**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 225.966 du 30 décembre 2013

G./A.210.994/VI-20.100

En cause : **la société anonyme TRAIT NORRENBERG ET SOMETS ARCHITECTES**,

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR et
Sarah BEN MESSAOUD, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

**la commune d'Evere**,

ayant élu domicile chez
Me Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de la Cambre, n° 27,
1000 Bruxelles.

---

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 10 décembre 2013, la société anonyme TRAIT NORRENBERG ET SOMETS ARCHITECTES sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision "de date inconnue, partiellement notifiée à la requérante par un courrier du 15 novembre 2013, de la commune d'Evere de ne pas retenir sa candidature pour un marché public de «mission d'auteur de projet pour la construction d'une école fondamentale»."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 12 décembre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 23 décembre 2013 à 11 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Sarah BEN MESSAOUD, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Yves SCHNEIDER et Lara THOMMES, loco Me Philippe COENRAETS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^me^ l'auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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

III. 1. Le recours concerne un marché public de services ayant pour objet une mission d'auteur de projet pour la construction d'une école fondamentale de type Freinet à Evere (19 classes de 24 élèves).

Le montant estimé du marché est de 980.000 euros T.V.A.C. Il est passé selon la procédure négociée et soumis à la publicité européenne.

III. 2. Le pouvoir adjudicateur a fait publier un avis de marché au Bulletin des adjudications du 23 mai 2013 et au Journal officiel de l'Union européenne du 25 mai 2013.

III. 3. L'avis de marché mentionne en son point II.1.5 que :

" L'objet du marché est la MISSION D'AUTEUR DE PROJET pour la construction d'une école fondamentale de type Freinet, disposant de 19 classes de 24 élèves ainsi que des locaux connexes nécessaires au fonctionnement de l'école (locaux d'accueil, de repos, d'activités communes, d'activités psychomotrices, cours et préaux, intendance et logistique).

Une réponse urbanistique, architecturale et technique qui réponde aux critères d'architecture passive, de développement durable et d'accessibilité aux personnes à mobilité réduite en Région de Bruxelles-Capitale devra être démontée.

Les normes de superficies en vigueur dans la Fédération Wallonie-Bruxelles devront être respectées.

Le marché a pour objet une mission complète d'auteur de projet d'architecture et d'ingénierie (stabilité et techniques spéciales)".

Au point III.2.3 du même avis de marché, relatif à la capacité technique, il est précisé que :

" Le candidat devra faire la preuve, par les moyens décrits ci-dessous, qu'il dispose au moins des compétences suivantes: urbanisme, architecture et ingénierie.

Plus spécifiquement :

- capacité d'intégration urbaine et paysagère compte tenu des contraintes du site,

- capacité de réflexion à l'échelle du quartier,

- capacité de conférer une identité au projet et au quartier,

- capacité de réalisation d'une construction modulable et flexible,

- capacité de concevoir des locaux scolaires fonctionnels et de qualité,

- capacité de maîtrise technique et budgétaire dans le cadre d'une construction passive et durable.

- En outre, le candidat devra faire preuve de sa capacité d'accompagner un processus participatif, notamment sa capacité à produire des supports de communication pédagogiques, efficaces et cohérents.

Il justifiera de ces capacités par les documents suivants :

1. Document 1 : la production d'une lettre de candidature signée.

2. Document 2 : pour les équipes multidisciplinaires, les titres d'études et professionnels des autres prestataires de services.

3. Document 3 : en cas d'association momentanée de plusieurs candidats, il sera spécifié le type d'association et de relations contractuelles entre les partenaires (association momentanée, groupement conjoint, groupement solidaire, sous-traitance, …) ainsi que la composition de l'équipe proposée pour répondre à cette candidature et la répartition du rôle de chaque partenaire.

4. Document 4 : la production d'un mémoire argumenté de maximum 2 pages A4 par lequel il démontre son savoir-faire, son efficacité, son expérience et sa fiabilité à mener à bien le projet en fonction de l'objet du marché et du contexte précis dans lequel il se développera.

5. Document 5 : la preuve de l'inscription à l'ordre des architectes (Belgique) ou l'inscription à une institution professionnelle équivalente pour les candidats étrangers.

6. Document 6 : la liste des services dont le candidat est l'auteur, exécutés au cours des 5 dernières années et ayant au moins atteint le stade d'octroi du permis d'urbanisme, mentionnant le type d'intervention (rénovation, construction,..) et le type de bâtiment (affectation), indiquant le montant des travaux, la date de réalisation et/ou le stade d'avancement du projet, l'identité du maître d'ouvrage et précisant le rôle du candidat pour chaque référence.

7. Document 7 : présentation de minimum deux et maximum quatre exemples dont le candidat est l'auteur et qu'il estime pertinent par rapport à l'objet du marché et

aux ambitions du maître de l'ouvrage et qui ont au moins atteint le stade de l'octroi du permis d'urbanisme : projet similaire par la taille (minimum 4.500 m² construits), soit par le montant des travaux réalisés (minimum 6 millions d'euros) soit par l'objet (construction d'une école fondamentale). Dans cette liste d'exemples, au moins un sera une construction d'école fondamentale complète.

