

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

n° 257.654 du 18 octobre 2023

A. 238.254/VI-22.500

En cause : **la société à responsabilité limitée**
 PHIL SIGN MARKING,
 ayant élu domicile chez
 M^e Gilles VANDERMEEREN, avocat,
 rue Jean-Baptiste Brabant 56
 5000 Namur,

contre :

la ville d'Enghien, représentée
 par son collège communal.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 25 janvier 2023, la société à responsabilité limitée PHIL SIGN MARKING demande l'annulation de « la décision du 29 décembre 2022 au terme de laquelle la partie adverse a décidé d'attribuer le marché public de travaux ayant pour objet le marquage routier à la SRL TAROS – SA TRBA pour un montant de 371.694,08 €HTVA ».

II. Procédure

L'arrêt n° 255.878 du 22 février 2023 a ordonné la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

L'arrêt a été notifié aux parties.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé une note, le 12 avril 2023, demandant que soit mise en œuvre la procédure organisée par l'article 11/2 du règlement général de procédure.

Par des courriers des 13 et 14 avril 2023, le greffe a informé les parties que la chambre allait statuer sur l'annulation de l'acte dont la suspension a été

ordonnée à moins que l'une d'elle ne demande, dans un délai de quinze jours, à être entendue.

Par un courrier du 25 avril 2023, la partie adverse a demandé à être entendue.

Par une ordonnance du 12 juillet 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 septembre 2023.

M. David De Roy, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Sophie Baudoin, *loco* M^e Gilles Vandermeeren, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et M^e Jérôme Materne, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Mise en œuvre de la procédure abrégée prévue à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État

Selon l'article 17, § 6, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973, la section du contentieux administratif peut annuler l'acte dont la suspension de l'exécution est demandée si, dans les trente jours de la notification de l'arrêt qui ordonne la suspension ou confirme la suspension provisoire, la partie adverse ou celui qui a intérêt à la solution de l'affaire n'a pas introduit une demande de poursuite de la procédure.

La partie adverse n'a pas introduit de demande de poursuite de la procédure dans le délai imparti.

L'auditeur rapporteur a en conséquence demandé la mise en œuvre de l'article 11/2 du règlement général de procédure.

La partie adverse a demandé à être entendue. À l'audience du 20 septembre 2023, son conseil a fait valoir que sa cliente ne l'avait pas informé de la réception de l'arrêt n° 255.878 du 22 février 2023 ordonnant la suspension de

l'exécution de l'acte attaqué et qu'il n'avait dès lors pas été en mesure d'introduire une demande de poursuite de la procédure. Il a confirmé qu'il n'était pas en mesure de faire état d'une erreur invincible ou de circonstances de force majeure de nature à justifier l'absence de demande de poursuite de la procédure dans le délai prévu pour ce faire.

Il convient dès lors d'apprécier si le moyen unique, qui a été jugé sérieux par l'arrêt de suspension n° 255.878 du 22 février 2023, justifie l'annulation de l'acte attaqué. Dans l'affirmative, celui-ci pourra être annulé via la procédure abrégée visée à l'article 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

IV. Examen du moyen unique

La requérante prend un moyen unique de la violation des articles 4, 81 et 83, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires, du principe de transparence, des principes de bonne administration et de légitime confiance, du devoir de minutie, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit (ou de motivation matérielle), de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle conteste la légalité du troisième critère d'attribution relatif aux « performances en matière d'insertion socioprofessionnelle des publics en difficulté » ainsi que la mise en œuvre de ce critère.

Dans une *première branche*, la requérante fait grief à la partie adverse d'avoir érigé une clause sociale de formation et d'insertion professionnelle des publics en difficulté comme critère d'attribution du marché public litigieux alors qu'une telle clause ne présente aucun lien avec l'objet de ce marché. Elle développe son argumentation comme il suit :

« Les critères d'attribution peuvent être de nature non économique et viser à valoriser les qualités sociales ou environnementales des prestations proposées par les soumissionnaires.
Toutefois, un arrêt important de la Cour de Justice des Communautés européennes du 20 septembre 1988 a jugé qu'une telle clause ne pouvait être un critère de sélection qualitative des entreprises ni un critère d'attribution des marchés; qu'il s'agit essentiellement d'une condition de participation des entreprises en même temps qu'une condition de bonne exécution des marchés (C.J.U.E., affaire C-31/87 du 20 septembre 1988, Gebroeders Beentjes).
Si l'arrêt autorise l'usage de clauses sociales, il demeure encadré par la nécessité de les justifier au regard de l'objet du marché.

