

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.600 du 30 novembre 2012

G./A.206.912/VI-19.765

En cause : **la société anonyme ARTBEL,**

ayant élu domicile chez
Mes François TULKENS et
Maxime VANDERSTRAETEN, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 120,
1000 Bruxelles,

contre :

**la société wallonne de financement complémentaire
des infrastructures, en abrégé SOFICO,**

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Olivier DI GIACOMO, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme KRINKELS,

ayant élu domicile chez
Me Gitte LAENEN, avocat,
Antwerpsesteenweg, n° 16-18,
2800 Malines.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 6 novembre 2012, la société anonyme ARTBEL sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution :

- " • de la décision de date inconnue de la SOFICO d'attribuer à la SA KRINKELS le marché de services D143.21 (bail d'entretien des plantations) régi par le cahier spécial des charges n° 143-12E96;
• de la décision corrélatrice de ne pas attribuer ledit marché à la requérante."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 7 novembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 23 novembre 2012 à 11 heures.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

La société anonyme KRINKELS a, par une requête introduite le 22 novembre 2012, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Mes François TULKENS et Maxime VANDERSTRAETEN, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Mes France MAUSSION et Olivier DI GIACOMO, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Stéphanie TAELEMANS et Laurent VAN ROSSOM, loco Me Gitte LAENEN, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Tels que les expose la requête, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être décrits comme suit :

" 3. La S.A. ARTBEL, société requérante, était anciennement connue sous la dénomination S.A ENTREPRISES TITEUX HERVE, jusqu'à la reprise de l'activité de cette dernière par Monsieur Michel Tieleman. En mars 2012, l'assemblée générale de la S.A. ENTREPRISES TITEUX HERVE, composée de ses deux actionnaires, M. Tieleman et son épouse M^{me} Nadine Capart, a décidé de modifier la dénomination sociale de l'entreprise en S.A. ARTBEL et de désigner M. Tieleman et M^{me} Capart comme seuls administrateurs de la société. M. Tieleman a en outre été appelé à la fonction d'administrateur-délégué [...].

4. M. Tieleman, ingénieur agronome de formation, dispose de plus de 30 ans d'expérience spécifique dans les domaines de l'aménagement et de l'entretien des abords extérieurs, expérience acquise d'abord comme indépendant puis pendant près de 25 ans au sein de la S.A. ARBEL à Nannine, devenue la S.A. KRINKELS (du nom de son actionnaire hollandais) à la suite d'une opération de fusion

intervenue en décembre 2009. Jusqu'au 14 février 2012, M. Tieleman occupait la fonction de Directeur au sein de la S.A. KRINKELS, avant de reprendre l'activité de la S.A. ENTREPRISES TITEUX HERVE précitée, devenue la S.A. ARTBEL. Au sein de la S.A. KRINKELS, les responsabilités de M. Tieleman consistaient principalement en la gestion journalière, sous tous ses aspects y compris opérationnels, du siège francophone de la société, situé à Naninne.

5. La Société wallonne de financement complémentaire des infrastructures (ci-après la «SOFICO») a initié une procédure d'adjudication publique en vue de l'attribution d'un marché de services ayant pour objet les travaux de tonte, de fauchage des talus et la taille, la coupe ou l'abattage d'arbres le long des autoroutes du Brabant wallon. Ce marché porte la référence «D143.21 – Bail d'entretien des plantations» et est régi par le cahier spécial des charges (ci-après «CSC») n° 143-12E96 [...]. L'article 13 du CSC mentionne que ce marché est conclu pour «quatre périodes de un an se succédant sans interruption».

6. L'article 8 («Contenu de l'offre») de la présentation du marché contenue dans le CSC oblige les soumissionnaires à accompagner leur offre de divers documents, notamment :

«9. Une liste des services similaires réalisés ces 3 dernières années accompagnée du montant, la date et leurs destinataires».

7. L'avis de marché a été publié le 15 juin 2012 au Bulletin des adjudications [...] et le 20 juin 2012 au Journal officiel de l'Union européenne [...].

8. La S.A. ARTBEL, société requérante, a remis une offre en date du 9 août 2012 [...]. Au titre de son expérience utile, la requérante indique les éléments suivants en pages 1 et 2 de son offre :

«La société ARTBEL s.a. à Rochefort vient d'être enregistrée dans les travaux concernés par le marché (voir ci-après). Néanmoins, son administrateur gérant, TIELEMAN Michel, ingénieur agronome des Eaux et Forêts de formation, a plus de 30 ans d'expérience spécifique dans les domaines de l'aménagement et de l'entretien des abords extérieurs, que ce soit au niveau du végétal ou du minéral. D'abord 10 ans en tant qu'indépendant puis près de 25 ans au sein de la s.a. Arbel à Naninne, finalement en tant que Directeur Général, puis de Krinkels s.a. (du nom de son actionnaire hollandais) sur le même site d'exploitation.

Une liste non exhaustive de références de travaux exécutés ces dernières années, pour le compte de cette entreprise, vous permettra de juger de l'expérience accumulée au fil des ans».

«A côté de cette liste d'ancienne références en annexe, nous joignons des attestations de donneurs d'ordre privés importants, tant au nom de la personne privée de Michel TIELEMAN [qu'au nom de la S.A. ARTBEL].

Vous constaterez donc que, quoique jeune, la nouvelle structure ne manque certainement pas d'expérience dans les travaux concernés»

9. L'ouverture des offres a eu lieu le 13 août 2012. Au total, sept sociétés se sont manifestées, provisoirement classées comme suit :

S.A. ARTBEL	304.862,00 EUR HTVA
S.A. KRINKELS	435.465,00 EUR HTVA
SPRL JARDINS ET PAYSAGES MARINX	590.344,90 EUR HTVA
S.A. EUROGREEN	599.047,00 EUR HTVA
SPRL THEIS MARCEL	609.628,50 EUR HTVA + 1%
S.A. A2	616.750,90 EUR HTVA
S.A. SOTRALIEGE	643.895,00 EUR HTVA

10. Par une décision de date inconnue, la partie adverse a procédé à l'analyse suivante :

«Sélection qualitative :

Considérant qu'au terme de la vérification des critères de sélection qualitative du marché, à savoir les critères d'exclusion, les critères de capacité financière et économique et les critères de capacité technique, l'Administration considère que la S.A. ARTBEL de Rochefort ne satisfait pas aux critères de sélection tels que repris dans l'avis de marché;

Considérant que le C.S.C. qui régit [sic] ce marché, exige que tous les soumissionnaires prouvent une expérience dans le domaine de l'entretien des plantations;

Considérant que la S.A. ARTBEL fait état de l'expérience acquise, par son propre administrateur gérant, lorsqu'il était employé au sein de la S.A. KRINKELS, également soumissionnaire;

Considérant que l'Administration ne peut accepter qu'ARTBEL utilise l'expérience utile d'un autre soumissionnaire pour répondre aux critères de sélection qualitative;

Considérant que la S.A. ARTBEL ne peut donc être sélectionnée dans le cadre du présent marché;

Considérant que les autres soumissionnaires satisfont aux critères de sélection qualitative;

Examen des offres et attribution du marché :

Considérant qu'au niveau de la phase d'attribution, le classement s'établit comme suit (après une correction d'une erreur arithmétique) :

S.A. KRINKELS de Naninne	435.465,00 € HTVA
SPRL JARDINS ET PAYSAGES MARINX de Hautrage	590.344,90 € HTVA
SPRL THEIS MARCEL de Houffalize	615.802,66 € HTVA
S.A. A2 de Bruxelles	616.750,90 € HTVA
S.A. SOTRALIEGE de Milmort	643.895,00 € HTVA
S.A. EUROGREEN de Tongrinne (après correction d'erreur arithmétique)	661.647,00 € HTVA

Considérant que le Bureau des Prix a remis son avis en date du 30.08.2012;

Considérant que la S.A. KRINKELS a été interrogée en date du 10.09.2012 à justifier certains postes du métré conformément à l'article 110 § 3 de l'A.R. du 8.01.1996;

Considérant que la S.A. KRINKELS a répondu à cette demande en date du 20.09.2012;

Considérant que sur base de l'analyse du Bureau des Prix, l'Administration considère que les prix remis par la S.A. KRINKELS de Naninne sont justifiés,

Considérant que l'offre de la S.A. KRINKELS de Naninne est la plus basse, qu'elle est régulière et conforme aux clauses et conditions techniques du Cahier Spécial des Charges,

DECIDE

d'attribuer le marché à la S.A. KRINKELS pour le montant de 435.465,00 € HTVA.

(...)»

11. Il s'agit de l'acte attaqué, qui a été notifié à la requérante par un courrier de la partie adverse daté du 24 octobre 2012 [...].

12. Le 25 octobre 2012, la requérante a adressé un courrier de réclamation à la SOFICO, qui est demeuré sans réponse [...]."

IV. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 22 novembre 2012, la société anonyme KRINKELS demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Etant l'attributaire du marché public contesté, elle a un intérêt suffisant à intervenir. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. MOYEN UNIQUE DE LA REQUETE

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

A l'appui de sa requête, la requérante soulève un moyen unique, pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 48 de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 68, 71, 74, 90 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux de bonne administration, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle l'expose dans les termes suivants :

" En ce que la partie adverse a écarté l'offre de la requérante dans le cadre du marché litigieux au motif que «l'Administration ne peut accepter qu'ARTBEL utilise l'expérience utile d'un autre soumissionnaire pour répondre aux critères de sélection qualitative»,

Alors que, première branche, un prestataire de services doit pouvoir se prévaloir, au titre de sa capacité technique à exécuter le marché, de l'expérience utile de ses cadres, dirigeants et autres responsables de l'exécution des services,

Que, deuxième branche, un pouvoir adjudicateur ne peut définir des critères de sélection ni les interpréter de telle manière que ceux-ci créent des discriminations entre les soumissionnaires potentiels, en particulier entre les entreprises de création récente et les autres,

Qu'enfin, troisième branche, tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit, lesquels doivent, en ce qui concerne les actes visés par les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, figurer dans l'acte lui-même.