Pour chacun de ces exemples, seront mentionnés :

- Le type d'intervention (rénovation, construction), montant des travaux, date de réalisation et/ou stade d'avancement, identité du maître de l'ouvrage et rôle du candidat;

- Une note de maximum 1 page format A4 justifiant en quoi les exemples sélectionnés sont jugés pertinents par rapport à l'objet du marché et les capacités attendues

- Minimum trois illustrations (photos, plans, ..) du projet permettant de juger de la qualité et de la fonctionnalité de l'exemple insérées dans au plus 3 pages A4;

- En sus, pour l'exemple école fondamentale, les plans de niveaux et au moins une coupe à une échelle appropriée à une bonne lecture ET au format A3.

Dans le cas de projets achevés, les certificats de bonne exécution indiquant le montant, la date et leurs destinataires publics ou privés (art.71-2° a & b de l'AR 08/01/1996) et la signature du maître d'ouvrage ou de l'autorité compétente.

Conformément aux dispositions de l'article 71, 3ème alinéa, de l'AR du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, un candidat ou 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 existants 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 disposition du prestataire de services.
Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou celles d'autres entités.

8. Document 8 : un CD-ROM contenant les documents demandés dans cette section en qualité d'impression".

Au point IV.1.2) du même avis de marché, portant sur les "Limites concernant le nombre d'opérateurs invités à soumissionner ou à participer", on peut lire ce qui suit :

" Nombre d'opérateurs envisagés : minimum3, maximum : 5

Critères objectifs de limitation du nombre de candidats : la réduction des candidatures est basée sur l'analyse de son savoir-faire, de son efficacité, de son expérience, et de sa fiabilité, en particulier de son expérience en construction de bâtiments scolaires et d'équipement collectif, ainsi que de son savoir-faire dans la recherche de solutions architecturales cohérentes et adaptées au contexte du projet et à son programme. Ces aspects seront évalués au moyen du mémoire argumenté et de la liste des principaux services exécutés, présentés par le candidat".

L'avis de marché précise encore au point VI.3 que :

" [...] L'évaluation des candidatures sera effectuée sur base de l'analyse des documents présentés par les candidats illustrant leur capacité technique et leur savoir-faire, leur efficacité, leur expérience et leur fiabilité.

Il est demandé aux candidats de se limiter strictement aux documents demandés, présentés dans l'ordre correspondant au formulaire de candidature. Toutes les informations supplémentaires ne seront pas prises en compte lors de l'analyse du dossier".

III. 4. Les candidats étaient invités à transmettre leur demande de participation au plus tard le 28 juin 2013 à 10h.

Trente-sept sociétés, dont la requérante, ont déposé une demande de participation.

III. 5. Par courrier recommandé du 15 novembre 2013, la partie adverse a notifié à la requérante la décision du collège des bourgmestre et échevins de ne pas retenir sa candidature.

La décision du collège n'était toutefois pas jointe en annexe du courrier de notification.

III. 6. Le 19 novembre 2013, la requérante a interrogé, par courrier électronique, la partie adverse sur les motifs de son éviction. Elle a demandé que le rapport d'analyse et la motivation formelle des choix des candidats lui soient transmis.

III. 7. Par un courrier électronique du 19 novembre 2013, la partie adverse a accusé réception de cette demande et a annoncé l'envoi du rapport d'analyse dans le plus bref délai.

Par un courrier électronique du 22 novembre 2013, la requérante a répété sa demande d'information.

III. 8. Par un courrier électronique du 25 novembre 2013, le rapport d'examen des candidatures a été transmis à la requérante.

Selon ce rapport, seuls deux candidats ont été retenus et seront invités à remettre une offre.

IV. RECEVABILITE DU RECOURS

IV. 1. Recevabilité ratione temporis et extrême urgence

La requérante fait valoir que le point du départ du délai de recours est fixé par référence à la nature de l'obligation d'information qui pèse sur le pouvoir adjudicateur, que le délai ne commence à courir que lorsque le pouvoir adjudicateur a valablement informé le requérant conformément à l'article 65/7 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qu'en ce qui concerne la communication d'une décision de sélection qualitative "en cas de limitation, sur la base d'un classement, du nombre des candidats sélectionnés", comme c'est le cas en l'espèce, l'article 65/7, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993, précitée, impose au pouvoir adjudicateur de transmettre aux candidats non sélectionnés, "la décision motivée de sélection" et que c'est donc à partir de la communication de cette décision motivée que le délai de recours commence à courir.

La requérante soutient que la transmission de la simple information du sens de la décision prise ne permet pas au destinataire d'avoir une connaissance suffisante de l'acte et ne peut donc faire courir le délai de recours et qu'en ce qui concerne le délai de recours en suspension d'extrême urgence en matière de marchés publics, une communication partielle de la décision ne fait pas courir le délai de recours.

Elle entend relever que le délai de suspension n'a pas commencé à courir dès lors que la notification du 15 novembre 2013 ne faisait pas mention de la possibilité d'introduire un recours en suspension d'extrême urgence devant le Conseil d'Etat, que l'article 4, 3° [lire : 3, 4°], de la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes prévoit que "tout document, par lequel une décision ou un acte administratif à portée individuelle émanant d'une autorité administrative provinciale ou communale est notifié à un administré, indique les voies éventuelles de recours, les instances compétentes pour en connaître ainsi que les formes et délais à respecter, faute de quoi le délai de prescription pour introduire le recours ne prend pas cours" et que, même si la loi relative aux marchés publics ne prévoit que l'obligation de faire mention du recours en annulation, cette disposition applicable aux autorités communales impose d'indiquer sur tout acte administratif l'ensemble des voies de recours ouverts, c'est-à-dire également les éventuels recours en suspension.

