votre offre ne satisfait pas à la sélection qualitative : aucun chiffre et aucune référence fournis. En application du Par. 6.c. du cahier spécial des charges et de l'Art. 68, § 4, 1^o, b), l'AR Passation du 18 avril 2017, vous n'êtes pas sélectionnée ».

IV. Moyen unique

IV.1. Thèse des parties

A. Requête en annulation

La requérante soulève un moyen unique pris « de la violation des articles 4 et 5, 6^o 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, de l'article 66, § 1^{er}, 2^o de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 6.c du cahier spécial des charges, de l'erreur de fait et de l'erreur manifeste d'appréciation ».

En une première branche, elle critique la décision de ne pas sélectionner son offre au motif qu'elle ne fournit aucun chiffre ni aucune référence. À son estime, ce motif est erroné en fait, puisqu'une déclaration annexée à son offre indiquait qu'elle avait déjà fourni 250.000 exemplaires du même masque à la société Mother Trucker & Co. Son offre comprenait dès lors, conformément aux exigences des documents du marché, une déclaration avec le nom et l'adresse du destinataire de la livraison.

En une deuxième branche, la requérante allègue également que la partie adverse n'a pas précisé, dans la motivation formelle de sa décision, les raisons pour lesquelles la déclaration annexée à son offre n'était pas admissible. De son point de vue, la motivation formelle de l'acte attaqué est dès lors erronée et insuffisante.

B. Mémoire en réponse

Concernant la première branche, la partie adverse souligne que l'article 68, § 4, 1^o, b), de l'arrêté royal du 18 avril 2007 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est applicable à la procédure négociée sans publication préalable et elle rappelle la *ratio legis* de cette disposition.

Elle relève que lors de la phase de consultation préalable du marché, la requérante a fourni trois références – différentes de celle qu'elle invoque dans son offre finale – qu'elle a qualifiées de références touchant à des « clients parmi les plus importants » servis durant la crise sanitaire. Elle souligne que ces références ne comportaient ni chiffres, ni volume, mais qu'elle a néanmoins estimé à ce stade de la procédure que la requérante pouvait être en mesure de réunir les conditions de capacité technique qui seraient requises par le cahier spécial des charges.

La partie adverse estime que l'exigence de sélection qualitative qui impliquait une déclaration du soumissionnaire attestant la fourniture d'au moins 250.000 masques en étoffe réutilisables, comportant le nom et l'adresse du destinataire, était une exigence plus sévère que celle utilisée durant la phase de consultation préalable du marché.

Elle reproche à la déclaration annexée à l'offre de la requérante de n'indiquer ni la date ni le nombre de pièces livrées, et de ne pas apporter la preuve d'une telle livraison. Elle observe, en revanche, que les offres des attributaires contenaient pour leur part des déclarations de référence telles que requises par le cahier spécial des charges.

Au sujet de la deuxième branche, la partie adverse affirme que la requérante n'a pas d'intérêt à soulever une critique relative à la motivation formelle de l'acte attaqué dès lors qu'elle n'a pas été lésée par cette violation. Selon elle, la requérante a pu identifier, à la lecture de l'acte attaqué, les motifs de droit et de fait qui servent de fondement à cette décision, ce que démontreraient les critiques formulées par la partie requérante dans son moyen.

Au surplus, elle estime que la motivation formelle, bien que succincte, est adéquate.

C. Mémoire en réplique

Au sujet de la première branche, la requérante soutient que la seule exigence de l'article 6.c. du cahier spécial des charges était de produire une déclaration selon laquelle le soumissionnaire avait déjà fourni 250.000 pièces, accompagnée de la mention du nom et de l'adresse du destinataire. Il n'était dès lors requis ni de produire une liste de références, ni de joindre des certificats de bonne exécution, ni d'indiquer la date de livraison, le montant du contrat ou le nombre exact de masques livrés.

Au sujet de la seconde branche, elle relève qu'il résulte des explications de la partie adverse qu'il lui est reproché de ne pas avoir communiqué la date, le nombre de pièces livrées et de ne pas avoir fourni la preuve d'une telle livraison. Elle relève que ces motifs ne figurent pas dans la motivation formelle de l'acte attaqué. Elle indique ne toujours pas comprendre les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a décidé de ne pas la sélectionner au vu des exigences du cahier spécial des charges.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Concernant la première branche, la partie adverse revient sur les moyens de preuve des capacités techniques des opérateurs économiques fixés par l'article 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Elle relève que cet article, qui permet notamment au pouvoir adjudicateur de réclamer la « liste des principales fournitures effectuées [...] au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé », impose en lui-même des « exigences de contenu, notamment en matière de période couverte » et « d'indications à mentionner ».