Développement du moyen

Première branche : absence de prise en compte de l'expérience de M. Tieleman au titre de la capacité technique de la requérante

19. Dans son offre, la partie [requérante] faisait valoir les éléments suivants au titre de sa capacité technique [...] :

«La société ARTBEL s.a. à Rochefort vient d'être enregistrée dans les travaux concernés par le marché (voir ci-après). Néanmoins, son administrateur gérant, TIELEMAN Michel, ingénieur agronome des Eaux et Forêts de formation, a plus de 30 ans d'expérience spécifique dans les domaines de l'aménagement et de l'entretien des abords extérieurs, que ce soit au niveau du végétal ou du minéral. D'abord 10 ans en tant qu'indépendant puis près de 25 ans au sein de la s.a. Arbel à Naninne, finalement en tant que Directeur Général, puis de Krinkels s.a. (du nom de son actionnaire hollandais) sur le même site d'exploitation.

Une liste non exhaustive de références de travaux exécutés ces dernières années, pour le compte de cette entreprise, vous permettra de juger de l'expérience accumulée au fil des ans».

«A côté de cette liste d'anciennes références en annexe, nous joignons des attestations de donneurs d'ordre privés importants, tant au nom de la personne privée de Michel TIELEMAN [qu'au nom de la S.A. ARTBEL].

Vous constaterez donc que, quoique jeune, la nouvelle structure ne manque certainement pas d'expérience dans les travaux concernés».

20. La partie adverse a cependant décidé de ne pas prendre en compte cette expérience pour les motifs suivants :

Considérant que le C.S.C. qui régi[t] ce marché, exige que tous les soumissionnaires prouvent une expérience dans le domaine de l'entretien des plantations;

Considérant que la S.A. ARTBEL fait état de l'expérience acquise, par son propre administrateur gérant, lorsqu'il était employé au sein de la S.A. KRINKELS, également soumissionnaire;

Considérant que l'Administration ne peut accepter qu'ARTBEL utilise l'expérience utile d'un autre soumissionnaire pour répondre aux critères de sélection qualitative;

21. Cette affirmation lapidaire est erronée en fait et en droit et témoigne aussi d'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef de la partie adverse.

22. Tout d'abord, la motivation précitée manque en fait. En effet, il résulte de l'offre de la requérante que cette dernière n'a pas entendu se prévaloir de l'expérience d'un autre soumissionnaire, mais bien de l'expérience acquise par son administrateur-délégué, M. Tieleman, au sein d'une précédente société dont il était une figure clé. La circonstance que cette société ait également soumis une offre dans le cadre du présent marché est sans pertinence à cet égard.

23. Du reste, rien ne s'oppose à ce que la S.A. ARTBEL se prévale de l'expérience de son administrateur-délégué en vue de démontrer sa capacité technique.

24. En effet, le CSC [...] se contentait d'exiger des soumissionnaires qu'ils joignent à leur offre «Une liste des services similaires réalisés ces 3 dernières années accompagnée du montant, la date et leurs destinataires».

25. Par ailleurs, cette clause fait écho à l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qui dispose que :

«La capacité technique du prestataire de services peut être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes selon la nature, la quantité et l'utilisation des services à prester :

1° par des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou/et des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de l'exécution des services;

2° par la liste des principaux services exécutés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et leurs destinataires public ou privés.

(...)

Un candidat ou un soumissionnaire peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du prestataire de services.

Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou celles d'autres entités. (...)).

Cette disposition constitue la transposition quasi littérale, en droit belge, de l'article 48 de la directive européenne 2004/18/CE.

26. La référence, dans les dispositions précitées, aux titres d'études et professionnels des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de l'exécution des services, démontre que la capacité technique d'un prestataire de services peut s'apprécier par référence à l'expérience de ses dirigeants et exécutants. Il s'agit en effet de prendre en considération la capacité technique des personnes physiques ou morales qui, au sein de l'entreprise soumissionnaire ou comme partenaire de celle-ci, exécuteront effectivement le marché. Cette interprétation est confirmée par l'article 71, 3° al., de l'arrêté du 8 janvier 1996 et par l'article 48, § 3, de la directive, qui permettent aussi à un opérateur économique de faire valoir les capacités d'autres entités, «quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités». Dès lors que ces dispositions permettent à un prestataire de se prévaloir de l'expérience de tiers, notamment des sous-traitants, des associés momentanés, mais également d'autres entités au sens large, elle doit a fortiori être interprétée comme permettant aussi de faire référence à l'expérience des actionnaires ou des dirigeants de la société concernée.

27. Dans le cadre d'un recours en manquement récemment introduit par la Commission européenne à l'encontre de la République de Hongrie, la Commission, rappelant que l'article 48, § 3, de la directive vise les liens entre un soumissionnaire et une autre entité, «quelle que soit la nature juridique» de ces liens, considère que cet article s'oppose à ce qu'une législation nationale «impose une condition supplémentaire [à savoir exercer une influence déterminante sur l'entité en question] pour que le soumissionnaire puisse faire appel aux capacités desdites entités dans le cadre du déroulement de la procédure d'attribution de marchés publics». Le terme «entité» compris dans cet article ainsi qu'à l'article 71 de l'arrêté du 8 janvier 1996 ne pourrait donc être interprété restrictivement comme ne visant que les liens de sous-traitance ou de filiation entre deux ou plusieurs sociétés. Une société prestataire de services peut donc valablement et a fortiori se prévaloir des capacités techniques de son administrateur-délégué (notamment l'expérience acquise par ce dernier au sein d'autres entreprises), à condition qu'il soit démontré que cette personne pourra effectivement mettre à disposition les moyens dont il dispose, ce qui est le cas de M. Tieleman en l'espèce.

28. Plus généralement, il ressort de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et de la directive 2004/18 que la sélection qualitative des soumissionnaires peut notamment être réalisée à la lumière de la capacité technique de ses dirigeants et des personnes effectivement en charge de l'exécution du marché :

- l'article 71, al. 2, 2°, de l'arrêté et l'article 48, § 2, e), de la directive se réfèrent aux «titres d'études et professionnels du prestataire de services ou/et des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de l'exécution des services» ;
- l'article 71, al. 2, 3°, de l'arrêté et l'article 48, § 2, b), de la directive visent les «techniciens (...), qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise du prestataire de services»;
- en ce qui concerne les causes d'exclusion, l'article 45 de la directive renvoie aux «personnes morales et/ou (...) les personnes physiques, y compris, le cas échéant, les chefs d'entreprise ou toute personne ayant le pouvoir de représentation, de décision ou de contrôle du candidat ou du soumissionnaire».

29. Dans un arrêt n° 114.071 du 20 décembre 2002 [...], votre Conseil s'est exprimé, implicitement mais certainement, dans le même sens [...] :

«Considérant, sur la deuxième branche et quant à la capacité technique de la requérante, que l'avis de marché public au Bulletin des adjudications requérait "une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, appuyée de certificats de bonne exécution", exigence prévue au cahier spécial des charges; qu'il est constant que la requérante, en remettant sa soumission, n'a pas produit une telle liste et n'a pas davantage jugé bon de s'en expliquer; que, par son courrier du 15 octobre 1998, l'auteur de projet a néanmoins invité la requérante à compléter sa soumission en lui faisant parvenir les documents prévus suivant l'avis de marché, "ou tous renseignements utiles y afférents"; qu'en réponse à cette demande, la requérante s'est bornée à indiquer que, nouvelle société, elle avait repris le personnel dirigeant administratif et technique de la S.A. ASCORD CONSTRUCTION, et à "certifier sur l'honneur que le personnel de la S.A. ABATIR dispose d'une connaissance approfondie de la technique acquise durant les 20 ans qu'ils ont prestés dans cette société de construction"; qu'il apparaît ainsi, également sur ce point, que la requérante, en dépit de la demande qui lui en était faite, s'est abstenue de communiquer des références précises, telles, à défaut d'une liste des travaux effectués par elle au cours des cinq dernières années, comme demandé, à tout le moins la liste des travaux effectués par la S.A. ASCORD dont elle se réclamait, ou toutes références pertinentes telles qu'énoncées à l'article 19 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité: titres d'études et professionnels du personnel d'encadrement, moyens humains, techniques et matériels de l'entreprise, etc.; qu'ainsi, le reproche articulé dans la deuxième branche du moyen, de ne pas lui avoir demandé de compléter ou d'explicitier les

documents déjà en sa possession concernant ses capacités techniques, manque en fait.»

30. A titre surabondant, on signalera qu'une circulaire ministérielle wallonne du 10 mai 2007 relative à la simplification et à la transparence des marchés publics indique également ce qui suit :

«En ce qui concerne les marchés de services, ainsi que le signalait déjà la circulaire du 21 mai 2001, à la différence des marchés de travaux et de fournitures, la liste des références susceptibles d'être prises en considération pour justifier la capacité technique des entreprises n'est pas limitée à celles qui sont énumérées à l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ainsi que le fait ressortir le premier alinéa de cet article.

Pour justifier de la capacité technique d'entreprises nouvelles, le pouvoir adjudicateur pourrait dès lors se fonder sur des références telles que l'expérience professionnelle du prestataire de services ou de cadres de l'entreprise acquise au sein d'une autre entreprise, des travaux réalisés en cours d'étude ou de formation en rapport avec l'objet du marché, des publics, ou encore la présentation d'un travail (modèle, maquette,...) établi spécialement en vue du marché concerné.»

31. En excluant que la partie requérante puisse se prévaloir, au titre de sa capacité technique, de l'expérience acquise par son administrateur-délégué au sein d'autres entreprises, la partie adverse a par conséquent commis une erreur de fait et de droit, et a à tout le moins commis une erreur manifeste d'appréciation.

32. Le moyen est, en sa première branche, sérieux.

Deuxième branche : appréciation discriminatoire des critères de sélection

33. La sélection qualitative opérée par la partie adverse repose sur une appréciation des capacités techniques de l'entreprise soumissionnaire (exclusivement), sans prise en compte des références et de l'expérience dont peuvent le cas échéant se targuer les dirigeants et responsables de cette entreprise. De facto, cette interprétation restrictive (et illégale, voir première branche supra) des moyens de preuve par une entreprise de sa capacité technique crée une discrimination entre :

- d'une part, les entreprises de création récente, qui ne peuvent pas, par définition, faire valoir de références propres attestant de leur capacité technique, alors qu'elles disposent le cas échéant de cette capacité par le biais de la mise à disposition effective du savoir-faire et de l'expérience des dirigeants et autres responsables de cette entreprise, qui seront en charge de l'exécution du marché sollicité, et
- d'autre part, les autres entreprises, qui ont déjà profité de l'expérience de leurs dirigeants lors de l'exécution de précédents marchés et peuvent dès lors faire état de références propres.