Elle affirme qu'en l'espèce, elle a appris, par le courrier daté du 15 novembre 2013 et reçu le 19 novembre, qu'elle n'avait pas été sélectionnée, que ce

courrier de notification n'était pas accompagné de la décision de sélection, visée par l'article 65/7, de la loi du 24 décembre 1993, ni de ses motifs et qu'à ce stade, il lui était impossible d'envisager l'introduction d'un recours dès lors qu'elle était dans l'incapacité de formuler le moindre moyen.

Elle conclut que le délai de recours n'a pas commencé à courir à compter de la notification du 15 novembre dès lors qu'il ne s'agissait pas de la communication de la décision de sélection et que la possibilité d'introduire un recours en suspension n'était pas mentionnée, que les motifs de son éviction ne lui ont été communiqués que par le courrier électronique du 25 novembre 2013 lui transmettant le rapport d'examen des candidatures, qu'elle n'a, par contre, toujours pas reçu la décision adoptée par la partie adverse, que la décision de sélection prise par le collège ne lui ayant pas été transmise, le délai de recours n'a pas commencé à courir.

A titre subsidiaire, la requérante fait valoir que la transmission du rapport de sélection sur la base duquel la décision de sélection qui constitue la décision attaquée a probablement été adoptée par le collège des bourgmestre et échevins n'a eu lieu que le 25 novembre 2013, en sorte que, le délai de recours n'a pu commencer à courir qu'à dater de la notification de ce rapport.

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose que la motivation de la décision de non-sélection a été transmise à la requérante par un courrier électronique du 25 novembre 2013, que celle-ci a eu une connaissance suffisante de l'acte attaqué à cette date, que le délai de quinze jours visé à l'article 65/23, § 3 de la loi du 24 décembre 1993 a, dès lors, expiré le lundi 10 décembre 2013, que si la requête en suspension est bien datée du 10 décembre 2013, elle porte un cachet de réception par le greffe du Conseil d'Etat indiquant la date du 12 décembre 2013 ce dont il doit être déduit que la requête n'a été déposée à la poste que le 11 décembre 2013 et non le 10 décembre 2013 et que, dans ces conditions, le recours a été exercé en dehors du délai de quinze jours et qu'il doit être déclaré irrecevable ratione temporis.

IV. 2. Recevabilité quant à l'intérêt

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose encore le défaut d'intérêt certain et actuel de la requérante à obtenir la suspension en extrême urgence de la décision attaquée en ce que, quand bien même ses références auraient dû être analysées, elle n'aurait de toute façon pas été sélectionnée et invitée à remettre une offre, dans la mesure où il manquait un document essentiel requis par l'avis de marché, à savoir le mémoire argumenté.

IV. 3. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort des pièces de la procédure que la requête a été envoyée par télécopie et recommandée à la poste le 10 décembre 2013, soit dans le délai de quinze jours prescrit par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993, à compter de la communication du 25 novembre 2013.

Le recours paraît dès lors recevable ratione temporis et l'exception de tardiveté soulevée par la partie adverse doit être rejetée.

L'extrême urgence paraît, par identité de motifs, suffisamment établie.

Quant au défaut d'intérêt certain et actuel de la requérante, la partie adverse soutient que manquait un document essentiel requis par l'avis de marché, à savoir le mémoire argumenté, ce que la requérante conteste par son moyen unique.

L'exception apparaît dès lors liée au fond.

V. MOYEN UNIQUE

V.1. Thèses des parties

La requérante prend un moyen unique "de l'excès de pouvoir et de la violation de :

- la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en ses articles 17, 65/4, 4°, 65/5 et 65/7, § 1er;
- l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, notamment en ses articles 68 et 71;
- des exigences relatives à la capacité technique reprises dans l'avis de marché;
- des principes de bonne administration et de proportionnalité;
- des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité entre les soumissionnaires;
- de l'obligation de motivation matérielle et du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles;
- pour autant que de besoin, la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs en ses articles 2 et 3.

  En ce que la partie adverse ne retient pas la candidature de la requérante au motif qu'elle n'a pas produit d'engagement de ses sous-traitants et que son mémoire argumenté ne répondrait pas aux critères de l'avis de marché;

  Alors que le dossier de candidature de la partie requérante démontre qu'elle dispose de la capacité technique à réaliser l'objet du marché".

En une première branche, elle soutient à titre principal que la méthodologie d'évaluation des candidatures est irrégulière.

Elle rappelle que la sélection qualitative pour les marchés de services est organisée par les articles 68 et suivants 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, lequel prévoit notamment que :

" En cas d'adjudication restreinte, d'appel d'offres restreint et de procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 3, de la loi, le pouvoir adjudicateur choisit sur la base des renseignements concernant la situation personnelle du prestataire de services, ainsi que des renseignements et des documents nécessaires à l'évaluation des conditions minimales de caractère financier, économique et technique à remplir par celui-ci, les candidats qu'il invite respectivement à présenter une offre ou à négocier, parmi ceux présentant les qualifications requises par les articles 69 à 73ter du présent arrêté.

[…]

En cas de procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 3, de la loi, le nombre de candidats admis à négocier ne peut être inférieur à trois et doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait suffisamment de candidats appropriés.

[..]

L'étendue des informations visées aux articles 70 et 71 ainsi que les niveaux minimaux de capacité exigés pour un marché déterminé doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché".