Selon elle, l'interprétation du cahier des charges ne peut pas être plus restrictive que les termes utilisés par l'arrêté royal du 18 avril 2017. L'article 68 de cet arrêté doit être interprété en tenant compte du but qu'il poursuit, mentionné dans le rapport au Roi, à savoir « garantir que les opérateurs économiques disposent du personnel, des moyens techniques et de l'expérience suffisants afin de pouvoir exécuter le marché selon un niveau de qualité approprié ».

Elle relève que la déclaration déposée par la requérante en annexe de son offre ne mentionne ni montant, ni date, et qu'elle ne permet pas à la partie adverse de sélectionner l'offre concernée, « qui était en défaut de preuve quant à ce critère de sélection qualitative ».

La partie adverse estime que l'offre de la partie requérante ne lui permettait pas « de déduire si les références citées concernaient la S.P.R.L. Anti-Chute elle-même ou un éventuel sous-traitant ». Elle relève à cet égard que le gérant de la requérante a mentionné, dans des articles de presse publiés le 10 juillet 2020, que c'est son fournisseur vietnamien – et non la requérante elle-même – qui avait la capacité de fournir 250.000 masques.

Au sujet de la seconde branche, la partie adverse affirme de nouveau que la décision de non-sélection était adéquatement motivée en la forme, car elle permettait à la requérante d'en comprendre les motifs de fait et de droit.

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la recevabilité du moyen en sa seconde branche

La partie adverse conteste l'intérêt de la requérante à soulever la deuxième branche du moyen, fondée sur l'inadéquation de la motivation formelle de sa non-sélection.

S'agissant des recours introduits sur le fondement des articles 14, 15 et 31 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, l'intérêt d'un requérant à invoquer un moyen est conditionné à l'existence d'une lésion que lui a causé ou risqué de lui causer la violation alléguée.

La société requérante justifie d'un intérêt au grief pris du défaut de motivation formelle qu'elle invoque, dès lors que l'inadéquation qu'elle dénonce quant aux motifs formels de sa non-sélection a pu la léser en la privant de la garantie contre l'arbitraire administratif que constitue l'obligation de motivation formelle des actes administratifs.

Le moyen est dès lors recevable en sa deuxième branche.

B. Quant au fond pour les deux branches réunies du moyen

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

« Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.

Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.

Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires ».

L'article 68 du même arrêté royal est rédigé comme suit :

« § 1^{er}. En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié.

Le pouvoir adjudicateur peut notamment exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement.

[...]

§ 4. Les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques sont :

1° les listes suivantes :

[...]

b) une liste des principales fournitures effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des fournitures effectuées ou des services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte;
[...] ».

Le point 6 du cahier spécial des charges (*erratum*) communiqué le 3 mai 2020 aux soumissionnaires potentiels comprenait l'exigence suivante au sujet de la capacité technique exigée :

« c. Sélection qualitative

Le soumissionnaire est demandé à présenter une déclaration selon laquelle il a déjà fourni au moins 250 000 pièces de masques en étoffe réutilisables avec le nom et l'adresse du destinataire ».

Pour répondre à cette exigence, l'offre de la requérante était accompagnée d'une déclaration comprenant le passage suivant :

« Références pour livraison de 250.000 pièces :

 Mother Trucker & co. HEADQUARTERS:
 Adress: 22343 La Palma Ave #131
 Yorba Linda, CA 92887
 USA

 Matière première disponible pour 2.000.000 *pièces*. ».

L'acte attaqué exclut la requérante du marché pour le motif suivant, repris en annexe de la décision : « Ne satisfait pas à la sélection qualitative : aucun chiffre et aucune référence fournis ».

Le motif communiqué à la requérante par courriel et par courrier recommandé les 6 et 7 mai 2020 est par ailleurs rédigé comme il suit :

« Suite à votre offre mentionnée en référence 2 et en application de l'article 8 de la loi mentionnée en référence 3, je vous informe que vous n'avez pas été sélectionnée pour l'attribution du marché en objet.

Ci-dessous vous trouverez le motif qui a mené à la décision de non-sélection prise par l'ordonnateur compétent.

Votre offre ne satisfait pas à la sélection qualitative : aucun chiffre et aucune référence fournis. En application du Par. 6.c. du cahier spécial des charges et de l'Art. 68, § 4, 1°, b), l'AR Passation du 18 avril 2017, vous n'êtes pas sélectionnée ».

Le motif de l'acte attaqué selon lequel la requérante n'a fourni « aucun chiffre et aucune référence » est erroné en fait. La déclaration annexée à l'offre de la requérante mentionnait bien un chiffre, à savoir une livraison de 250.000 masques, et une référence, en identifiant la société américaine destinataire de cette livraison.

S'écartant d'ailleurs de ce motif, la partie adverse explique, dans son mémoire en réponse, que la requérante n'a pas été sélectionnée car la déclaration qu'elle a déposée en annexe de son offre pour attester de la fourniture d'au moins 250.000 masques en étoffe réutilisables, ne comportait que « l'adresse d'une société américaine sans que l'on ne connaisse ni la date, ni le nombre de pièces livrées » et n'apportait « pas la preuve d'une telle livraison ».