Le raisonnement de la partie adverse a pour effet d'exclure les premières, car récemment constituées, de la participation à des marchés publics.

34. Or, comme il a été démontré ci-avant, l'interprétation de la partie adverse n'est pas compatible avec le CSC ni avec les dispositions pertinentes du droit interne et européen, lesquelles autorisent même un soumissionnaire de création récente à se prévaloir des capacités de ses dirigeants ou de tiers à condition de démontrer que ces derniers mettront effectivement les moyens vantés à disposition de l'entreprise concernée.

Raisonnement autrement reviendrait à interdire l'accès aux marchés publics à des entreprises récentes alors même que leurs dirigeants auraient l'expérience requise. S'il peut se concevoir que les marchés publics ne soient pas immédiatement

accessibles aux entreprises qui n'ont ni une certaine ancienneté, ni l'expérience souhaitée dans le chef de leurs dirigeants, en revanche, exclure celles dont les dirigeants ont ladite expérience n'est pas légalement admissible.

35. Dans sa circulaire précitée du 10 mai 2007, le Gouvernement wallon rappelle également «l'importance, pour les sociétés nouvellement créées en Wallonie et qui, du fait de leur expérience limitée, ne disposent pas encore de références probantes dans leur secteur d'activités, de pouvoir participer à des marchés publics lancés par les services publics wallons». Afin de ne pas créer de discrimination à l'égard des entreprises nouvelles, l'article 52-I du Code français des marchés publics indique même que «L'absence de références relatives à l'exécution de marchés de même nature ne peut justifier l'élimination d'un candidat et ne dispense pas le pouvoir adjudicateur d'examiner les capacités professionnelles, techniques et financières des candidats».

36. La discrimination engendrée par l'interprétation restrictive opérée par l'acte attaqué n'est ni justifiée ni justifiable et viole par conséquent les dispositions visées au moyen, en particulier les articles 10 et 11 de la Constitution et le principe d'égalité entre les soumissionnaires qui en est issu.

37. En sa deuxième branche également, le moyen est sérieux.

Troisième branche : motivation inadéquate

38. L'acte attaqué n'offre aucune motivation adéquate de la non-prise en compte, au titre de la capacité technique de la requérante, de l'expérience et du savoir-faire incontestablement pertinents acquis par M. Tieleman, au sein d'autres entreprises pour lesquelles il a assumé les plus hautes fonctions.

39. Par ailleurs, à l'offre remise par la S.A. ARTBEL étaient également jointes des attestations d'importants donneurs d'ordre privés satisfaits des prestations de cette société et de M. Tieleman (hors le cadre de ses anciennes fonctions au sein de la S.A. KRINKELS). Ces attestations ne sont pas même examinées ni même visées par l'acte attaqué.

40. Or, le CSC se contentait d'exiger une «liste des services similaires réalisés ces 3 dernières années accompagnée du montant, la date et leurs destinataires», sans placer de seuil particulier à cet égard. Conformément au principe de transparence, il appartient au pouvoir adjudicateur d'indiquer par avance les seuils minima requis lorsqu'il énonce des exigences en matière de références techniques et financières. À défaut pour la partie adverse d'avoir indiqué la moindre exigence à cet égard dans les documents de marché, elle ne pourrait a posteriori exiger, par exemple, un nombre déterminé de prestations similaires ou une valeur minimale déterminée.

41. La requérante, qui a fourni une «liste des services similaires» prestés, doit donc être considérée comme ayant satisfait aux exigences du CSC à cet égard. L'acte attaqué, qui considère que la requérante ne satisfait pas aux critères de sélection, est le produit d'une erreur manifeste d'appréciation et à tout le moins la partie adverse ne motive-t-elle pas de manière adéquate sa décision sur ce point.

42. La troisième branche du moyen unique est sérieuse."

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse, après avoir résumé le moyen, rappelle, pour ce qui concerne la première branche, la législation en vigueur, dans l'interprétation donnée par la jurisprudence qu'elle estime pertinente. Elle revient

sur les exigences fixées, en l'espèce, dans les documents du marché et sur la décision qu'elle a prise à l'égard de la requérante, et que celle-ci critique. Elle répond alors à la première branche du moyen en ces termes:

- " 20. Afin de répondre à la première branche du moyen unique de la requérante, il convient, tout d'abord, d'opérer une distinction entre trois types de moyens de preuve visés à l'article 71, alinéa 2, 1°, 2° et 3° :
- le 1° vise «les titres d'études et professionnels du prestataire de services ou/et cadre de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de l'exécution des services»;
 - le 2° vise «la liste des principaux services exécutés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et leurs destinataires publics ou privés»;
 - le 3° concerne «la déclaration mentionnant les techniciens ou les services techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise du prestataire de services [...]».

La partie requérante semble opérer une confusion entre ces différents types de moyens de preuve.

Contrairement à ce qu'elle soutient, il n'est pas contesté que Monsieur TIELEMAN puisse se prévaloir de l'expérience acquise en tant qu'administrateur-délégué de la S.A. KRINKELS mais l'avis de marché ne requerrait pas la démonstration de l'expérience au titre de moyen de preuve de la capacité technique. En l'espèce, en effet, l'avis de marché exigeait la production d'une liste de services similaires.

Tous les développements consacrés par la partie requérante à la démonstration de ce qu'elle peut se prévaloir, en vertu de l'article 71, al. 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (possibilité de se référer aux capacités d'entités tierces), de l'expérience professionnelle de Monsieur TIELEMAN sont dès lors sans pertinence.

Il en va de même des références faites à l'article 71, alinéa 2, 1° et 3°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et aux articles 45 et 48, § 2, b) et e), de la directive 2004/18 qui ne concernent pas les références exigées par le pouvoir adjudicateur (soit, liste des services similaires), mais d'autres types de moyens de preuve (titres d'études et professionnelles des dirigeants du candidat ou du soumissionnaire, liste des techniciens).

La S.A. ARTBEL ne saurait, en revanche, se prévaloir de services similaires exécutés par la S.A. KRINKELS au cours des trois dernières en prétextant qu'il s'agit de références de Monsieur TIELEMAN.

Il ne s'agit nullement de références de ce dernier. Ces marchés et/ou contrats ont été exécutés sous la responsabilité de la seule S.A. KRINKELS, avec ses moyens humains, techniques et financiers et non au nom de Monsieur TIELEMAN, sous sa responsabilité, avec ses moyens propres. En d'autres mots, avoir exercé des fonctions de direction au sein de la S.A. KRINKELS ne permet aucunement à Monsieur TIELEMAN de se prévaloir des marchés et/ou contrats de cette société comme s'il les avait exécutés lui-même sous sa responsabilité personnelle et avec ses moyens propres.

Le champ d'application de l'article 71, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 a été très clairement délimité par la Cour de Justice de l'Union européenne.

Dans son arrêt *Ballast Nedam Groep N.V.* du 18 décembre 1997 (point 12), la Cour a jugé que «lorsque, pour démontrer ses capacités techniques, financières et économiques, une société fait état des références de ses filiales, elle doit établir

que, quelle que soit la nature du lien juridique qui l'unit à ces filiales, elle a effectivement la disposition des moyens de ces dernières qui sont nécessaires à l'exécution des marchés. Il appartient au juge national d'apprécier, au vu des éléments de fait et de droit qui lui sont soumis, si une telle justification est apportée en l'espèce au principal». Dans son arrêt *Holst Italia SpA* du 2 décembre 1999 (point 26), elle a jugé qu'«il résulte tant de l'objet que du libellé de ces dispositions qu'une personne ne peut être écartée d'une procédure de passation d'un marché public de services au seul motif qu'elle entend mettre en œuvre, pour exécuter le marché, des moyens qu'elle ne détient pas en propre mais qui appartiennent à une ou plusieurs entités autres qu'elle-même».

L'article 71, al. 3, susvisé ne permet au candidat ou au soumissionnaire de se prévaloir des capacités d'une entité tierce que si celui-ci est en mesure d'établir qu'il dispose des capacités de cette entité. Cette règle vaut pour toutes les références visées à l'article 71, alinéa 2.

Il va de soi qu'un candidat ou un soumissionnaire ne pourrait fournir une liste du matériel appartenant à une autre société sans produire l'engagement par laquelle cette dernière s'engage à mettre à disposition son matériel pour l'exécution du marché. De même, il ne serait pas envisageable qu'un candidat ou un soumissionnaire fournisse une liste mentionnant les effectifs d'une autre société sans démontrer qu'il pourra disposer de ces effectifs pendant toute l'exécution du marché.

Le Conseil d'Etat a, dans son arrêt *S.A. Imprimerie et Publicité du Marais*, n° 159.136, du 23 mai 2006, considéré, à cet égard, que «la Cour de justice des Communautés européennes, dans son arrêt du 2 décembre 1999 (C-176/98, *Holst Italia SpA/Commune di Cagliari*), admet, pour les marchés de services, qu'"un prestataire qui ne remplit pas à lui seul les conditions minimales exigées pour participer à la procédure d'adjudication d'un marché de services de faire valoir auprès du pouvoir adjudicateur les capacités de tiers auxquels il compte faire appel si le marché lui est adjugé" (considérant n°27) pour autant qu'il établisse avoir effectivement la disposition des moyens de ces organismes ou entreprises qui ne lui appartiennent pas en propre et qui sont nécessaires à l'exécution du marché».

En l'espèce, force est de constater que la S.A. ARTBEL est restée en défaut d'établir qu'elle disposera des moyens de la S.A. KRINKELS durant toute la durée d'exécution du marché et pour cause, puisque la S.A. KRINKELS a également déposé une offre en vue de se voir attribuer le marché querellé. Elle ne saurait donc se prévaloir des services similaires exécutés par celle-ci.

C'est donc à bon droit et sans commettre aucune erreur de fait ou de droit et, a fortiori, aucune erreur manifeste d'appréciation, que la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la partie requérante au motif qu'elle ne pouvait, en l'espèce, se prévaloir des références de la S.A. KRINKELS.