Depuis lors, la réglementation belge a transposé cet acquis jurisprudentiel en adoptant l'article 81, § 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics qui dispose que pour attribuer son marché, le pouvoir adjudicateur doit se fonder sur l'offre économiquement la plus avantageuse. Celle-ci peut être, au choix, déterminée :

- Sur base d'un prix uniquement;
- Sur base du coût, selon une approche fondée sur le coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie;
- En se basant sur le meilleur rapport qualité/prix, évalué sur base non seulement du prix et du coût, mais également sur des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché.

Cette disposition précise par ailleurs les conditions générales que les critères d'attribution doivent respecter :

“ § 3. Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :

1° le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou

2° un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

Ces critères doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché”.

En résumé, ils doivent être liés à l'objet du marché (article 81, § 3, al 1^{er}), être suffisamment spécifiques et objectivement quantifiables afin de ne pas laisser une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur (article 81, § 3, al 2) et être mentionnés dans les documents du marché (article 81, § 3, al 3).

Pour une clause sociale, l'exigence de lien avec l'objet du marché est difficile à établir dans la mesure où elle suppose, en principe, que le marché considéré ait un objet social ou, du moins, en lien avec des exigences sociales (de La Rosa, S., “Chapitre 2 - La passation des marchés” in Droit européen de la commande publique, 2e édition, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 411).

En l'occurrence, l'objet du marché est décrit au point V du cahier spécial des charges comme suit :

Réalisation de divers marquages routiers sur le **domaine public** de la Ville d'Enghien :

- les lignes longitudinales continues, discontinues (bords réels ou fictifs de la chaussée, pistes cyclables, etc.);
- les lignes transversales (stop) ;
- les triangles (céder le passage) ;
- les zones d'évitement (zone hachurée) ;
- les places de stationnement ;
- les marques pour traversées piétonnes ;
- Autres figures (sigles, pictogrammes, chevron, sigle vélo, PMR) destinées à attirer l'attention des usagers de la route ;
- les bandes cyclables suggérées de couleur rouge ou ocre.

Le marché comprend également l'effacement de marquages existants.

Il ne contient aucune référence à un souhait du pouvoir adjudicateur de favoriser l'insertion socioprofessionnelle en réalisant un effort de formation. Autrement dit, le pouvoir adjudicateur n'identifie pas un objectif social complémentaire à la simple réalisation de travaux. »

Dans une *deuxième branche*, la requérante fait valoir que le libellé du troisième critère d'attribution n'est pas suffisamment précis et clair pour assurer une véritable concurrence et pour vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires. Elle indique à ce propos ce qui suit :

« 1° Il est prévu dans le cahier spécial des charges que “ces performances seront analysées au regard du nombre d'heures de formation et/ou d'insertion professionnelle des publics en difficulté prévues annuellement pour ce présent marché et le taux d'encadrement des publics cibles sur base de la règle suivante [...]”.

Or, ledit cahier spécial des charges rappelle que les entretiens/réparations de marquage seront commandés au fur et à mesure des besoins jusqu'au 31 décembre 2023 et seul un métré estimatif des besoins a été soumis aux soumissionnaires ainsi qu'une limite de budget de l'ordre de 300.000 -€.

Les soumissionnaires, lorsqu'ils établissent leur offre, n'ont donc pas connaissance des postes exacts qui leur seront commandés; ni *a fortiori* du temps qui sera effectivement passé pour la réalisation des commandes à venir.

2° Il est uniquement prévu, sur base du troisième critère, que le soumissionnaire communique :

- Le nombre d'heures de formation, proposé par le soumissionnaire;
- Le nombre d'heures d'insertion via engagement, proposé par le soumissionnaire;
- Le nombre de personnes encadrées, proposé par le soumissionnaire;
- Le nombre de personnes encadrantes, proposé par le soumissionnaire.