Elle fait valoir que si le pouvoir adjudicateur peut réduire le nombre de candidats retenus, il doit nécessairement évaluer les différentes candidatures au regard de tous les critères de sélection qualitative annoncés pour ne retenir que les meilleurs en fonction de l'objet du marché, que la restriction du nombre de candidats implique nécessairement un exercice de comparaison et d'évaluation des différentes candidatures au regard des exigences fixées par les documents du marché, que toutes les candidatures régulières doivent être examinées au regard de toutes les exigences relatives à la capacité technique, que le principe d'égalité entre les soumissionnaires implique également que tous les candidats soient évalués de la même façon, que ce principe interdit qu'un candidat soit évalué sur un seul document requis par les documents du marché pour démontrer la capacité technique alors que d'autres candidats sont évalués sur la base de l'ensemble de leur dossier de candidature, que les dispositions visées à l'appui du moyen imposent au pouvoir adjudicateur d'examiner l'ensemble du dossier de candidature, c'est-à-dire tous les documents imposés par les documents du marché, pour apprécier la capacité technique des candidats, qu'au contraire, il est interdit de ne pas sélectionner un candidat au motif qu'il répondrait moins bien que d'autres à l'une des exigences, sans même évaluer la qualité de sa candidature au regard des autres exigences, que cette exigence découle directement du

mécanisme de la sélection qualitative dans le cadre d'une procédure restreinte qui doit nécessairement conduire à sélectionner les candidats les plus aptes à réaliser le marché, que lorsque les documents du marché prévoient plusieurs critères d'attribution, les offres doivent nécessairement être évaluées sur la base de tous les critères annoncés, que l'avis de marché respecte cette exigence dès lors qu'il met l'ensemble des références à produire sur pied d'égalité pour démontrer la capacité technique à réaliser le marché et qu'il n'était pas précisé que le fait de satisfaire à l'une des exigences, moins bien qu'un autre candidat, impliquait d'office la non-sélection.

La requérante soutient que l'avis de marché annonce, d'une part, les critères de sélection qualitative, à savoir la démonstration de compétences limitativement énumérées, capacité d'intégration urbaine et paysagère, capacité de réalisation d'une construction modulable et flexible, capacité de concevoir des locaux scolaires, etc., et qu'il précise d'autre part que la capacité technique des candidats sera appréciée sur la base de tous les documents limitativement énumérés au point III.2.3) de l'avis.

Elle rappelle que le point IV.1.2) de l'avis de marché prévoit que "la réduction des candidatures est basée sur l'analyse de son savoir-faire, de son efficacité, de son expérience, et de sa fiabilité, en particulier de son expérience en construction de bâtiments scolaires et d'équipement collectif, ainsi que de son savoir-faire dans la recherche de solutions architecturales cohérentes et adaptées au contexte du projet et à son programme. Ces aspects seront évalués au moyen du mémoire argumenté et de la liste des principaux services exécutés, présentés par le candidat" et qu'il était donc bien précisé que l'évaluation de la capacité technique et la réduction du nombre de candidats se ferait sur la base du mémoire argumenté et des références des candidats.

Elle affirme que la partie adverse n'a pas respecté cette exigence relative à la méthodologie à suivre pour sélectionner les candidats dans le cadre d'une procédure restreinte, que le rapport d'examen des candidatures laisse apparaître qu'elle a examiné les candidatures selon une méthodologie divisée en trois étapes, qu'au terme d'une première étape, elle a mis en évidence les candidatures contentant "des manquements substantiels", ce qui serait le cas de onze candidats, dont la requérante, que le motif retenu est qu'"aucun engagement des sous-traitants n'est joint au dossier alors qu'ils sont nécessaires pour que les compétences exigées soient présentes dans l'équipe", qu'au terme d'une deuxième étape, les mémoires proposés par les candidats dont le dossier de candidature ne contenait aucun manquement substantiel ont été analysés, que son mémoire a quand même fait l'objet d'une analyse, ce qui n'a pourtant pas été le cas des dix autres candidats définitivement évincés au terme de la première étape, qu'elle n'a cependant pas été retenue au terme de cette deuxième étape au motif

que "la motivation ne fait référence au projet présent que dans une phrase introductive et ne développe nullement le contexte particulier comme exigé dans l'avis de marché. C'est un exposé de faits tout-à-fait généraliste qui peut être joint à n'importe quel dossier: motivation non pertinente", que la partie adverse a, dans ce cadre, uniquement examiné son mémoire et non ses références, seuls trois candidats étant retenus au terme de cette étape, qu'enfin, au terme d'une troisième étape, la partie adverse a examiné les projets proposés comme références par ces trois candidats, que ses propres références n'ont pas été examinées de même que celles des vingt-trois autres candidats au motif que leur mémoire respectif était moins convaincant que les trois mémoires retenus.

La requérante conclut que la méthodologie utilisée par la partie adverse l'a conduite à ne pas la retenir sans même examiner ses références alors qu'elle dispose d'une expérience très importante, très ciblée et très rare dans le domaine de la construction d'écoles passives.

Elle ajoute que la partie adverse n'a pas adéquatement motivé sa décision de non-sélection, qu'elle a confondu les critères de capacité technique et les documents exigés pour démontrer cette capacité, qu'elle ne précise pas le motif pour lequel le simple fait de remettre un mémoire qui ne serait pas suffisamment "contextualisé", alors que le contexte n'était pas autrement décrit dans l'avis de marché, serait à lui seul de nature à démontrer que le candidat ne dispose pas de la capacité technique à réaliser le marché.