21. La requérante ne peut, par ailleurs, substituer au moyen de preuve demandé par le pouvoir adjudicateur en vertu de l'article 71, dernier alinéa, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (en l'occurrence, la liste des services similaires exécutés au cours des trois dernières années) un autre moyen de preuve de son choix (qui serait ici l'expérience professionnelle de ses dirigeants).

A cet égard, la requérante ne saurait tirer aucun argument de l'arrêt n° 114.071 du Conseil d'Etat (*S.A. Abatir*) dans lequel il n'a été considéré ni expressément ni implicitement qu'une telle substitution était possible. Elle ne saurait pas davantage tirer argument de la circulaire de la Région wallonne du 10 mai 2007 qui se contente de préciser que le pouvoir adjudicateur peut choisir les moyens de preuve qu'il entend obtenir parmi les moyens de preuve visés à l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Au contraire, la jurisprudence de Votre Conseil est fixée en ce sens qu'il n'est pas permis de remplacer le moyen de preuve de la capacité technique exigé par le pouvoir adjudicateur par un autre moyen de preuve. Dans son arrêt S.A. Entreprises P. Rousseaux, n° 97.319, le Conseil d'Etat a ainsi jugé que «la requérante n'est pas fondée à soutenir que ces références pouvaient être remplacées par la seule indication de son agréation en classe 6» (voir aussi : C.E., 21 juin 2006, n° 160.374, S.A. Collignon Eng).

En autorisant pareille substitution, le pouvoir adjudicateur violerait le principe d'égalité entre soumissionnaires. Certaines sociétés n'ont, en effet, peut-être pas participé à l'adjudication précisément parce qu'elles ne disposaient pas des références demandées.

L'on rappellera la jurisprudence stricte du Conseil d'Etat en la matière selon laquelle «en vertu de l'article 16, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, en cas d'adjudication publique comme en l'espèce, il appartient au pouvoir adjudicateur de procéder à la sélection qualitative des soumissionnaires sur la base des renseignements et documents prévus aux articles 17 à 19 du même arrêté royal; que ledit article 19, après avoir dressé l'inventaire des références susceptibles de justifier la capacité technique de l'entrepreneur, prévoit que "le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché (...) celles des références qu'il entend obtenir"; qu'il ressort de ces dispositions que la question de savoir si l'omission de l'une ou l'autre de ces références est substantielle ou non, est sans pertinence et que, parce que le pouvoir adjudicateur a "entendu" les obtenir en le précisant dans l'avis de marché, elles doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique des soumissionnaires et de violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé; [...]» (C.E., 29 juin 2001, n° 97.319, s.a. Entreprise P. Rousseaux. Voy. aussi : C.E., 21 juin 2006, n°160.374, s.a. Collignon Eng.).

Les documents exigés au stade de la sélection qualitative doivent, par conséquent, être impérativement joints à la soumission.

22. En excluant que la requérante puisse se prévaloir, au titre de la capacité technique, des services similaires exécutés par la S.A. KRINKELS sans produire l'engagement écrit de cette dernière, la partie adverse n'a, par conséquent, violé aucune des dispositions, ni aucun des principes visés au moyen.

La première branche du moyen unique est dénuée de tout caractère sérieux."

La partie adverse réfute alors les deuxième et troisième branches comme suit :

" ii) Quant à la deuxième branche

23. Force est de constater que la deuxième branche du moyen unique de la partie requérante manque en fait. Ainsi qu'il a été exposé plus haut, la partie adverse n'a fait aucune interprétation restrictive et illégale des dispositions en matière de sélection qualitative visées dans la directive 2004/18, dans l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ou dans les documents du marché.

24. L'on constate, en outre, que la deuxième branche du moyen unique procède également d'une confusion entre le moyen de preuve visé par l'article 71, al. 2, 2°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 (soit, la liste de services similaires) et celui visé par l'article 71, al. 2, 1° du même arrêté (soit, l'expérience professionnelle des cadres de l'entreprise).

L'avis de marché n'exigeait aucune référence en matière d'expérience professionnelle des dirigeants du soumissionnaire. Toute l'argumentation de la requérante quant à une éventuelle discrimination entre sociétés récentes et anciennes quant à la possibilité de se prévaloir de l'expérience de ses dirigeants est donc dénuée de pertinence.

25. Du reste, l'on ne voit pas en quoi la décision attaquée créerait une discrimination entre des sociétés de création récente et des sociétés plus anciennes.

Ce qui était concrètement demandé aux soumissionnaires, en l'espèce, était de produire une liste des services similaires exécutés au cours des trois dernières années. Lorsqu'il est précisé que les services similaires doivent avoir été exécutés au cours des trois dernières années, comme le prévoit l'avis de marché et l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, il n'est pas requis qu'il y ait une continuité des services tout au long des trois années. Les services servant de référence pourraient avoir été prestés au cours d'une seule des trois années, voire la seule dernière année. La production d'une seule référence datant des mois voire semaines précédant le dépôt des offres suffirait même puisque l'avis de marché n'exigeait pas de nombre minimum de références. Une société de constitution récente aurait même pu participer au marché, alors même qu'elle ne pouvait se prévaloir, en propre, de services similaires couvrant les trois dernières années, pour autant qu'elle fasse état d'un ou plusieurs services similaires exécutés par une société tierce et produise, en annexe à son offre, l'engagement de cette société de mettre ses moyens à disposition pendant toute la durée du marché.

26. Enfin, l'on attirera l'attention de Votre Conseil sur le fait que l'exigence fixée en matière de capacité technique par la partie adverse et consistant à produire une liste de services similaires exécutés au cours des trois dernières années n'est que la reproduction fidèle de ce qui est prévu à l'article 48, § 2, a), II, de la directive 2004/18 et de l'article 71, al. 2, 2°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Il ne saurait dès lors être reproché à la partie adverse d'avoir fixé des critères de sélection qualitative discriminatoires en l'espèce et d'avoir violé les dispositions visées au moyen et, en particulier, les articles 10 et 11 de la Constitution et le principe d'égalité entre soumissionnaires.

Il ressort de ce qui précède que la deuxième branche du moyen unique est également dénuée de tout sérieux.

iii) Quant à la troisième branche

27. L'avis de marché exigeait, au titre de la sélection qualitative en matière de capacité technique, la production, notamment, d'une «liste des services similaires réalisés ces 3 dernières années accompagnée du montant, la date et leurs destinataires».

La liste produite par la S.A. ARTBEL consiste, en réalité, en des services similaires exécutés par la S.A. KRINKELS. Le dossier de soumission ne contient, cependant, aucun engagement de cette société de mettre à disposition de la partie requérante ses capacités tout au long du délai d'exécution du marché.

Dans ces conditions, la partie adverse ne pouvait que constater que la S.A. ARTBEL n'a pas satisfait aux exigences fixées dans l'avis de marché en matière de sélection qualitative.

28. La décision querellée est motivée comme suit :

«Considérant qu'au terme de la vérification des critères de sélection qualitative du marché, à savoir les critères d'exclusion, les critères de capacité financière et économique et les critères de capacité technique, l'Administration considère que la

S.A. ARTBEL de Rochefort ne satisfait pas aux critères de sélection tels que repris dans l'avis de marché;
Considérant que le C.S.C. qui régit ce marché, exige que tous les soumissionnaires prouvent une expérience dans le domaine de l'entretien des plantations;
Considérant que la S.A. ARTBEL fait état de l'expérience acquise, par son propre administrateur gérant, lorsqu'il était employé au sein de la SA. KRINKELS, également soumissionnaire;
Considérant que l'Administration ne peut accepter qu'ARTBEL utilise l'expérience utile d'un autre soumissionnaire pour répondre aux critères de sélection qualitative;
Considérant que la S.A. ARTBEL ne peut donc être sélectionnée dans le cadre du présent marché;»

Cette motivation respecte les exigences fixées aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. La décision attaquée reprend, en effet, les considérations de droit et de fait justifiant la non-sélection de la S.A. ARTBEL.

La partie adverse utilise certes le terme «expérience» maladroitement pour se référer aux services similaires dont la production d'une liste est exigée par l'avis de marché et le cahier spécial des charges. L'usage de ce terme peu heureux est toutefois dénué de toute ambiguïté en l'espèce dans la mesure où, compte tenu des références demandées par le pouvoir adjudicateur dans les documents du marché et, en particulier, dans l'avis de marché, et de la référence faite dans la décision attaquée à la S.A. KRINKELS, aucun malentendu n'était possible quant au fait que le mot «expérience» recouvrait, en réalité, la liste des services similaires exécutés par le soumissionnaire.

En outre, force est de constater que tout malentendu était par ailleurs exclu en raison de la chronologie du dossier. Dans la mesure où l'avis de marché est clair et dénué de toute ambiguïté quant aux exigences requises en matière de capacité technique, la partie requérante ne pouvait nourrir aucun doute sur ce qui était exigé d'elle lors de l'élaboration de son offre.

29. Par ailleurs, pour les raisons exposées plus haut, la partie adverse n'avait pas, comme le soutient à tort la partie requérante, à indiquer les motifs pour lesquels elle n'a pas tenu compte de l'expérience professionnelle de Monsieur TIELEMAN puisque l'avis de marché ne contenait aucune exigence en matière d'expérience professionnelle.

Le grief élevé dans la troisième branche procède, une nouvelle fois, d'une confusion recherchée dans les exigences requises par la partie adverse en matière de capacité technique.

30. Enfin, il est inexact de soutenir qu'«à l'offre remise par la S.A. ARTBEL étaient également jointes des attestations d'importants donneurs d'ordre privés satisfaits des prestations de cette société et de M. Tieleman (hors le cadre de ses anciennes fonctions au sein de la S.A. KRINKELS)» et que ces attestations auraient dû être examinées ou, à tout le moins visées par l'acte attaqué.

L'offre ne contient aucune «attestation de donneurs d'ordre privé» qui concernerait des services similaires exécutés par la S.A. ARTBEL ou Monsieur TIELEMAN (en son nom propre).

En l'absence de ces documents dans le dossier de soumission, il est normal que la décision attaquée n'en fasse nulle mention.

La troisième branche du moyen unique n'est donc pas sérieuse."