Aucun dispositif de contrôle n'est prévu par le cahier spécial des charges quant aux allégations des soumissionnaires pour les heures de formation et/ou d'insertion via engagement qu'ils ont l'intention d'assurer.

De même, il ne ressort pas du cahier spécial des charges que la partie adverse contrôlerait la présence suffisante de personnel encadrant par rapport au personnel encadré. Les travaux, objet du marché, relèvent pourtant d'une profession dangereuse qui nécessite des précautions tant relatives à la circulation extérieure qu'aux manipulations de produits toxiques qu'elle implique. »

La requérante rappelle la jurisprudence du Conseil d'État relative au contrôle des critères d'attribution, en précisant que, conformément au prescrit de l'article 81, § 2, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, la liberté de choix n'est pas illimitée, que les critères d'attribution doivent garantir une véritable concurrence et doivent être assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. Elle estime qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur n'a pas suffisamment défini ses besoins, en sorte que les soumissionnaires sont dans l'impossibilité de pouvoir évaluer le volume horaire du marché et de faire une proposition vérifiable, ce qui ne permet pas une comparaison objective des offres et viole (1) les principes d'égalité et de transparence qui imposent notamment que tous les soumissionnaires disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres et impliquent donc que celles-ci soient soumises aux mêmes conditions pour tous les compétiteurs ainsi que (2) le principe de minutie qui impose notamment à l'autorité, avant de statuer, de récolter les renseignements nécessaires à la prise de sa décision et de les

examiner soigneusement afin de statuer en pleine connaissance de cause. Elle estime que, pour respecter ces principes, il revenait au pouvoir adjudicateur de prévoir un dispositif de contrôle de nature à vérifier l'exécution effective des données sociales avancées par les soumissionnaires ainsi que d'imposer la production de documents probants, *quod non* en l'espèce.

Dans une *troisième branche*, la requérante soutient que la partie adverse n'a pas suffisamment examiné les heures de formation ou d'insertion professionnelle des publics en difficulté revendiquées par les soumissionnaires et n'a, en tout cas, pas motivé sa décision sur ce point. Elle estime que si la partie adverse avait effectivement opéré ce contrôle, elle aurait nécessairement été interpellée par le nombre de 700 heures d'insertion professionnelle via engagement fourni par l'attributaire du marché alors qu'elle-même n'a proposé que 160 heures de formation et 40 heures d'insertion professionnelle pour le même marché. Elle indique à ce propos ce qui suit :

« Ces heures proposées en formation et/ou insertion ne sont pas mises en perspective avec le nombre global d'heures estimées pour exécuter le marché. En l'espèce, un volume horaire de 700 heures d'insertion (qui seront donc prestées par des personnes inexpérimentées) représente peu ou prou le volume d'heures nécessaires globalement à l'exécution des postes dans le budget de 300.000 € fixé, voire même est susceptible de le dépasser. Eu égard au métré érigé par le pouvoir adjudicateur et au budget annoncé, la requérante estime que :

- Les postes 3.1 et 3.2 représentent 237.743,-€ htva pour 8.070 ML de piste cyclable beige et rouge. La requérante estime pouvoir mettre en œuvre 1.000 ML par jour avec une équipe de 4 personnes, soit 8 à 9 jours ;
- Les postes 3.3 et 3.4 représentent 79.632,-€ htva pour du beige ou du rouge. L'avancement est moins rapide. La requérante estime que 2.212 m² peuvent être réalisés avec 3 ou 4 personnes en 5 à 6 jours (maximum 7 jours) ;

TOTAL : une quinzaine de jours de travail pour des équipes de 3 ou 4 hommes selon les situations, soit 4 hommes X 15 jours X 8 heures = 480 heures de travail. Dans le même ordre d'idées, à la lecture de la décision d'attribution, la partie adverse n'a pas contrôlé la présence suffisante de personnel encadrant dans le chef de l'attributaire du marché. Celui-ci propose une seule personne encadrante pour une personne encadrée, ce qui est manifestement insuffisant pour un travail spécialisé et dangereux. Subsidiairement, à considérer par impossible que pareil contrôle ait été opéré, *quod certes non*, il revenait au pouvoir adjudicateur de motiver sa décision sur ce point ».