En une seconde branche, la requérante affirme, "à titre subsidiaire", que les motifs de non-sélection sont dépourvus de fondement.

Elle fait valoir que le rapport d'examen des candidatures laisse apparaître deux motifs qui ont justifié sa non-sélection, soit l'absence dans son dossier de candidature de l'engagement des sous-traitants et la motivation non pertinente du mémoire argumenté.

Quant à l'engagement des sous-traitants, la requérante entend constater que l'avis de marché ne lui imposait pas de joindre à sa candidature un engagement de ceux-ci, que, sur la base de l'article 71, alinéa 3, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, l'avis de marché prévoyait, en ce qui concerne le document 7 "Présentation de minimum deux et maximum quatre exemples dont le candidat est l'auteur", la possibilité pour le candidat de faire valoir des références de tiers moyennant la production de leur engagement, que, dans sa candidature, elle mentionne en document 7 quatre références qui toutes lui sont propres, qu'elle ne présente pas de chantier de

ses sous-traitants en tant que référence, qu'elle n'était dès lors pas tenue de joindre l'engagement des sous-traitants, aucune de leurs références n'étant mentionnées.

Elle conclut qu'en ayant décidé de ne pas la sélectionner au motif qu'aucun engagement n'était joint alors que les références avancées étaient des références propres, la partie adverse a imposé des exigences qui ne figuraient pas dans l'avis de marché et qu'elle a donc méconnu les dispositions et principes visés à l'appui du moyen.

Elle ajoute, à titre subsidiaire, qu'exiger que les candidats faisant mention de sous-traitants démontrent l'engagement de ces sous-traitants à mettre leurs moyens à la disposition du candidat même si aucune de leur référence n'est invoquée, relèverait d'un formalisme excessif, qu'en l'espèce, les documents versés dans son dossier de candidature suffisent à démontrer que les sous-traitants faisaient bien partie de la candidature, qu'ils ont joint les différents titres d'études (diplômes, curriculum vitae, etc.) de leurs membres ainsi que les documents relatifs au respect de leurs obligations de sécurité sociale.

Quant au mémoire argumenté, la requérante affirme que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, qu'elle a appliqué une exigence qui n'était pas imposée par l'avis de marché, que celui-ci prescrivait que soit joint au dossier de candidature "la production d'un mémoire argumenté de maximum 2 pages A4 par lequel il démontre son savoir-faire, son efficacité, son expérience et sa fiabilité à mener à bien le projet en fonction de l'objet du marché et du contexte précis dans lequel il se développera", qu'à la lecture des motifs pour lesquels les mémoires retenus ont donné satisfaction, il semblerait que le pouvoir adjudicateur attendait que soit déjà développé, au stade de la candidature, un projet architectural tenant compte de "la situation géographique", du "contexte particulier de la future école de Lombaerde", de la visite du site, "du quartier où l'école sera implanté", "de la problématique de la mobilité", que, de manière implicite, il lui est reproché, comme à tous les autres candidats non retenus à ce stade, de ne pas avoir développé un projet tenant compte de la situation concrète de la future école.

Elle soutient qu'aucune indication n'a été fournie dans l'avis de marché sur l'emplacement géographique du projet ou encore sur les implications particulières qu'il convenait de prendre en compte dans le mémoire, que ni l'adresse du futur projet ni le quartier dans lequel il prendra place ne sont décrits ni même mentionnés dans l'avis de marché.

Elle entend rappeler que l'on se situe au stade de la sélection qualitative et qu'aucun cahier spécial des charges n'a été rédigé par la partie adverse, les seules

indications fournies par le pouvoir adjudicateur se trouvant dans l'avis de marché, que les candidats savent uniquement qu'il s'agit de "conceptualiser" une école passive de type Freinet sur le territoire de la commune d'Evere, que si le pouvoir adjudicateur entendait obtenir un descriptif du projet envisagé de manière plus concrète, il lui appartenait de le préciser dans l'avis de marché.

Elle fait valoir que considérer que l'avis de marché pouvait être interprété comme imposant le dépôt d'un mémoire contenant déjà la présentation d'un projet architectural précis, reviendrait à confondre la phase de sélection qualitative et la phase d'attribution du marché, qu'au stade de la sélection qualitative, il peut uniquement être demandé aux candidats de démontrer leur capacité, notamment technique, à réaliser un projet du type de celui faisant l'objet du marché et non qu'ils proposent déjà un projet concret dès lors que cela s'assimilerait à une offre.

Elle fait valoir enfin que son mémoire était bien ancré dans le contexte particulier du projet, tel qu'il est décrit dans l'avis de marché, qu'il ne s'agissait nullement d'un "exposé des faits tout à fait généraliste qui peut être joint à n'importe quel dossier" et qu'elle a "mis en avant sa très grande expérience dans le domaine de la conception de bâtiments scolaires passifs".

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose à la première branche du moyen unique qu'elle a exigé une série de documents, tous indiqués dans l'avis de marché, parmi lesquels "un mémoire argumenté de maximum 2 pages A4 par lequel il démontre son savoir-faire, son efficacité, son expérience et sa fiabilité à mener à bien le projet en fonction de l'objet du marché et du contexte précis dans lequel il se développera".

Elle soutient que le mémoire produit par la requérante ne répond absolument pas à l'exigence de l'avis de marché, ce mémoire ne constituant qu'un simple exposé général sans aucune "contextualisation" du projet.