C. Requête en intervention

Dans sa requête en intervention, l'intervenante réfute le moyen, en sa première branche, en rappelant, de manière générale, la teneur et la portée des dispositions applicables en matière de sélection qualitative des soumissionnaires, dans l'interprétation qu'en donnent certaines décisions juridictionnelles dont elle rappelle les extraits significatifs. S'agissant des arguments qui, de manière plus spécifique, lui permettent de réfuter le moyen, en sa première branche, elle fait valoir ce qui suit :

- " 20. Comme cela a déjà été souligné dans l'exposé des faits, les soumissionnaires doivent, afin de démontrer leur capacité technique, (i) fournir une liste précisant les services similaires qu'ils ont réalisés les trois dernières années, accompagnée du montant, de la date et de leurs destinataires et (ii) déclarer sur honneur qu'ils possèdent de l'expérience nécessaire pour l'usage d'une signalisation routière conformément l'arrêté royal du 07.05.1999 et des dispositions prévues dans l'OSDG1 n° 02.33 (01).

La première exigence sur la capacité technique est explicitement prévue dans l'article 71, 2° AR 08.01.1996.

Il s'agit d'ailleurs aussi des deux seules exigences concernant la capacité technique mentionnées dans l'avis de marché et dans le cahier spécial des charges (voir marginal 5 supra).

Les soumissionnaires ne pouvaient donc pas faire valoir d'autres preuves/documents, comme énumérés dans l'article 71 AR 08.01.1996 afin de démontrer leur capacité technique.

21. Selon la partie requérante, le pouvoir adjudicateur doit, à l'occasion de la sélection qualitative des soumissionnaires, cependant aussi tenir compte de «l'expérience» de son administrateur délégué, Monsieur M. Tieleman, obtenue au sein d'autres sociétés.

La partie requérante se réfère pour cela en première instance à la lecture de l'article 71, 1° de l'A.R. 08.01.1996 :

«La capacité du prestataire de services peut être évaluée en vertu notamment de son savoir-faire, de son efficacité, de son expérience et de sa fiabilité.

La capacité technique du prestataire de services peut être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes selon la nature, la quantité et l'utilisation des services à prester :

1° par des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou/et des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de l'exécution des services;»

La demanderesse en intervention fait cependant remarquer que cette référence n'est qu'une des références que le pouvoir adjudicateur peut demander auprès des soumissionnaires afin qu'ils puissent démontrer leur capacité technique.

In casu la partie adverse n'a pas demandé la référence mentionnée dans l'article 71, 1° AR 08.01.1996. Cette référence n'était pas non plus mentionnée dans l'avis de marché, ni dans le cahier spécial des charges.

C'est donc de manière parfaitement juste que la partie adverse, à l'occasion du contrôle que les soumissionnaires satisfont aux critères de sélection qualitative, n'a pas tenu compte de l'expérience de Monsieur M. Tieleman, telle qu'elle est précisée dans l'offre de la partie requérante :

«La société ARTBEL s.a. à Rochefort vient d'être enregistrée dans les travaux concernés par le marché (voir ci-après). Néanmoins, son administrateur gérant, TIELEMAN Michel, Ingénieur agronome des Eaux et Forêts de formation, a plus de 30 ans d'expérience spécifique dans les domaines de l'aménagement et de l'entretien des abords extérieurs, que ce soit au niveau du végétal ou du minéral. D'abord 10 ans en tant qu'indépendant puis près de 25 ans au sein de la sa Arbel à Naninne, finalement en tant que Directeur Général, puis de Krinkels s.a. (du nom de son actionnaire hollandais) sur le même site d'exploitation.»

Le seul élément dont la partie adverse pouvait tenir compte, sont les références demandées dans l'avis de marché, ces références étaient d'ailleurs identiques à celles mentionnées dans le cahier spécial des charges. Prendre une autre position irait manifestement à l'encontre du principe général de droit «pater legem quam ipse fecisti», ainsi que du principe de traitement égal des soumissionnaires.

La chambre néerlandophone de Votre Conseil a ainsi déjà jugé que le pouvoir adjudicateur ne peut pas de la sorte s'écarter des critères de sélection qui sont mentionnés dans l'avis de marché, même dès lors qu'aucun des soumissionnaires ne satisferait aux références demandées (ce qui n'est in casu pourtant pas le cas, vu que la partie requérante est la seule des sept soumissionnaires a ne pas être sélectionnée) :

«Het kan immers niet worden uitgesloten dat andere geïnteresseerde ondernemingen juist niet inschreven omdat ze niet konden voldoen aan de vereiste vijf referenties en wel hadden ingeschreven bij een minder strenge vereiste.»

«il ne peut en effet pas être exclu que d'autres sociétés intéressées n'aient pas introduit une offre précisément parce qu'elles ne pouvaient pas satisfaire aux cinq références exigées, alors qu'elles auraient effectivement introduit une offre si les exigences avaient été moins sévères.» (traduction libre)

22. La référence dans la requête à l'article 71, 3^{ième} alinéa de AR 08.01.1996, comme repris de l'article 48, § 3 de la Directive 2004/18/EC, ne fonde pas non plus la position ou l'argumentation de la partie requérante.

L'article 71, 3^{ième} alinéa de l'A.R. 08.01.1996 stipule en effet comme suit :

«Un candidat ou un soumissionnaire peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du prestataire de services.

Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou celles d'autres entités.

Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre celles de références qu'il entend obtenir.»

23. L'article 71, al. 3 AR 08.01.1996 n'affecte donc pas le pouvoir discrétionnaire d'appréciation du pouvoir adjudicateur dans le choix des moyens de preuves de la capacité technique qu'il entend obtenir des soumissionnaires.

Comme il a déjà été indiqué, les soumissionnaires pouvaient conformément à l'avis de marché uniquement faire état de leur capacité technique suivant une liste de services similaires réalisés ces 3 dernières années.

La partie requérante ne pouvait donc pas démontrer sa capacité technique purement et simplement en se référant à «l'expérience générale» de son administrateur délégué.

24. Sur base des pièces du dossier administratif, il s'avère d'ailleurs que la partie requérante ne présente pas une liste des services similaires que Monsieur M. Tieleman, son administrateur délégué, a réalisés au cours des trois dernières années.

Elle présente apparemment seulement une liste des services qui ont été réalisés par les sociétés SA Arbel et SA Krinkels. Ceci est d'ailleurs également explicitement mentionné dans le titre au-dessus de cette liste :

«Liste non exhaustive de marchés exécutés dans le cadre de l'entreprise ARBEL s.a. ou Krinkels s.a.»

Il ne s'agit donc certainement pas d'une liste de services que Monsieur M. Tieleman a réalisés comme entité propre, le cas échéant en tant que personne physique.

Cette liste ne démontre donc pas la capacité technique de Monsieur M. Tieleman, mais bien celle des personnes morales : SA Arbel et SA Krinkels.

L'argumentation avancée dans la requête, alléguant qu'une société pourrait faire appel à la capacité technique de son administrateur délégué à condition que cette société prouve qu'elle disposera des moyens nécessaires fournis par cette personne, est donc sans aucune pertinence. La partie demanderesse n'invoque en effet pas la compétence technique de l'administrateur délégué, mais bien la compétence technique de la SA Arbel et de la SA Krinkels !

Pour être complet, il est à noter que la SA Arbel a été dissoute par fusion fin 2009. Les services des trois dernières années indiqués dans l'offre de la partie requérante ont donc seulement pu être réalisés par la SA Krinkels (demanderesse en intervention).

25. La partie requérante ne présente pas non plus un engagement explicite duquel il apparaît clairement qu'elle disposerait, pour l'exécution du marché, des moyens de la demanderesse en intervention.

Le point de vue de la partie requérante n'est en outre pas confirmé par l'arrêt n° 114.071 «SA Abatir».

Dans cette affaire, Votre Conseil a décidé que la partie requérante ne pouvait être sélectionnée parce qu'elle n'avait pas présenté les références demandées dans l'avis de marché, notamment une liste des travaux exercées les cinq dernières années.

[...]

26. La circulaire ministérielle wallonne du 10 mai 2007 relative à la simplification et à la transparence des marchés publics ajoute peu d'éléments utiles au point de vue de la partie requérante.

Cette circulaire confirme en effet uniquement le pouvoir discrétionnaire d'appréciation du pouvoir adjudicateur dans le choix des moyens de preuves qui doivent démontrer la capacité technique des soumissionnaires :

«En ce qui concerne les marchés de services, ainsi que le signalait déjà la circulaire du 21 mai 2001, à la différence des marchés de travaux et de fournitures, la liste des références susceptibles d'être prises en considération pour justifier la capacité technique des entreprises n'est pas limitée à celles qui sont énumérées à l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ainsi que le fait ressortir la premier alinéa de cet article.

Pour justifier de la capacité technique d'entreprises nouvelles, le pouvoir adjudicateur pourrait dès lors se fonder sur des références telles que l'expérience professionnelle du prestataire de services ou de cadres de l'entreprise acquise au sein d'une autre entreprise, des travaux réalisés en cours d'étude ou de formation en rapport avec l'objet du marché, des publications, ou encore la présentation d'un travail (modèle, maquette,...) établi spécialement en vue du marché concerné.

Observations communes aux points 2 et 3.

Même si le pouvoir adjudicateur dispose d'une compétence discrétionnaire pour fixer ses critères de sélection qualitative dans un marché déterminé, ceux-ci doivent cependant être pertinents eu égard à l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur évitera donc de demander systématiquement toutes les références qui viennent d'être citées.»

In casu la partie adverse a décidé dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire que les soumissionnaires devaient présenter une liste des services similaires réalisés au cours des trois dernières années accompagnée du montant, de la date et de leurs destinataires.

27. Sur base des pièces du dossier administratif et en référant à ce qui a été exposé ci-dessus, la demanderesse en intervention constate donc que l'article 68 ainsi que l'article 71 de l'AR 08.01.1996, reprenant l'article 48 de la Directive 2004/18/CE, ont été appliqués correctement.

La violation de l'article 90 de l'AR 08.01.1996, ce qui n'est d'ailleurs pas précisée dans le moyen unique, ressort plutôt de l'imagination de la partie requérante elle-même.

Elle a en effet omis de présenter une liste des services similaires réalisés par elle-même au cours des trois dernières années, accompagnée du montant, de la date et de leurs destinataires.