La requérante rappelle la jurisprudence du Conseil d'État relative au contrôle de la mise en œuvre des critères d'attribution, la juridiction vérifiant notamment la réalité, l'exactitude et la pertinence des éléments qui ont justifié la décision d'attribution d'un marché public. Elle expose que les heures de formation ou d'insertion professionnelle via engagement qui dépassent l'ampleur des prestations d'un marché n'ont aucun rapport direct avec l'objet du marché tandis que les critères d'attribution doivent permettre de mettre les soumissionnaires en

concurrence sur des prestations qu'ils sont effectivement appelés à réaliser dans le cadre du marché concerné.

Quant au grief tiré du défaut de motivation de l'acte attaqué, la requérante expose que « s'il n'est pas contestable que le pouvoir adjudicateur a établi une formule en vue de départager les offres des soumissionnaires, les motifs de la décision d'attribution ne permettent pas de comprendre la raison pour laquelle les données ont été admises, ni comment celles-ci ont été contrôlées ».

La requérante souligne encore justifier d'un intérêt au moyen, au vu de la faible différence de notation globale entre son offre et celle de l'attributaire du marché.

L'arrêt n° 255.878 du 22 février 2023 a jugé ce moyen recevable pour les motifs suivants :

« Un arrêt n° 152.173, prononcé par l'assemblée générale de la section du contentieux administratif (alors dénommée section d'administration) du Conseil d'État le 2 décembre 2005 en cause de SA Labonorm c/ Province de Flandre orientale, retient notamment ce qui suit :

“ Considérant qu'un soumissionnaire potentiel ou effectif à un marché public peut former un recours en annulation et, le cas échéant, une demande en suspension contre la décision d'arrêter un cahier spécial des charges ou des prescriptions de celui-ci si cette décision, bien que préparatoire à la décision définitive d'attribution de ce marché, n'apparaît plus à l'égard de ce soumissionnaire comme une décision purement préparatoire, mais comme une “décision préalable”, parce qu'elle emporte des effets juridiques définitifs pour celui-ci; que tel est le cas, notamment, si la décision prive ce soumissionnaire de toute possibilité de participation au marché et, partant, de toute possibilité d'attribution et, en ce qui le concerne, lui fait dès lors directement grief; que c'était le cas en l'espèce dès lors que la partie requérante, vu la prescription du cahier spécial des charges qui requerrait la possession d'un certificat ISO-9002 dont elle ne disposait pas, pouvait s'attendre à ce que son offre fût refusée et que le marché ne lui fût pas attribué; Considérant que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors, invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'État, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges; Considérant que l'exception d'irrecevabilité est dès lors rejetée”.

Il se déduit de cet arrêt – sauf à en priver de sens l'enseignement jurisprudentiel – que la partie requérante peut soulever un moyen dénonçant l'illégalité du cahier spécial des charges à l'appui d'un recours dirigé contre la décision d'attribution.

En acceptant de communiquer les éléments permettant d'apprécier son offre au regard du critère d'attribution litigieux, la requérante ne peut être présumée ni avoir accepté la légalité de ce critère ni *a fortiori* avoir renoncé à critiquer celui-ci

dans le cadre d'un recours à diriger, le cas échéant, contre la décision d'attribution du marché. Prétendre identifier dans la communication de ces éléments un consentement inconditionnel à la disposition qui prévoit cette communication et une renonciation à contester la légalité de celle-ci procède d'un postulat qui n'est pas vérifié en l'espèce.

De manière plus générale, la sanction de l'irrecevabilité du moyen qui – selon la partie adverse – devrait s'attacher à l'absence d'objection adressée au pouvoir adjudicateur porterait une atteinte excessive au droit reconnu au soumissionnaire d'exercer les recours juridictionnels prévus par la loi. C'est d'autant plus le cas lorsque la disposition du cahier spécial des charges n'empêche pas celui-ci de participer utilement à la procédure de passation du marché en cause. Il convient de rappeler le contexte d'une telle procédure où le soumissionnaire se concentre avant tout sur la préparation de l'offre elle-même. Il ne peut, en principe, sauf le cas de la mauvaise foi, lui être reproché de ne pas passer au crible chaque disposition du cahier en vue d'éventuels litiges juridiques et de ne pas saisir immédiatement le pouvoir adjudicateur ou un juge. En l'espèce, il ne peut être exclu que c'est au moment où la requérante a eu connaissance de la décision d'attribution attaquée et du volume d'heures d'insertion professionnelle via engagement présenté par l'adjudicataire qu'elle a pris conscience, avec l'aide de son conseil, des irrégularités affectant le troisième critère d'attribution du cahier.