Elle déclare que "le document n° 4 tel qu'exigé par l'avis de marché fait donc clairement défaut, de telle sorte que la candidature de la requérante devait bien être écartée", qu'elle n'était, dès lors, pas obligée d'examiner, à l'égard de la requérante, le dernier critère d'évaluation des candidatures relatif aux références, ce d'autant plus qu'il était indiqué au point IV.1.2) de l'avis de marché que "[…] ces aspects seront exécutés au moyen du mémoire argumenté et de la liste des principaux services exécutés, présentés par le candidat", le "et" signifiant en toute logique qu'il suffit que l'un fasse défaut pour que la candidature soit écartée et que la méthode d'évaluation retenue pour déterminer les entreprises répondant le mieux aux exigences de la sélection qualitative ne doit pas être préalablement communiquée aux candidats

(P. THIEL, Mémento des Marchés publics et PPP, Waterloo, Kluwer, 2012, p. 312; C.E., 28 octobre 2010, n° 208.493), que l'avis de marché ne devait donc pas préciser que le fait de ne pas satisfaire à une exigence impliquait d'office la non-sélection.

A la seconde branche du moyen unique, la partie adverse oppose qu'elle n'est pas recevable, que la décision de non-sélection repose sur deux motifs autonomes, chacun d'entre eux suffisant à justifier la décision prise, que la seconde branche du moyen est donc inopérante car à la supposer fondée, elle laisserait subsister le premier motif de la décision attaquée.

Elle entend rappeler que c'est d'abord en raison de l'absence du mémoire argumenté, tel qu'exigé par l'avis de marché, qu'elle a décidé d'écarter la candidature de la requérante, que la circonstance qu'un seul des documents requis dans l'avis de marché fait défaut dans le dossier de candidature de la requérante suffit à justifier sa non-sélection et que la requérante n'a dès lors pas d'intérêt à obtenir, sur cette base, la suspension de l'acte litigieux.

A titre subsidiaire, la partie adverse oppose que la seconde branche du moyen unique n'est pas fondée.

Quant à l'engagement des sous-traitants, elle fait valoir que le marché porte "sur un projet multi-disciplinaire", nécessitant les compétences non seulement d'un architecte mais aussi d'un expert en stabilité, en techniques spéciales et en efficience énergétique.

Elle rappelle que l'avis de marché précise ce qui suit :

" L'objet du marché est la mission d'auteur de projet pour la construction d'une école fondamentale de type Freinet […].

Une réponse urbanistique, architecturale et technique qui réponde aux critères d'architecture passive, de développement durable et d'accessibilité aux personnes à mobilité réduite en Région de Bruxelles-Capitale devra être démontrée.

[…]

Le marché a pour objet une mission complète d'auteur de projet d'architecture et d'ingénieurie (stabilité et techniques spéciales)".

Elle soutient que la requérante ne dispose pas, à elle seule, de l'ensemble de ces compétences, que sa candidature a uniquement été déposée par le bureau d'architecte TRAIT, qu'elle n'a été signée que par son administrateur délégué, qu'afin de réunir, en son sein, les quatre compétences requises par l'avis de marché, la requérante a fait le choix de recourir à la sous-traitance, que, dans le document 3 de son dossier de candidature, relatif à la présentation de l'équipe, la requérante fait ainsi

appel, d'une part, au bureau d'études en stabilité DELVAUX et, d'autre part, le bureau d'études en PEB et techniques spéciales OZE, que ces deux sous-traitants font partie intégrante de son équipe, que son dossier de candidature ne contient toutefois aucun engagement écrit et signé de la part de l'un ou l'autre de ces deux bureaux d'études, à tout le moins celui du premier sous-traitant, à savoir le bureau d'études DELVAUX, et qu'elle ne pouvait avoir la certitude que la requérante disposerait bien, au moment de l'exécution du marché, des quatre compétences requises par l'avis de marché.

Sur la question des références mêmes, la partie adverse rappelle le passage de l'avis de marché relatif au "Document 7", cité au point 3 de l'exposé des faits, et soutient que la requérante a fourni quatre références, lesquelles sont toutes relatives à des services d'architecture qu'elle a elle-même prestés, que ces quatre références ne valent toutefois ni pour le bureau d'études en stabilité, ni pour le bureau d'études en techniques spéciales et PEB mentionné dans son dossier de candidature, que seule la première de ces références peut être invoquée par le Bureau DELVAUX mais qu'aucune des quatre références produites ne sont relatives à des services prestés par OZE.

Elle conclut que la requérante ne démontre pas qu'elle dispose de la capacité requise dans l'avis de marché pour exécuter les missions en stabilité, techniques spéciales et PEB.

Quant au mémoire argumenté, la partie adverse rappelle qu'elle a exigé une série de documents indiqués dans l'avis de marché, parmi lesquels "un mémoire argumenté de maximum 2 pages A4 par lequel il démontre son savoir-faire, son efficacité, son expérience et sa fiabilité à mener à bien le projet en fonction de l'objet du marché et du contexte précis dans lequel il se développera" et que, dans le rapport d'examen des candidatures, elle a considéré, que, dans la motivation de son mémoire, la requérante ne développait nullement le contexte particulier comme exigé dans l'avis de marché mais qu'elle se bornait à un exposé des faits tout-à-fait généraliste.