Ce document est pourtant cité à la page 7 du cahier spécial des charges comme étant un des documents que les soumissionnaires devaient ajouter à leur offre. La première branche du moyen unique est dès lors dénuée de tout caractère sérieux et donc non fondée."

S'agissant de la réponse apportée à la deuxième branche du moyen, l'intervenante s'exprime comme suit :

" 1) La référence demandée concernant la capacité technique ne s'avère pas être discriminatoire

29. Comme il a déjà été démontré dans la réfutation de la première branche, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire d'appréciation dans le

choix des moyens de preuves qui doivent démontrer la capacité technique d'un soumissionnaire.

C'est donc dans le cadre de son pouvoir discrétionnaire que la partie adverse a appliqué l'article 71, 2° AR 08.01.1996 (reprenant l'article 48 § 2a Directive 2004/18/CE), et qu'elle a en effet choisi de demander une liste des services similaires réalisés au cours des trois dernières années accompagnée du montant, de la date et de leurs destinataires.

Votre Conseil ne peut pas se substituer à l'administration dans le contrôle qu'elle a effectué des exigences qu'elle a exigées dans le cadre de l'article 71 AR 08.01.1996. Mais Il peut néanmoins vérifier que le pouvoir adjudicateur ne dépasse pas le cadre de l'article 71 par l'exigence d'une référence spécifique, et que la concurrence ne soit pas limitée de manière inadmissible ou encore que l'égalité des soumissionnaires ne soit pas affectée.

30. Bien que la partie requérante ne semble pas contester la disposition concernant la capacité technique telle qu'elle a été formulée dans l'avis de marché et le cahier spécial des charges, la demanderesse en intervention souhaite quand même faire remarquer que la disposition ne peut en aucun cas être considérée comme discriminatoire.

En tant que soumissionnaire expérimenté dans plusieurs marchés publics concernant l'entretien des plantations, la demanderesse en intervention sait que les pouvoirs adjudicateurs utilisent souvent la référence relative à la capacité technique comme prévue à l'article 71, 2° AR 08.01.1996.

Le législateur a lui-même mis cette référence à disposition du pouvoir public, de sorte que l'utilisation de cette référence puisse difficilement être considérée comme discriminatoire ?!

Par ailleurs l'article 71, al. 3 AR 08.01.1996, comme modifié par l'article 13 AR 12.01.2006 (MB, 27.01.2006) prévoit la possibilité pour un opérateur économique ne disposant pas lui-même de la capacité technique demandée, de faire valoir les capacités d'autres entités. Il doit, le cas échéant, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités de mettre à la disposition de l'opérateur économique les moyens nécessaires.

Les entreprises qui ont été constituées récemment et qui ne peuvent donc pas faire valoir elles-mêmes les références demandées, comme la partie requérante, pourraient par exemple faire appel à la capacité technique d'un ou plusieurs sous-traitants, ce qui n'a toutefois pas été le cas dans le cas présent.

31. Par ailleurs, la demanderesse en intervention fait également remarquer que pour le marché en question, aucun service minimum n'a été imposé. De plus, il n'a pas été requis que ces services doivent être répartis sur les trois dernières années. Tant l'avis de marché que le cahier spécial des charges suggèrent des services «similaires», mais ils n'exigent pas que les destinataires soient des pouvoirs publics.

Les exigences relatives à la capacité technique qui ont été demandées ne sont donc certainement pas déraisonnables, et elles ne s'avèrent pas non plus aller au-delà de l'objet du marché.

Le fait que six sur sept soumissionnaires ont effectivement été sélectionnés, le prouve à plus forte raison.

En outre, il ne s'avère pas qu'il y ait violation de l'article 74 AR 08.01.1996, ce que la partie requérante ne démontre d'ailleurs pas.

32. Par ailleurs, si la partie requérante estimait que la demande d'une telle référence n'était pas raisonnable ou était discriminatoire, elle pouvait/devait déjà le faire remarquer au moment de l'avis de marché et ainsi par exemple demander à la partie adverse de pouvoir utiliser d'autres références.

La partie requérante ne l'a pas fait. En outre elle a bien encore essayé (par indulgence ?) de démontrer sa capacité technique par la présentation des références de la SA Arbel et la SA Krinkels.

Ceci n'a pas été accepté, et subitement la partie requérante se montre maintenant aujourd'hui mauvaise perdante. Une telle attitude ne peut évidemment pas être acceptée.

2) La motivation de ne pas sélectionner la partie requérante ne s'avère pas non plus être discriminatoire

33. Les motifs tels qu'ils sont exprimés dans la décision motivée d'adjudication s'avèrent, contrairement à ce que la partie requérante semble maintenir, reposer sur le principe de l'égalité.

La partie adverse est notamment tenue par ce qu'elle a édicté elle-même dans l'avis de marché et le cahier spécial des charges (conformément au principe de droit général *pater legem quam ipse fecisti*).

Il aurait surtout été discriminatoire que la partie requérante ait effectivement été sélectionnée par la partie adverse, malgré le fait qu'elle n'a pas démontré sa capacité technique comme demandé dans le cahier spécial des charges.

Les entreprises-tierces qui ne pouvaient satisfaire aux exigences relatives à la capacité technique avant l'ouverture des offres et qui, pour cette raison, n'auraient pas déposé d'offre seraient, dans l'hypothèse où la partie requérante aurait effectivement été sélectionnée, davantage victimes d'un traitement inégalitaire.

Aussi, les six autres soumissionnaires qui satisfaisaient bien aux exigences relatives à la capacité technique et qui auraient éventuellement fait appel à la capacité d'autres entités, auraient pu, le cas échéant, s'estimer victimes d'un traitement inégalitaire.

34. Sur base des pièces du dossier administratif, et tenant compte de ce qui a été expliqué ci-dessus, la demanderesse en intervention constate que la partie adverse a fait une sélection qualitative des soumissionnaires conformément aux dispositions du cahier spécial des charges et l'avis de marché.

La disposition relative à la capacité technique, qui s'appuie sur l'article 71, 2° AR 08.01.1996, n'est certainement pas discriminatoire ni déraisonnable. La requête en suspension ne démontre dès lors pas une violation de l'article 74 AR 08.01.1996.

La partie requérante n'explique pas non plus la violation présumée de l'article 110 AR 08.01.1996, et pourtant cet article est également invoqué dans le moyen unique. De toute manière, la mention de cette disposition est sans importance, car elle a trait à la régularité des offres et des prix. Comme cela a déjà été souligné, la partie requérante n'a pas été sélectionnée, de sorte que son offre et ses prix n'ont pas été examinés quant à leur régularité.

La deuxième branche du moyen unique est dès lors dénuée de tout caractère sérieux, et donc non fondée."

Pour ce qui concerne la troisième branche, après avoir rappelé, de manière générale, la teneur de l'obligation formelle qui s'impose au pouvoir adjudicateur, l'intervenante répond, en termes spécifiques, comme suit :

" 38. La décision d'attribution contestée est motivée comme suit :

«Sélection qualitative :

Considérant qu'au terme de la vérification des critères de sélection qualitative du marché, à savoir les critères d'exclusion, les critères de capacité financière et économique et les critères de capacité technique, l'Administration considère que la S.A. ARTBEL de Rochefort ne satisfait pas aux critères de sélection tels que repris dans l'avis de marché;

Considérant que le C.S.C. qui régit [sic] ce marché, exige que tous les soumissionnaires prouvent une expérience dans le domaine de l'entretien des plantations;

Considérant que la S.A. ARTBEL fait état de l'expérience acquise, par son propre administrateur gérant, lorsqu'il était employé au sein de la S.A. KRINKELS, également soumissionnaire;

Considérant que l'Administration ne peut accepter qu'ARTBEL utilise l'expérience utile d'un autre soumissionnaire pour répondre aux critères de sélection qualitative;

Considérant que la S.A. ARTBEL ne peut donc être sélectionnée dans le cadre du présent marché;

Considérant que les autres soumissionnaires satisfont aux critères de sélection qualitative;»

39. De l'exposé ci-dessus il apparaît clairement que la partie requérante n'a pas été sélectionnée puisqu'elle a fait appel à l'expérience d'un autre soumissionnaire afin de pouvoir répondre aux critères de sélection qualitative.

La motivation ci-dessus s'avère donc satisfaire à l'obligation de motivation formelle, puisqu'elle repose sur des motifs de droit (la partie requérante n'a pas été sélectionnée) et sur des motifs de fait (la partie requérante se réfère à l'expérience d'un autre soumissionnaire).

Par ailleurs la motivation s'avère, sur base des pièces du dossier administratif, également être adéquate.

Contrairement à ce que la partie requérante prétend, son offre contient uniquement une liste de services similaires réalisés par la SA Krinkels au cours des trois dernières années. Les attestations d'importants destinataires privés de services réalisés, satisfaits des prestations de la SA Artbel et de Monsieur Tieleman n'apparaissent pas, selon la note d'observation de la partie adverse et selon les pièces connues par la demanderesse en intervention, faire partie de l'offre. Le contraire n'est également pas démontré par la partie requérante.

Ainsi, la partie adverse ne pouvait donc pas tenir compte des attestations lorsqu'elle a pris sa décision motivée.

40. Sur base des pièces du dossier administratif et se référant sur ce qui a été confirmé ci-dessus, la motivation de la décision contestée s'avère donc être adéquate, de sorte qu'il ne peut être constaté aucune violation des articles 2 et 3 de la loi relative à la motivation formelle des actes administratifs du 29.07.1991, ni des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993.

La troisième branche du moyen unique est dès lors dénuée de caractère sérieux et donc non fondée, de sorte que le moyen unique n'est dans sa globalité ni pertinent, ni fondé.

L'unique moyen doit dès lors être rejeté."

D. Audience du 23 novembre 2012

A l'audience du 23 novembre 2012, tant la partie adverse que l'intervenante contestent que des attestations de donneurs d'ordre privés aient été jointes à l'offre de la requérante. Celle-ci réaffirme toutefois que ces documents avaient bien été produits et que la partie adverse a omis de les prendre en considération, sans motiver l'acte attaqué à cet égard. Elle soutient, par ailleurs, que s'il fallait considérer que lesdites attestations n'étaient pas jointes, il s'imposerait alors de constater que l'acte attaqué ne mentionne pas ce défaut et n'est, pour cette raison, pas motivé à suffisance.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche du moyen

L'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics est libellé comme suit :

" La capacité du prestataire de services peut être évaluée en vertu notamment de son savoir-faire, de son efficacité, de son expérience et de sa fiabilité.