Enfin, l'article 81 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité – dont fait état la partie adverse – n'est pas applicable aux procédures négociées directes avec publication préalable. Le point II.8 du cahier spécial des charges prévoit, certes, dans un même ordre d'idées, que le soumissionnaire doit communiquer ses objections au pouvoir adjudicateur "par écrit et par courrier recommandé dans les 7 jours calendrier après la réception du cahier des charges" après avoir précisé que "par l'introduction de son offre, les soumissionnaires acceptent sans condition le contenu du cahier des charges et des autres documents relatifs au marché, ainsi que le respect de la procédure de passation telle que décrite dans le cahier des charges et acceptent d'être liés par ces dispositions". Cependant, cette disposition comme le point II.14 du cahier spécial des charges – également invoqué par la partie adverse – n'ont pas la portée que celle-ci leur prête, à savoir qu'ils empêcheraient la requérante d'invoquer l'illégalité d'une clause du cahier dans le cadre d'un recours ultérieur. En effet, il n'appartient pas à un pouvoir adjudicateur d'inclure dans le cahier des charges une disposition qui limite *a priori* l'accès des soumissionnaires à un juge, en leur refusant la possibilité d'invoquer certains griefs devant lui.

Dans ces circonstances, l'argument tiré de l'absence d'interrogation ou objection adressée à la partie adverse à un stade antérieur de la procédure ne peut être admis. Il s'ensuit que l'exception d'irrecevabilité opposée au moyen unique ne peut être accueillie ».

L'arrêt n° 255.878 du 22 février 2023 a jugé ce moyen sérieux pour les motifs suivants :

« L'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

“ § 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.
§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :
1° sur la base du prix;
2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :

- a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué;
- b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;
- c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

§ 3. Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :

- 1° le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou
- 2° un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

Ces critères doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché.

§ 4. [...]

§ 5. [...]"

Il ressort de cette disposition qu'est laissée au pouvoir adjudicateur la liberté de choix des critères d'attribution. Cette liberté n'est toutefois pas illimitée. Ainsi, les critères retenus doivent-ils viser à identifier l'offre "économiquement la plus avantageuse", sur la base du prix, du coût ou du meilleur rapport qualité/prix ou coût, selon ce qu'aura choisi le pouvoir adjudicateur conformément à ce que lui permet le paragraphe 2 de l'article 81. Il s'ensuit que ces critères doivent être liés à l'objet du marché. Ensuite, un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnelle de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis. Enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres. La liberté de choix laissée au pouvoir adjudicateur implique, par ailleurs, que, statuant sur un moyen qui met en cause le choix et la définition d'un critère d'attribution, le Conseil d'État ne peut substituer sa propre appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, mais bien, le cas échéant, censurer l'erreur manifeste d'appréciation que celui-ci aurait commise en choisissant et définissant le critère contesté.

Dans la mesure où un examen effectué en extrême urgence permet d'en juger, il n'apparaît pas que le critère d'attribution relatif aux "performances en matière d'insertion socioprofessionnelle des publics en difficulté", tel que prévu par le cahier spécial des charges, puisse, d'une quelconque manière, être considéré comme lié à l'objet du marché public en cause qui porte sur "la pose de marquage

routier ». La partie adverse ne donne, elle-même, aucune explication à ce sujet et, à la lecture du cahier des charges, on n'aperçoit pas en quoi le critère d'attribution litigieux apporterait une *plus-value* liée à l'objet du marché et permettrait d'identifier « l'offre économiquement la plus avantageuse » du point de vue de la partie adverse.

Par ailleurs, le cahier des charges indique, au point II.4, qu'« au moment de la rédaction des conditions du marché, la ville n'est pas en mesure de déterminer la quantité des besoins », raison pour laquelle “seuls des prix unitaires sont demandés dans l'inventaire mieux repris en annexe D”, que “le pouvoir adjudicateur déterminera ses besoins exacts en nouveaux marquages au moment de l'attribution du marché, sur base des prix unitaires remis”, que l'“estimation du montant des nouveaux marquages est fixée à 300.000 euros maximum” et que “les entretiens/réparations seront commandés au fur et à mesure des besoins jusqu'au 31 décembre 2023 et n'ont dès lors pas été estimés”.