Elle conteste qu'en retenant ce motif d'éviction, elle ait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Elle rappelle le point II.1.5 de l'avis de marché et soutient que, sur cette base, la requérante disposait d'indications suffisantes pour décrire un minimum le projet dans son contexte particulier, qu'il ressort de son mémoire qu'elle avait bien connaissance de l'adresse du futur projet en ce qu'elle écrit : "Nous pensons que notre parcours, nos expériences, notre savoir-faire, nos compétences et nos collaborations convergent à présenter une candidature riche et adaptée au projet scolaire en devenir Rue Georges de Lombaerde […]", mais qu'aucun élément permettant, un tant soit peu,

de démontrer une recherche spécifique au projet ne figure dans le mémoire, même pas une seule phrase relative au futur projet de l'école fondamentale.

Elle conclut que la prétendue erreur manifeste d'appréciation n'est, dès lors, aucunement démontrée de telle sorte que le moyen, en sa seconde branche, n'est pas fondé.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

A l'analyse, les deux branches du moyen unique soulevé par la requérante apparaissent étroitement liées.

La requérante prend la précaution de préciser qu'elle ne développe la seconde qu'à titre subsidiaire.

Par la première branche du moyen unique, la requérante critique la méthodologie d'évaluation des candidatures suivie par la partie adverse.

Ainsi qu'elle le soutient, le rapport d'examen des candidatures fait ressortir que celles-ci ont été examinées en trois étapes.

Au cours de la première étape, la partie adverse a dressé une liste de candidats exclus ou de ceux dont les candidatures contenaient "des manquements substantiels", suivie d'une liste "des candidatures ne contenant pas des manquements qualifiés de substantiels".

L'avis de marché ne comporte aucune définition du manquement substantiel.

Cet avis fait néanmoins apparaître que la réduction des candidatures sera opérée sur la base de l'analyse des documents présentés par les candidats illustrant leur capacité technique et leur savoir-faire, leur efficacité, leur expérience et leur fiabilité.

Il est prévu que ces aspects seront évalués "au moyen du mémoire argumenté et de la liste des principaux services exécutés".

La partie adverse paraît bien disposer d'un pouvoir d'appréciation à cet égard.

Dans ces conditions, prima facie, on ne peut lui reprocher d'avoir, en une première étape, éliminé d'abord celles des candidatures qui présentaient une lacune sur un point qui lui paraissait fondamental, puis d'avoir, en une deuxième étape, examiné les mémoires présentés par les candidats non éliminés et d'avoir enfin, en une troisième étape, analysé les projets proposés comme référence par les candidats retenus au terme de la deuxième étape, pour ne retenir finalement que deux candidatures, celles de l'association momentanée AgwA S.C.R.L.-LABEL ARCHITECTURE et celle de la société LICENCE TO BUILD.

Sur le plan théorique, la méthode suivie par la partie adverse ne paraît pas reprochable.

Il n'en est pas de même des applications qui en ont été faites par elle.

Il apparaît en effet, à la lecture du rapport d'examen des candidatures, qu'au cours de la première étape, la partie adverse a indûment reproché à la requérante "des manquements substantiels" étant de n'avoir joint au dossier "aucun engagement des sous-traitants […] alors qu'ils sont nécessaires pour que les compétences exigées soient présentes dans l'équipe".

On ne voit pas que l'avis de marché impose, dans les circonstances de l'espèce, que le soumissionnaire joigne à sa candidature l'engagement des éventuels sous-traitants.

Au surplus, sans craindre de se contredire, la partie adverse ne paraît pas avoir tiré du "manquement substantiel" qu'elle alléguait la conséquence attendue, qui était de ne pas sélectionner la requérante, puisque, comme le fait apparaître encore le rapport d'examen des candidatures, au cours de la deuxième étape, le mémoire de la requérante a été examiné par la partie adverse et qu'elle a conclu que "la motivation ne fait référence au projet présent que dans une phrase introductive et ne développe nullement le contexte particulier comme exigé dans l'avis de marché. C'est un exposé de faits tout-à-fait généraliste qui peut être joint à n'importe quel dossier : motivation non pertinente".

Prima facie, le reproche ainsi adressé à la requérante ne paraît pas fondé sur un motif pertinent.

On ne paraît pas pouvoir suivre la partie adverse en ce qu'elle soutient, dans sa note d'observations que "le mémoire produit par la requérante ne répond absolument pas à l'exigence de l'avis de marché […], ce mémoire ne constituant qu'un simple exposé général sans aucune contextualisation du projet. Le document n° 4 tel

qu'exigé par l'avis de marché fait donc clairement défaut, de telle sorte que la candidature de la requérante devait bien être écartée".

En l'espèce, le mémoire existe bien et, prima facie, le reproche de généralité excessive que lui adresse la partie adverse ne paraît pas suffisamment établi.

La requérante y expose notamment, en deux pages A4, comme il l'est demandé dans l'avis de marché, qu'elle s'est, depuis quinze ans, spécialisée dans la construction et la rénovation de bâtiments, en particulier basse énergie et passifs, destinés aux enfants, qu'elle a travaillé sur "plusieurs sites dans un contexte urbain, où beaucoup d'importance est accordée à l'intégration urbaine et à l'environnement", dont elle cite des exemples, que pour tous les projets, elle travaille en équipe multidisciplinaire, qu'elle a réalisé la première école passive en Région de Bruxelles-Capitale et que les projets qu'elle a développés en Région bruxelloise ont été cinq fois retenus au titre de lauréats comme "Bâtiments exemplaires".

Il appartient, certes, à la partie adverse d'apprécier si, tel que rédigé, ce mémoire est suffisamment argumenté.

Prima facie, les critiques que lui adresse la partie adverse ne paraissent trouver aucun fondement dans l’avis de marché.

Le mémoire de la requérante paraît bien établir, de manière acceptable, "son savoir-faire, son efficacité, son expérience et sa fiabilité à mener à bien le projet en fonction de l'objet du marché et du contexte précis dans lequel il se développera", comme prévu au point III.2.3 de l'avis de marché.

Il n'apparaît pas que la partie adverse soit fondée à déclarer, ainsi qu'elle le fait dans sa note d'observations, que "le document n° 4 tel qu'exigé par l'avis de marché fait donc clairement défaut, de telle sorte que la candidature de la requérante devait bien être écartée".

Il en résulte que le moyen apparaît sérieux en sa première branche.

Par la seconde branche du moyen unique, présentée à titre subsidiaire, la requérante entend établir que les motifs de sa non-sélection ne sont pas fondés.

Ainsi qu'elle le soutient, le rapport d'examen des candidatures fait apparaître deux motifs qui ont déterminé sa non-sélection, soit, d'une part, l'absence

dans son dossier de candidature de l'engagement des sous-traitants et, d'autre part, la motivation non pertinente du mémoire argumenté.

L'examen de la première branche du moyen a conduit à conclure, prima facie, que ces reproches adressés à la requérante sont mal fondés.

L'analyse de la seconde branche du moyen n'infirme en rien cette conclusion.

C'est en vain que la partie adverse fait valoir que le moyen est irrecevable en cette seconde branche en ce que, à la supposer fondée, elle laisserait subsister le premier motif de la décision attaquée qui tient dans l'absence de mémoire argumenté.

Il est apparu déjà, prima facie, que la requérante a déposé un mémoire argumenté.

C'est à juste titre qu'elle soutient, à l'appui de la seconde branche de son moyen, qu'à la lecture des motifs pour lesquels les mémoires retenus ont donné satisfaction à la partie adverse, il semblerait que celle-ci attendait que fût développé un projet architectural tenant compte de la situation géographique, du contexte particulier de la future école, du quartier où elle serait implantée et de la problématique de la mobilité, alors que l'avis de marché ne donne aucune indication au sujet de l'emplacement géographique du projet ou sur les implications particulières qu'il conviendrait de prendre en compte.

C'est en vain, prima facie, que la partie adverse soutient que les mentions du point II.1.5 de l'avis de marché permettaient à la requérante "de décrire un minimum le projet dans son contexte particulier".

Le reproche adressé au mémoire de la requérante pour justifier sa non-sélection paraît donc ne pouvoir être retenu.

Pour ce qui concerne le défaut de preuve de l'engagement des sous-traitants, c'est encore en vain, prima facie, que la partie adverse soutient que la requérante ne dispose pas à elle seule de l'ensemble des compétences exigées et que le document 3 de son dossier de candidature fait ressortir qu'elle fait appel à deux sous-traitants, le bureau d'études en stabilité DELVAUX et le bureau d'études en PEB et techniques spéciales OZE.

L'analyse de la première branche du moyen a fait apparaître que l'avis de marché ne comportait aucune exigence applicable à l'espèce relativement à l'engagement des éventuels sous-traitants.

C'est en vain que la partie adverse affirme que la requérante a fourni quatre références relatives à des services d'architecture qu'elle a elle-même prestés et qui ne valent ni pour le bureau d'études en stabilité ni pour le bureau d'études en techniques spéciales et PEB mentionné dans sa candidature.

On ne voit pas que, par l'avis de marché, la partie adverse lui demande de plus amples références, dès lors qu'elles ne concernent que les capacités de la requérante.

Selon le point III.2.3 de l'avis de marché, ce n'est en effet que si le candidat entend faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existants entre lui-même et ces entités qu'il doit "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 disposition du prestataire de services".

Il en résulte que le moyen apparaît sérieux en sa seconde branche.

## VI. BALANCE DES INTERETS

La requérante affirme, sans être contredite sur ce point par la partie adverse, que la décision attaquée concerne la sélection qualitative et qu'aucun élément n'est de nature à rendre nécessaire l'exécution immédiate du contrat de marché public.

Les circonstances de l'espèce ne font pas apparaître que les conséquences négatives de la suspension de l'exécution de la décision attaquée l'emporteraient sur leurs avantages.

## VII. CONFIDENTIALITE

En application de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993, les offres de la requérante et celles des sociétés AgwA – LABEL ARCHITECTURE et LICENCE TO BUID demeureront confidentielles.

**PAR CES MOTIFS,**
**D E C I D E :**

**Article 1er.**

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 3 septembre 2013 par le collège des bourgmestre et échevins de la commune d'Evere de ne pas retenir la candidature de la société anonyme TRAIT NORRENBERG et SMETS ARCHITECTES pour un marché de mission d'auteur de projet pour la construction d'une école fondamentale.

**Article 2.**

Les offres des sociétés TRAIT NORRENBERG ET SMETS ARCHITECTES, AgwA – LABEL ARCHITECTURE et LICENCE TO BUID demeureront confidentielles.

**Article 3.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

**Article 4.**

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le trente décembre deux mille treize par :

MM. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Charles-Henri VAN HOVE, Greffier assumé.

Le Greffier assumé, Le Président f.f.,

Charles-Henri VAN HOVE. Paul LEWALLE.