La capacité technique du prestataire de services peut être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes selon la nature, la quantité et l'utilisation des services à prester :

1° par des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou/et des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables de l'exécution des services;

2° par la liste des principaux services exécutés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et leurs destinataires publics ou privés :

a) s'il s'agit de services à des autorités publiques, la justification est fournie par des certificats émis ou contresignés par l'autorité compétente;

b) s'il s'agit de services à des personnes privées, les prestations sont certifiées par celles-ci ou, à défaut, elles sont déclarées avoir été effectuées par le prestataire de services;

3° par une déclaration mentionnant les techniciens ou les services techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise du prestataire de services, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité;

4° par une déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels du prestataire de services et l'importance de ses cadres pendant les trois dernières années;

5° par une déclaration mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour l'exécution des services;

6° par une description des mesures prises par le prestataire de services pour s'assurer de la qualité ainsi que des moyens d'étude et de recherche de son entreprise;

7° lorsque les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, par un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le prestataire est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme; ce contrôle porte sur la capacité technique du prestataire et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il utilise pour contrôler la qualité;

8° par l'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter.

Un candidat ou un soumissionnaire peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du prestataire de services.

Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou celles d'autres entités.

Le pouvoir adjudicateur précise dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre celles de références qu'il entend obtenir."

Il ressort de cette disposition que la capacité technique d'un soumissionnaire, au regard de son savoir-faire, de son efficacité, de son expérience et de sa fiabilité, peut être justifiée par l'une ou plusieurs des différentes références ainsi énumérées, qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de choisir à la faveur de son appréciation discrétionnaire.

De ce que, selon les cas, les références ainsi énumérées visent le prestataire de services, les cadres de l'entreprise, les techniciens ou encore les effectifs du prestataire de service, il se déduit notamment que, lorsque le pouvoir adjudicateur entend obtenir une référence relative au prestataire de services, un candidat ne peut prétendre respecter cette exigence en faisant état de références relatives à l'un des cadres de son entreprise. En pareil cas, ce candidat ne peut davantage faire grief au pouvoir adjudicateur de considérer que la candidature ne satisfait pas aux exigences de sélection qualitative, telles qu'elles ont été définies dans l'avis de marché et le cahier spécial des charges.

En l'espèce, et alors que le cahier spécial des charges du marché litigieux invitait les soumissionnaires à joindre à leur offre une liste des services similaires qu'ils avaient réalisés au cours des trois dernières années, la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient que rien ne s'opposait à ce qu'elle se prévaut de l'expérience de son administrateur-délégué. Celui-ci ne peut, en effet, être confondu avec la personne morale au nom de laquelle il agit et qui, en l'espèce, a, seule, la qualité de soumissionnaire. De surcroît, la thèse soutenue par la requérante ne pourrait s'autoriser que d'une lecture de l'article 71 précité, confondant les personnes physiques ou morales respectivement évoquées au titre des différentes références, alors que les termes en lesquels ces dispositions sont libellées interdisent une telle confusion.

Par ailleurs, à supposer que l'article 71, alinéa 3, se laisse interpréter en ce sens que Michel TIELEMAN pourrait, au sens de cette disposition, être qualifié d'"autre entité" dont la requérante était recevable à faire valoir les qualités, encore faut-il relever que l'invocation de cette qualification et de la disposition sur laquelle elle prend appui est vaine en l'espèce, la requérante n'ayant nullement prouvé qu'elle disposerait des moyens nécessaires à l'exécution du marché litigieux, par la production d'un engagement de Michel TIELEMAN à mettre de tels moyens à sa disposition. A cet égard, la requérante ne peut être suivie lorsqu'elle soutient, en termes de plaidoiries, que la signature de son offre, par Michel TIELEMAN, vaut, dans le chef de celui-ci, l'engagement requis par l'article 71, alinéa 3. Il se déduit, en effet, de cette disposition – et sauf à la priver de sens – que l'entité qui consent à assumer l'engagement de mettre à disposition d'un prestataire de services les moyens nécessaires à l'exécution d'un marché, doit nécessairement le faire en qualité de tiers à l'égard de ce prestataire. La signature, par une personne physique, de l'offre déposée au nom d'une personne morale ne peut valoir, *prima facie*, dans le chef de la personne physique, engagement à l'égard de la personne morale pour l'application de l'article 71, alinéa 3, précité.

Au regard de ces différentes considérations qu'appelle la réponse au moyen, en sa première branche, il apparaît que la partie adverse a sans doute malencontreusement déclaré ne pouvoir accepter que la requérante "utilise l'expérience utile d'un autre soumissionnaire pour répondre aux critères de sélection qualitative", alors que celle-ci entendait en réalité se prévaloir de l'expérience acquise par son administrateur gérant. Il ressort toutefois de l'acte attaqué que, si la requérante n'a pas été sélectionnée, c'est parce qu'elle n'a pas satisfait à l'exigence, imposée par le cahier spécial des charges, de produire une liste de services similaires à ceux qui font l'objet du marché litigieux, assurés au cours des trois dernières années par ses soins, en son nom et sous sa propre responsabilité. Un tel motif de non-sélection ne paraît

pas *prima facie* révéler une erreur de fait ou de droit, ni une erreur manifeste d'appréciation.

En faisant grief à l'acte attaqué d'exclure que la requérante, pour satisfaire à l'exigence définie par l'avis de marché et le cahier spécial des charges, puisse se prévaloir, au titre de sa capacité technique, de l'expérience acquise par son administrateur-délégué au sein d'autres entreprises, et en soutenant, que, ce faisant, la partie adverse a commis une erreur de fait et de droit et, à tout le moins, une erreur manifeste d'appréciation, le moyen, en cette branche, ne peut être déclaré sérieux.

B. Quant à la deuxième branche du moyen

En cette branche, le moyen invoque une différence de traitement entre les entreprises de création récente qui, ne pouvant faire valoir de références propres attestant leur capacité technique, seraient toutefois en mesure d'établir celle-ci, sur la base de l'expérience de leurs dirigeants et autres responsables, d'une part, et les autres entreprises qui peuvent faire état de références propres, d'autre part.

Ainsi conçue, cette différence de traitement suppose que l'exigence de présentation d'une liste des services similaires exécutés au cours des dernières années, s'entende en ce sens que les candidats doivent nécessairement avoir assuré des services similaires durant la période de trois ans précédant le lancement du marché et puissent ainsi se prévaloir d'un volume minimal de prestations.

Au terme d'un examen effectué en extrême urgence, une telle interprétation de l'exigence définie par le cahier spécial des charges ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Si, toutefois, elle devait être retenue, la différence de traitement qui en résulterait effectivement entre les deux catégories ainsi identifiées par la requérante n'en serait pas, pour autant, nécessairement discriminatoire et susceptible de méconnaître les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que le principe d'égalité entre les soumissionnaires. Se bornant à affirmer que "la discrimination engendrée par l'interprétation restrictive opérée par l'acte attaqué n'est ni justifiée ni justifiable", la requérante reste en défaut de faire état d'éléments qui autoriseraient à qualifier de discriminatoire la différence de traitement dénoncée en l'espèce. Ainsi, s'abstient-elle notamment de mettre en cause la légitimité de l'objectif poursuivi par la partie adverse au travers de la référence choisie conformément aux dispositions réglementaires applicables, ou de faire valoir que la différence de traitement est dénuée de pertinence ou disproportionnée au regard de l'objectif ainsi poursuivi. Ce caractère disproportionné est d'ailleurs d'autant plus douteux que la possibilité est laissée aux soumissionnaires, en vertu de l'article 71, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité, de se prévaloir, dans le respect des conditions

définies par cette disposition, des capacités d'autres entités. Bien plus, cette faculté est-elle de nature, en cas d'usage, à neutraliser la différence de traitement invoquée par la requérante.

Enfin, on n'aperçoit pas en quoi serait illégale et discriminatoire l'interprétation, donnée par l'acte attaqué, de l'exigence définie par l'article 71, alinéa 2, 2°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, alors que la partie adverse s'est bornée à faire une application de cette disposition, conforme aux termes en lesquels elle est libellée.

Il suit de l'ensemble de ces considérations que le moyen, en sa deuxième branche, ne peut être tenu pour sérieux.

C. Quant à la troisième branche du moyen

La lecture de l'acte attaqué permet de comprendre la raison pour laquelle la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante, à savoir que celle-ci n'a pas satisfait à l'exigence, imposée par l'avis de marché et le cahier spécial des charges, de produire une liste de services similaires à ceux qui font l'objet du marché litigieux, assurés au cours des trois dernières années par ses soins, en son nom et sous sa propre responsabilité. La partie adverse n'était pas tenue d'exposer en outre les motifs de ses motifs, en expliquant pourquoi elle concevait, dans la mise en œuvre de l'exigence de sélection annoncée par l'avis de marché et le cahier spécial des charges, une application de l'article 71, alinéa 2, 2°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, conforme aux termes en lesquels cette disposition est libellée.

Une méconnaissance de l'obligation de motivation formelle incombant à la partie adverse ne peut davantage se déduire de ce qu'elle ne se serait pas référée, dans l'acte attaqué, aux attestations produites par la requérante ou de ce qu'elle n'aurait pas relevé l'abstention de la requérante de produire de telles attestations.

A l'appui de sa requête, la requérante communique une copie de son offre et, annexées à celle-ci, la liste des références des "marchés exécutés dans le cadre de l'entreprise ARBEL s.a. ou Krinkels s.a.", ainsi que quatre attestations qu'elle déclare avoir jointes à l'offre déposée dans le cadre de la procédure d'attribution du marché litigieux. Il apparaît, d'une part, que l'offre de la requérante contient une mention libellée en ces termes:

" A coté de cette liste d'anciennes références en annexe, nous joignons des attestations de donneurs d'ordre privés importants, tant au nom de la personne privée de Michel TIELMAN" [sic],

et, d'autre part, que les attestations produites ne permettent pas d'établir si les services auxquels elles se rapportent ont été assurés au nom et sous la responsabilité de la requérante.

La partie adverse conteste, pour sa part, avoir reçu ces attestations.

Au terme d'un examen des faits de la cause effectué en extrême urgence, il n'est pas possible de déterminer si les attestations dont se prévaut la requérante avaient effectivement été jointes à son offre ou si, à la suite d'avatars dont le Conseil d'Etat n'a, en toute hypothèse, pas connaissance, ces attestations ont pu être distraites de l'offre soumise à la partie adverse. Ces circonstances amènent à considérer *prima facie* qu'il n'est pas établi que, lorsqu'elle a examiné l'offre de la requérante, la partie adverse disposait des attestations de services.

Il n'était pas nécessaire, au titre de l'obligation de motivation formelle qui incombe à la partie adverse, de mentionner le défaut de communication des attestations demandées, dès lors qu'il était établi à suffisance que la requérante n'avait pas produit de liste de services prestés en son nom et sous sa responsabilité. La partie adverse a bien pu considérer que ce défaut de communication d'attestations ne constituait pas un motif de fait de sa décision de ne pas sélectionner la requérante, et que, pour cette raison, elle n'était pas tenue de le mentionner au titre de l'obligation de motivation formelle qui lui incombe.

Le moyen qui, en sa troisième branche, invoque le défaut de motivation formelle ne peut, pour ces raisons, être déclaré sérieux.

VI. MOYEN NOUVEAU

VI. 1. Thèses des parties

A l'audience du 23 novembre 2012, la requérante soulève un moyen nouveau, pris de la violation des articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, soutenant que l'offre de l'intervenante, partiellement communiquée par celle-ci, en annexe à sa requête en intervention, est irrégulière et aurait dû, pour cette raison, être écartée par la partie adverse. Elle expose que l'offre de l'intervenante a été signée par son directeur technique, Thierry FAES, alors que le pouvoir de l'engager dans la participation à des marchés publics appartient à Peter LOYENS, directeur général. Sans doute, celui-ci peut-il déléguer ses compétences pour signer les documents dans le cadre de l'introduction d'offres en exécution de la réglementation en matière de marchés publics au moyen d'une procuration écrite. Une

telle procuration écrite n'ayant toutefois pas été produite par l'intervenante, l'offre déposée par celle-ci ne peut être considérée comme valablement signée et doit, partant, être déclarée irrégulière, l'éventuelle production ultérieure dudit document n'étant pas de nature à purger l'offre de l'intervenante du vice dont elle se trouve ainsi affectée.

La partie adverse soutient que le caractère d'extrême urgence de la procédure au terme de laquelle le Conseil d'Etat est amené à statuer sur la présente requête ne s'accommode pas de l'examen d'un moyen nouveau soulevé pour la première fois à l'audience.

L'un des conseils de l'intervenante signale, après avoir interrogé sa cliente à ce propos quelques instants avant l'audience, que la procuration existe bien et a été donnée par Peter LOYENS à Thierry FAES avant l'établissement de l'offre déposée dans le cadre du marché litigieux, mais que les circonstances dans lesquelles le moyen est soulevé ne lui permettent pas de déposer cette pièce à l'audience.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'apparaît pas que le moyen nouveau soulevé à l'audience aurait pu être formulé déjà dans la requête.

Prima facie, la procédure de suspension d'extrême urgence, prévue par l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993 précitée ne paraît pas, dans son principe, incompatible avec la faculté de soulever de nouveaux moyens.

Toutefois, le législateur a précisé que, dans le cadre de cette procédure, "le maintien d'un équilibre entre le respect des droits des entreprises concurrentes et la nécessité de sauvegarder la continuité du service public ont conduit à se limiter à trouver une issue pour les situations dans lesquelles les irrégularités sont manifestes et ne souffrent pas de délais de procédure plus longs" (Doc. Parl. Ch., sess. 2009-2010, n° 52, 2276/01, p. 31).

En conséquence, un moyen nouveau, fût-il d'ordre public, ne peut être soulevé utilement qu'à la condition que l'illégalité alléguée apparaisse évidente de sorte qu'il puisse être débattu de tous ses aspects à l'audience.

En l'espèce, tel n'est pas le cas. L'examen d'un tel moyen requerrait, en effet, non seulement que fût produit le mandat dont le conseil de l'intervenante alléguait l'existence sans toutefois avoir pu la prouver, mais également que la validité d'un tel mandat pût être soumise à une appréciation, fût-ce en extrême urgence. A

supposer, par ailleurs, qu'il n'eût pu être tenu compte de ce titre dont se prévaut l'intervenante pour justifier la régularité de son offre, encore fallait-il que le conseil de la partie adverse pût interroger celle-ci au sujet des circonstances dans lesquelles la régularité des offres, et singulièrement de celle de l'intervenante, a été vérifiée au regard de l'article 89 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, disposition en vertu de laquelle les documents constitutifs de l'offre doivent être signés par le soumissionnaire ou son mandataire.

Dans ces circonstances, il n'a pu être débattu au cours de l'audience de tous les aspects relatifs à cette critique de légalité que formule le moyen nouveau, de sorte que celui-ci doit être déclaré irrecevable.

VII. QUESTIONS PREJUDICIELLES

VII. 1. Thèses des parties

La requérante sollicite du Conseil d'Etat, s'il s'interrogeait quant à la portée des dispositions de droit européen qu'elle invoque, que soient posées les questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice de l'Union européenne :

- " • L'article 48 de la directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à la prise en compte par les pouvoirs adjudicateurs, au titre des capacités techniques et/ou professionnelles d'un opérateur économique, de l'expérience et du savoir-faire acquis par un dirigeant de cette entreprise au sein d'autres entreprises par le passé ?"
- " • Le terme «entités» visé à l'article 48, § 3, de cette directive englobe-t-il également les administrateurs, actionnaires, dirigeants, cadres et autres responsables des prestations de services au sein d'une entreprise, lorsqu'il est démontré que ces personnes mettront effectivement les moyens nécessaires à disposition de l'entreprise soumissionnaire ?"
- " • L'article 48, § 2, de la directive précitée doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un pouvoir adjudicateur exige, sans motiver sa décision à cet égard, la présentation par un soumissionnaire d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, lorsque cette exigence aurait pour effet d'exclure de facto l'ensemble des entreprises de constitution récente qui ne peuvent par définition pas faire état d'une telle liste, alors que leurs dirigeants ont l'expérience requise, mais acquise dans d'autres entreprises ? "

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " Il n'y a cependant pas lieu à poser ces questions à la Cour de Justice. La réponse à ces questions n'est, en effet, d'aucune utilité dans le cadre du présent litige.

Ces questions se fondent sur l'affirmation erronée selon laquelle la partie adverse aurait refusé de prendre en considération l'expérience professionnelle acquise par

Monsieur TIELEMAN lorsqu'il était l'administrateur-délégué de la S.A. KRINKELS.

Comme il a été exposé plus ci-dessus, aucune exigence n'était cependant prévue par l'avis de marché en matière de titres professionnelles, mais bien une liste de services similaires exécutés par le soumissionnaire.

Si la S.A. ARTBEL n'a pas été sélectionnée, c'est au motif qu'elle s'est contentée de joindre à son offre une liste de services similaires exécutés par la S.A. KRINKELS sans toutefois joindre, comme elle le devait, un engagement de cette société de mettre ses moyens à sa disposition pendant toute la durée du marché.

32. Par ailleurs, l'engagement d'une procédure de renvoi préjudiciel est incompatible avec la notion de référé d'extrême urgence. Le Conseil d'Etat en a notamment décidé ainsi dans son arrêt n° 216.388 du 22 novembre 2011, *Axell Wireless Limited Company*", dont elle cite un extrait.

Dans sa requête en intervention, l'intervenante s'exprime comme suit, à ce propos :

" 41. Conformément l'article 234 du Traité sur l'Union Européenne et du Traité instituant la Communauté Européenne, une juridiction d'un des États membres demande à la Cour de justice de statuer sur une question qui a été soulevée devant sa juridiction si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement.

In casu, ceci ne paraît certainement pas être le cas.

Les questions préjudicielles dont il est question ci-dessus sont formulées dans le postulat que la partie requérante a présenté une liste avec des services réalisés par son administrateur délégué, ce qui ne s'avère pas être le cas sur base des pièces du dossier administratif.

La demanderesse en intervention constate que la partie requérante a uniquement fait état d'une liste avec des services réalisés par la SA Arbel et la SA Krinkels, sans engagement de la part de ces personnes morales duquel il apparaît qu'elle disposerait effectivement des moyens nécessaires pour l'exécution du marché.

Vu la présentation erronée des faits, les trois questions préjudicielle formulées dans la requête s'avèrent n'avoir aucune utilité dans le cadre de la présent procédure en suspension d'extrême urgence."

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ne convient pas, à ce stade de la procédure, de poser à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles énoncées par la requérante. Ces questions pourraient être posées, dans le cadre de la procédure au fond, si la requérante formait une requête en annulation.

Une procédure de référé d'extrême urgence, telle qu'elle est organisée par la loi du 23 décembre 2009 introduisant un nouveau livre relatif à la motivation, à l'information et aux voies de recours dans la loi du 24 décembre 1993 relative aux

marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, n'est pas compatible avec l'engagement d'une procédure de renvoi préjudiciel.

VIII. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

En application de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la partie adverse souhaite garder la confidentialité de l'offre de l'intervenante, ainsi que de la lettre que celle-ci lui a adressée le 20 septembre 2012.

Nonobstant le fait que, à l'appui de sa requête en intervention, l'intervenante a communiqué une partie de son offre, qu'elle n'estime pas devoir être soumise à la garantie de confidentialité, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité de l'offre, à tout le moins telle qu'elle a été déposée par la partie adverse, ainsi que du courrier visé par celle-ci, dans la mesure où leur divulgation n'est pas nécessaire à la solution du litige.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme KRINKELS dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

L'offre de la société anonyme KRINKELS, telle qu'elle a été déposée par la partie adverse, ainsi que la lettre adressée à celle-ci le 20 septembre 2012 sont soustraites à la connaissance des parties, à ce stade de la procédure.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens, liquidés à la somme de 300 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trente novembre deux mille douze par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.