Il se déduit de ces dispositions qu'à la date de dépôt des offres, le volume de commandes – et donc l'importance des prestations à exécuter dans le cadre du marché – n'était nullement défini. Était seul annoncé un montant maximum de 300.000 euros pour couvrir les futures commandes “en nouveaux marquages”. Le cahier des charges ne précisait toutefois pas que c'était à ce montant maximum que les soumissionnaires devaient se référer pour établir leur offre au regard du critère d'attribution relatif aux “performances en matière d'insertion socioprofessionnelle des publics en difficulté”. N'ayant reçu aucune précision à ce sujet et n'ayant aucune idée de l'importance des prestations à réaliser dans le cadre du marché, les soumissionnaires n'étaient, à l'évidence, pas en mesure de proposer un “nombre d'heures de formation et/ou d'insertion professionnelle des publics en difficulté prévues actuellement pour [ledit] marché”. Le manque de précision dans le libellé de ce critère d'attribution a nécessairement empêché les soumissionnaires de comprendre de la même manière celui-ci et de formuler leur offre en toute connaissance de cause. Ce manque de précision a, par ailleurs, rendu impossible la vérification concrète des informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondaient à ce critère.

Certes, la partie adverse a, après le dépôt des offres, dans le cours des négociations qu'elle a menées, proposé un nouveau métré avec des quantités présumées à compléter par les soumissionnaires. Rien n'indique cependant que ces quantités présumées devaient désormais servir de référence pour fixer “le nombre d'heures de formation et/ou d'insertion professionnelle des publics en difficulté prévues actuellement pour [le] marché”. C'est d'autant plus le cas que, par la suite, la partie adverse a informé les soumissionnaires qu'elle ne pourrait finalement pas commander les quantités présumées indiquées dans le nouveau métré, compte tenu du budget maximal de 300.000 euros prévus pour l'exécution du marché. L'ajout d'une telle référence se serait, en toute hypothèse, heurté à l'interdiction de négocier les critères d'attribution dans le cadre de procédures négociées directes avec publication préalable. Enfin, il n'est pas inutile de relever que l'attributaire du marché a fourni les informations relatives au troisième critère d'attribution, en ce compris le nombre de 700 heures d'insertion professionnelle via engagement, dès le dépôt de son offre initiale, n'ayant alors aucune idée de l'importance des prestations à réaliser.

Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il y a lieu de considérer *prima facie* que le critère d'attribution relatif aux “performances en matière d'insertion socioprofessionnelle des publics en difficulté” n'est pas lié à l'objet du marché en cause et que ce critère n'est, en toute hypothèse, pas assorti des précisions nécessaires pour permettre un contrôle effectif de l'exactitude des informations fournies par les soumissionnaires dans leur offre, ce qui méconnaît l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux

marchés publics et les principes fondamentaux en matière de marchés publics en termes de transparence et d'égalité de traitement entre soumissionnaires.

Dans cette mesure, le moyen unique est sérieux ».

Il n'y a pas lieu de se départir de ce qui a été jugé par l'arrêt n° 255.878 précité. Le moyen unique est ainsi jugé fondé. En application des articles 17, § 6, des lois coordonnées sur le Conseil d'État et 11/2 du règlement général de procédure, il convient d'annuler l'acte attaqué.

VI. Dépens

La partie requérante demande « de mettre les dépens à charge de la partie adverse ». Il y a lieu de faire droit à cette demande.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La décision du 29 décembre 2022 par laquelle le collège communal de la ville d'Enghien a attribué le marché de travaux ayant pour objet « le marquage routier » à la société momentanée SRL TAROS - SA TRBA pour un montant maximal de 299.999,87 euros TVAC « pour la réalisation de nouveaux marquages » et de 15.000 euros TVAC « pour les entretiens et/ou réparations de marquages existants » est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et la contribution de 24 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 18 octobre 2023, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,
Vincent Durieux,

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

Le Greffier,

Le Président,

Vincent Durieux

David De Roy