La partie adverse n'affirme pas que le cahier des charges exigeait de telles mention et preuve. Elle soutient en revanche que l'article 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques impose, sans qu'il soit nécessaire de l'indiquer dans les documents du marché, au titre des « moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques », que lorsqu'une liste des principales fournitures est exigée au titre de la sélection qualitative, celle-ci soit relative à des livraisons « au cours des trois dernières années au maximum ». Elle en infère la nécessité d'une mention, dans la déclaration que le cahier des charges exige des soumissionnaires, de la date de fourniture des 250.000 masques. Elle semble également en inférer la nécessité de déposer une preuve de la fourniture en question.

Ces arguments, développés par la partie adverse dans ses écrits de procédure, ne peuvent prospérer.

D'une part, cette explication n'apparaît pas dans la motivation formelle de l'acte attaqué. À la lecture de cette dernière, la partie requérante n'a pas pu

comprendre la raison pour laquelle elle n'a pas été sélectionnée alors que la déclaration déposée en annexe de son offre – qui contenait la mention d'une livraison de 250.000 masques en identifiant le nom et l'adresse du destinataire – répondait formellement aux exigences du cahier spécial des charges.

D'autre part, il ressort de l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité que le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il entend imposer un critère de sélection qualitative, doit le formuler de façon suffisamment précise, l'assortir d'un niveau d'exigence approprié, et faire le choix des « moyens de preuve acceptables » par lesquels un soumissionnaire peut démontrer qu'il y est satisfait. Il doit aussi porter à la connaissance des opérateurs économiques, soit dans l'avis de marché soit dans les documents du marché, le critère, le seuil et les moyens de preuve ainsi déterminés.

Cette exigence essentielle de publicité des choix du pouvoir adjudicateur quant aux critères de la sélection qualitative trouve son fondement dans le principe de transparence, consacré par l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Ce dernier implique notamment que les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges de façon, premièrement, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, deuxièmement, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause.

Il appartenait dès lors à la partie adverse de fixer avec suffisamment de précision un critère relatif à la capacité technique attendue des soumissionnaires, assorti d'un niveau d'exigence et de moyens de preuve acceptables. Elle ne pouvait par ailleurs ignorer la formulation du critère et du moyen de preuve qu'elle avait utilisée dans le cahier des charges à cet égard et exclure un soumissionnaire ayant déposé, à l'appui de son offre, un moyen de preuve de sa capacité technique répondant à ces exigences, en raison de l'absence d'une précision ou d'un moyen de preuve qui n'est pas exigé par les documents du marché.

Peu importe à cet égard que l'article 68, § 4, 1^o, b) de l'arrêté royal du 18 avril 2017 impose que la preuve de la capacité technique des opérateurs économiques, lorsque le pouvoir adjudicateur fait le choix de leur réclamer une liste de fournitures, soit en principe limitée à celles effectuées « au cours des trois dernières années au maximum ». Tout comme l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ce prescrit réglementaire s'impose en effet uniquement au pouvoir adjudicateur – et non aux opérateurs économiques – dans le cadre du choix d'un

critère de sélection, d'un seuil et d'un moyen de preuve relatif à la capacité des soumissionnaires.

Peu importe également que certains soumissionnaires aient précisé des dates de livraison et en aient joint des preuves, le respect des critères de sélection qualitative s'examinant exclusivement au regard des exigences prescrites par les documents du marché, et non par une comparaison du contenu des différents dossiers de soumission.

L'argument contenu dans le dernier mémoire de la partie adverse, selon lequel il est possible – au vu d'une déclaration effectuée dans la presse par la requérante – que la livraison invoquée par elle dans la déclaration annexée à son offre ait été en réalité effectuée par un de ses sous-traitants, ne peut pas davantage être retenu dès lors que l'acte attaqué ne fait nullement état d'un tel motif de non-sélection de la requérante et qu'il ne ressort pas du dossier administratif qu'il aurait été pris en considération par la partie adverse.

Le moyen est fondé en ses deux branches.

V. Indemnité de procédure et autre dépens

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure liquidée à son montant de base. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

L'annulation de l'acte attaqué justifie par ailleurs que les autres dépens soient mis à charge de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La décision du 5 mai 2020 de ne pas sélectionner la requérante pour le marché public « accord-cadre MRMP-S/AT N° 20ST102 avec plusieurs participants relatif à la fourniture de masques buccaux réutilisables en étoffe (Community Masks) » et d'attribuer le marché aux sociétés Tweeds & Cottons SA et Avrox SA de droit luxembourgeois est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 16 janvier 2025, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,
Pierre-Olivier de Broux
Xavier Close,
Nathalie Roba,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffière.

La greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy