

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.676 du 22 décembre 2014

G./A.214.357/VI-20.322

En cause : **la société anonyme SOA PEOPLE,**

ayant élu domicile chez
Me Benoît CAMBIER, avocat,
avenue Winston Churchill, n° 253/40,
1180 Bruxelles,

contre :

**l'Office wallon de la formation professionnelle
et de l'emploi, en abrégé FOREM,**

ayant élu domicile chez
Me François MOISES, avocat,
Place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme VELIXIS,

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBART et
Mathieu THOMAS, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

**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 28 novembre 2014, la société anonyme SOA PEOPLE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution des décisions du FOREM du 14 novembre 2014 de :

- " - attribuer le lot 3 du marché de fournitures concernant «la maintenance, l'acquisition et le support de logiciels informatiques» (DMP1400554) à la société VELIXIS;
- implicitement, ne pas lui attribuer le lot 3 dudit marché de fournitures".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 1^{er} décembre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 16 décembre 2014 à 10 heures 30.

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

La société anonyme VELIXIS a, par une requête introduite le 12 décembre 2014, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

Mes Benoit CAMBIER, Thomas CAMBIER et Rémy QUINTIN, avocats, comparaissant pour la partie requérante, Mes François MOISES et Diane SPROCKEELS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, et Mes Bruno LOMBAERT et Mathieu THOMAS, avocats, comparaissant pour la partie intervenante, 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

Tels que les relate la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit:

- " 1. Le FOREM, dans le cadre de sa mission d'aide à l'emploi et à la formation professionnelle, lance un marché de fournitures portant sur la maintenance, l'acquisition et le support de logiciels informatiques, le 22 juillet 2014. Ledit marché a pour objet le renouvellement de la maintenance de logiciels existants au sein de l'Office (incluant notamment la livraison de patches correctifs et des updates) ainsi que la possibilité d'en faire évoluer le parc logiciel en fonction

des besoins, au travers de l'acquisition de licences supplémentaires, et au recours à des prestations de services de consultance technique liées à ces logiciels.

Le marché est lancé par appel d'offres ouvert, sous la forme d'un accord-cadre.

Il est divisé en 7 lots :

- LOT 1 : ADOBE
- LOT 2 : BMC
- LOT 3 : SAP BUSINESSOBJECT
- LOT 4 : MINDJET
- LOT 5 : SAP SYBASE
- LOT 6 : VMWARE
- LOT 7 : WEBTRENDS

Chacun de ces lots est divisé en 3 postes :

- Poste 1 : Maintenance de l'existant;
- Poste 2 : Acquisition de licences supplémentaires (sous-poste 1) et maintenance (sous-poste 2);
- Poste 3 : Services relatifs à l'installation, la configuration et au support.

2. L'avis de marché est publié le 22 juillet 2014 au Bulletin des Adjudications et le 26 juillet 2014 au Journal officiel de l'Union européenne.

La date limite de dépôt des offres est fixée au 2 septembre 2014.

3. Un avis rectificatif est publié au Bulletin des Adjudications le 21 août 2014 et au Journal officiel de l'Union européenne le 23 août 2014.

Cet avis, publié après interpellation du pouvoir adjudicateur par la partie requérante, apporte une modification aux spécifications techniques du lot 3 (postes 1 et 2). Le cahier spécial des charges se référerait, en effet, erronément aux codes produits des anciennes listes SAP. Le pouvoir adjudicateur les a remplacés, par le biais de cet avis rectificatif, par les licences actuelles.

En raison de cette modification, la date limite de dépôt des offres a également été reportée au 17 septembre 2014 à 14h.

4. L'article 5.2 du cahier spécial des charges a trait à la sélection qualitative.

Plus particulièrement, s'agissant de la capacité économique et financière des soumissionnaires, le cahier spécial des charges prévoit que :

«5.2 Sélection qualitative

5.2.1 Sélection qualitative à caractère financier et économique

En vue d'établir sa capacité financière et économique, tout soumissionnaire fournit :

Pour chaque lot soumissionné, le soumissionnaire devra fournir une déclaration (voir tableau modèle au sein du formulaire d'offre) concernant le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet de chacun des lots soumissionnés, sur les 3 derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début des activités du soumissionnaire, dans la mesure où ces chiffres d'affaires sont disponibles.

Au regard de chaque lot soumissionné, un des chiffres d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet dudit lot soumissionné sur les exercices disponibles doit être supérieur ou égal à un montant de ;

LOT 1 : ADOBE: 1.000.000 € HTVA

LOT 2 : BMC : 5.000.000 € HTVA

LOT 3 : SAP BUSINESSOBJECTS : 5.000.000 € HTVA

LOT 4 : MINDJET : 1.000.000 € HTVA

LOT 5 : SYBASE : 5.000.000 € HTVA

LOT 6 : VMWARE: 5.000.000 € HTVA

LOT 7 : WEBTRENDS: 1.000.000 € HTVA

5.2.2 Sélection qualitative à caractère technique et/ou professionnel

En vue d'établir sa capacité technique et/ou professionnelle, tout soumissionnaire fournit :

Pour chaque lot soumissionné, le soumissionnaire devra fournir une déclaration (voir tableau modèle au sein du formulaire d'offre) reprenant la liste des principales fournitures similaires à l'objet du lot (du même éditeur) et qu'il a effectué au cours

des trois dernières années, contenant au minimum trois (3) références portant uniquement sur la fourniture de licences de l'éditeur du lot concerné et d'un montant minimum de 10.000 euros HTVA au TOTAL.

Le soumissionnaire veillera à présenter ses références les plus importantes et les plus pertinentes au regard de l'objet du lot auquel il soumissionne.

Pour chacune de ces références, le soumissionnaire mentionnera les éléments suivants :

- Le lot concerné;
- un descriptif des livraisons;
- les dates de début du contrat/marché en question;
- la durée du contrat/marché en question;
- le montant HTVA;
- les coordonnées complètes (nom de contact, adresse, numéro de téléphone, e-mail) de leurs destinataires publics ou privés.

Les livraisons sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou, lorsque le destinataire a été un acheteur privé par une attestation de l'acheteur ou à défaut simplement par une déclaration du fournisseur.

5.2.3 Recours à d'autres entités dans le cadre de la sélection qualitative

Le soumissionnaire peut, le cas échéant, 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 sa disposition.

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».

5. Le cahier spécial des charges prévoit que les offres régulières seront comparées au regard de 5 critères d'attribution, identiques pour les 7 lots :

1. Le coût de la prolongation de la maintenance de l'existant (50 points)
2. Le coût d'acquisition de licences supplémentaires et de leur maintenance (30 points)
3. Le coût des services relatifs à l'installation, la configuration et le support des logiciels (15 points)
4. Le délai maximum de mise à disposition des profils (3 points)
5. Les services offerts (2 points)

6. Au jour de la date limite de réception des offres, trois offres sont déposées pour le lot 3 :

Soumissionnaires	Forme sociale	Adresse	Lots soumissionnés							N° d'entreprise
			1	2	3	4	5	6	7	
SAP Belgium	SA	Avenue des Olympiades, 2 1140 Bruxelles			X		X			BE0441.797.980
SOA people	SA	Boulevard de France, 7 1420 Braine-l'Alleud			X					BE0887.373.024
VELIXIS Micropole Belgique (nom commercial)	SA	Excelsiorlaan, 28/30 1930 Zaventem			X					BE0894.388.005

7. L'offre de la SA SAP Belgium ne répondant pas aux critères de sélection qualitative, seules les offres de la SA SOA PEOPLE et de la SA VELIXIS sont comparées au regard des critères d'attribution.

8. La SA VELIXIS a été interrogée, dans le cadre de la sélection qualitative, quant à ses capacités financière et économique dès lors qu'elle faisait valoir les

capacités d'une autre entité (le «groupe MICROPOLE» – groupe dont fait partie la SA VELIXIS) sans fournir l'engagement de ladite société de mettre ses moyens à disposition de la SA VELIXIS dans le cadre du présent marché, comme pourtant exigé par l'article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

L'engagement de la SA MICROPOLE (société mère du groupe français MICROPOLE) a été produit par la SA VELIXIS dans le délai de 12 jours qui lui était accordé par le FOREM à cet effet. La déclaration d'engagement est datée du 25 septembre 2014 et signée par le PDG et co-fondateur du groupe MICROPOLE, Monsieur Christian POYAU.

9. Le 22 octobre 2014, le FOREM décide d'attribuer le marché à la SA SOA PEOPLE. Il notifie cette décision aux différents soumissionnaires par courrier du même jour.

10. Par décision du 30 octobre 2014, le FOREM procède à un retrait de la décision du 22 octobre 2014, après avoir constaté son irrégularité.

La décision de retrait est notamment justifiée comme suit :

«Vu que les motivations concernant l'attribution des points relatives au critère d'attribution "services offerts" du lot 3 reposent sur une analyse incorrecte des offres des soumissionnaires VELIXIS et SOA PEOPLE;».

11. Une nouvelle décision d'attribution est prise par le FOREM le 14 novembre 2014, attribuant le marché à la SA VELIXIS, après rectification des points attribués pour le critère d'attribution n° 5 «les services offerts (2 points)». [...]

12. La décision de 14 novembre 2014 a été notifiée aux soumissionnaires par courrier du même jour.

13. La présente procédure a été initiée à l'encontre de cette décision d'attribution par une requête datée du 1^{er} décembre 2014".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

La société anonyme VELIXIS a, par une requête introduite le 12 décembre 2014, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Cette société étant l'attributaire du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. RECEVABILITE DE LA DEMANDE QUANT A L'OBJET

V. 1. Thèse de l'intervenante

L'intervenante oppose une exception d'irrecevabilité à la demande pour ce qui concerne le second objet de celle-ci, étant la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la requérante. Elle formule cette exception dans les termes suivants :

" 3. La requérante sollicite la suspension de l'exécution de la décision implicite de ne pas lui attribuer le lot 3 du marché dont question.

4. Or, il est de jurisprudence constante qu'un soumissionnaire évincé n'a pas intérêt à obtenir la suspension ou l'annulation de la décision refusant de lui attribuer le marché.

Par un arrêt n° 200.246 du 29 janvier 2010, le Conseil d'Etat a ainsi estimé qu'«en procédure négociée sans publicité, sur la base de l'article 17, § 1^{er}, ou de l'article 39, § 2, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il revient au pouvoir adjudicateur de déterminer l'offre de son choix et le Conseil d'Etat ne peut, à peine de substituer son appréciation à celle de la partie adverse et de lui imposer son propre choix, annuler la décision implicite refusant d'attribuer le marché au soumissionnaire requérant».

Partant, la requête n'est pas recevable quant à ce chef de demande".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle est dirigée contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, la demande est irrecevable.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen, pris "de la violation de la Constitution, notamment ses articles 10 et 11; la loi du 15 juin 2006 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services»,

notamment son article 5; l'arrêté royal du 15 juillet 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques», notamment ses articles 51, 59, 67, 74, 90; le Cahier spécial des charges, notamment ses points 5.2.1 et 5.2.3; les principes généraux du droit, notamment de celui qui veut que tout acte administratif repose sur des causes et motifs légalement admissibles, du principe d'égalité, du principe *patere legem quam ipse fecisti*; de l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation de la partie adverse; de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs".

Elle le formule comme suit:

" EN CE QUE la partie adverse a sélectionné la société VELIXIS et lui a attribué le marché;

ALORS QUE la société VELIXIS n'a pas apporté les références exigées pour démontrer sa capacité économique, mais s'est contentée d'invoquer la capacité d'une autre société qui ne s'est pas formellement engagée à mettre ses capacités à disposition du soumissionnaire ou, à tout le moins, ne s'y est engagée qu'après la date limite pour le dépôt des offres.

§ 2 – Développements

1. Le point 5.2.1 du Cahier spécial des charges prévoit que pour démontrer leur capacité économique, les soumissionnaires doivent apporter les références suivantes :

«Sélection qualitative à caractère financier et économique.

En vue d'établir sa capacité financière et économique, tout soumissionnaire fournit :

Pour chaque lot soumissionné, le soumissionnaire devra fournir une déclaration (voir tableau modèle au sein du formulaire d'offre du cahier des charges) concernant le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet de chacun des lots soumissionnés, sur les 3 derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début des activités du soumissionnaire, dans la mesure où ces chiffres d'affaires sont disponibles.

Au regard de chaque lot soumissionné, un des chiffres d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet dudit lot soumissionné sur les exercices disponibles doit être supérieur ou égal à un montant de :

LOT 1 : ADOBE : 1 000 000 EUR HT

LOT 2 : BMC : 5 000 000 EUR HT

LOT 3 : SAP Businessobjects : 5 000 000 EUR HT

LOT 4 : MINDJET : 1 000 000 EUR HT

LOT 5 : SYBASE : 5 000 000 EUR HT

LOT 6 : VMWARE : 5 000 000 EUR HT

LOT 7 : WEBTRENDS : 1 000 000 EUR HT».

2. Le point 5.2.3 du Cahier spécial des charges prévoit, quant à lui, que :

«Recours à d'autres entités dans le cadre de la sélection qualitative

Le soumissionnaire peut, le cas échéant, 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 sa disposition.

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 point 5.2.3 précité constitue une application de l'article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui dispose que :

«Un candidat ou un soumissionnaire peut, 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 prouve, dans ce cas, 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 candidat ou du soumissionnaire».

Cette disposition est essentiellement issue de la jurisprudence de la C.J.U.E. :

«Il est donc loisible à 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.

Toutefois, un tel recours à des références extérieures ne peut être admis sans conditions. Il appartient en effet au pouvoir adjudicateur, ainsi que le précise l'article 23 de la directive 92/50, de procéder à la vérification de l'aptitude des prestataires de services conformément aux critères énumérés. Cette vérification a notamment pour objet de donner au pouvoir adjudicateur l'assurance que le soumissionnaire aura effectivement l'usage des moyens de toute nature dont il se prévaut pendant la période couverte par le marché.

Ainsi, lorsque, pour démontrer ses capacités financières, économiques et techniques en vue d'être admise à participer à une procédure d'appel d'offres, une société fait état des capacités d'organismes ou d'entreprises auxquels elle est liée par des liens directs ou indirects, de quelque nature juridique qu'ils soient, il lui appartient d'établir qu'elle a 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 (voir, en ce sens, s'agissant des directives 71/304 et 71/305, arrêt *Ballast Nedam Groep I*, précité, point 17)» (C.J.U.E., C-176/98 du 2 décembre 1999, *Holst Italia*, considérants 27 à 29).

Dans cet arrêt *Holst Italia*, la C.J.U.E. conclut donc de la manière suivante :

«Il y a donc lieu de répondre à la question préjudicielle que la directive 92/50 doit être interprétée en ce sens qu'elle permet à un prestataire, pour établir qu'il satisfait aux conditions économiques, financières et techniques de participation à une procédure d'appel d'offres en vue de conclure un marché public de services, de faire état des capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens qu'il entretient avec elles, à condition qu'il soit en mesure de prouver qu'il a effectivement la disposition des moyens de ces entités nécessaires à l'exécution du marché. Il appartient au juge national d'apprécier si une telle justification est apportée dans l'espèce au principal» (considérant 31).

Un soumissionnaire ne peut donc invoquer les références d'un tiers qu'à la condition qu'il démontre son engagement. De cette manière, lorsqu'un soumissionnaire invoque les références d'un tiers pour justifier sa sélection qualitative, sans apporter l'engagement de ce tiers, il convient d'écarter les références de ce tiers et de les tenir pour inexistantes.

Tout élément de nature à justifier a posteriori l'engagement de ce tiers supposerait que le soumissionnaire invoque une nouvelle référence dont il ne disposait pas lors du dépôt de son offre.

Article 1. La société VELIXIS ne répondait pas aux exigences de capacité économique

1. Il est admis qu'«en principe, tous les documents exigés par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché en application des articles 61 à 79 doivent être joints à la demande participation» ou à l'offre en cas de procédure ouverte (B.

Lombaert et csrts, La passation des marchés publics dans les secteurs classiques, Kluwer, 2014, p. 298).

2. Il ressort de l'acte attaqué que l'attributaire du marché, lors de l'ouverture des offres, ne répondait pas aux exigences de capacité économique requises en vue de la sélection qualitative.

En effet, il y est mentionné que :

«Les renseignements communiqués par le soumissionnaire dans son offre appellent les remarques suivantes :

Le cahier des charges demande, à ce qu'au minimum un des chiffres d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du lot soumissionné soit supérieur ou égal à un montant de 5.000.000 euros HTVA.

L'offre de Velixis présente les chiffres d'affaires demandés pour le lot soumissionné; à savoir le lot 3, mais ces derniers n'atteignent pas le montant de 5.000.000 euros HTVA. A cet égard, il est précisé dans l'offre que la société fait partie du groupe Micropole dont les chiffres d'affaires sont également mentionnés dans l'offre, et ce dans le cadre de la sélection qualitative à caractère financier et économique. Ces chiffres d'affaires dépassant eux, le montant minimum requis.

Il est à préciser qu'en vertu du point 5.2.3. du Cahier des charges, le recours à d'autres entités dans le cadre de la sélection qualitative est prévu. Néanmoins, le soumissionnaire doit dans ce cas fournir la preuve que cette entité, pour l'exécution du marché, disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à sa disposition. L'office constate que cet engagement n'est pas présent dans l'offre».

La société VELIXIS ne répondait donc pas aux exigences de sélection qualitative. En effet, elle ne disposait pas, au moment du dépôt des offres, des références économiques imposées par le cahier spécial des charges.

Dans son offre, elle se contente d'invoquer la capacité financière d'une société tierce, sans fournir l'engagement de cette société, ni même sans soutenir qu'elle disposerait d'un tel engagement.

3. Conformément à l'article 74 susmentionné de l'AR du 15 juillet 2011, en l'absence d'engagement de cette société tierce dont la capacité financière est invoquée, il convient de constater que lors du dépôt de son offre, la société VELIXIS ne disposait pas des références économiques nécessaires pour être sélectionnée.

Les références de cette société tierce devaient donc être écartées et tenues, en l'absence d'engagement, pour inexistantes au moment du dépôt des offres.

Le soumissionnaire n'apportant pas les références exigées en termes de capacité économique, son offre aurait dû être écartée.

Article 2. Communication d'une référence nouvelle, postérieurement au dépôt des offres

1. L'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit une exception à l'écartement des candidats et soumissionnaires qui remettent un dossier de candidature incomplet :

«Le pouvoir adjudicateur peut :

1° inviter les candidats ou les soumissionnaires à compléter ou à expliciter les renseignements et documents visés aux articles 61 à 79. Il peut également, s'il l'estime nécessaire, leur demander une traduction des documents sauf s'il s'agit d'un document officiel émanant d'une autorité publique et rédigé dans une des langues officielles belges».

Comme le rappelle Madame l'auditeur E. Willemart, cette faculté offerte au pouvoir adjudicateur d'inviter les soumissionnaires à compléter les documents relatifs à la sélection qualitative comporte certaines limites (E. Willemart, «Dans quelle mesure le pouvoir adjudicateur peut-il inviter les soumissionnaires à compléter les documents relatifs à la sélection qualitative ?», Version écrite de l'avis oral de Madame l'auditeur E. Willemart, APT, 2012/3, p. 669).

A cet égard, il est admis que «l'invitation à compléter les documents relatifs à la sélection qualitative ne doit permettre ni d'assouplir les critères de sélection qualitative, ni de déposer des références acquises ou de se prévaloir d'une expérience acquise postérieurement à la date du dépôt de l'offre (peu importe toutefois, à mon sens, la date de l'attestation)» (E. Willemart, op. cit., p. 670).

Cette disposition ne permet donc pas de «régulariser l'offre» (C.E., n° 200.316 du 1^{er} février 2010), «ni de tenir compte d'éléments postérieurs au dépôt de l'offre» (B. Gors et L. Vansnick, «La sélection : une étape intégrée en pleine mutation», Le droit des marchés publics à l'aune de la réforme du 1^{er} juillet 2013, CJB, Larcier, 2014, pp. 256 -257).

Cette limite est dictée par le respect du principe d'égalité des soumissionnaires tel que le garantissent notamment le principe d'intangibilité des offres et l'article 90 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, qui imposent que les offres soient déposées avant l'ouverture des offres.

De cette manière, cette limite permet notamment d'éviter que des soumissionnaires disposent d'un délai plus long que leurs concurrents pour constituer leur dossier de candidature, et faire valoir de nouvelles références ou établir de nouveaux documents de nature à justifier ces références.

La jurisprudence de Votre Conseil confirme cette limite à la faculté d'inviter un soumissionnaire à compléter ou à expliciter les renseignements relatifs à la sélection qualitative (C.E., n° 167.373 du 1^{er} février 2007; C.E., n° 216.998 du 21 décembre 2011; C.E., n° 192.188 du 2 avril 2009).

2. En l'espèce, comme susmentionné, au moment du dépôt de son offre, la société VELIXIS ne répondait pas aux exigences de sélection qualitative, car elle n'apportait pas les références nécessaires pour démontrer sa capacité économique et financière.

Ce n'est qu'après l'ouverture des offres que le pouvoir adjudicateur lui a octroyé un délai de 12 jours pour apporter la preuve de l'engagement de la société tierce.

La décision attaquée relate de la manière suivante l'application qui a été faite de l'article 59 susmentionné de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 :

«Malgré que les soumissionnaires VELIXIS et SAP BELGIUM n'ont pas passé la sélection qualitative, le pouvoir adjudicateur estime que les documents émis permettent de porter une première appréciation positive desdits soumissionnaires. Dès lors, et en vue de renforcer la concurrence, mais sans fixer des exigences supplémentaires par rapport à celles initialement prévues, le pouvoir adjudicateur a demandé auxdits soumissionnaires les documents et preuves non remis et les a invités à compléter ou expliciter ceux déjà en sa possession, et ce par courrier du 24 septembre 2014 en leur laissant 12 jours à compter du lendemain de la date de la demande pour faire parvenir leur réponse au pouvoir adjudicateur [...]

Le pouvoir adjudicateur a reçu de VELIXIS une déclaration d'engagement de mise à disposition des moyens financiers de la firme MICROPOLE pour l'exécution du marché public DMP1400554. VELIXIS faisant partie du groupe MICROPOLE».

Cet engagement a donc été produit plusieurs jours après l'ouverture et la date limite pour le dépôt des offres (soit le 17 septembre 2014), de telle sorte qu'il constitue un

élément nouveau qui ne peut pas être pris en considération par le pouvoir adjudicateur.

En effet, en acceptant cet élément nouveau, la partie adverse a admis que ce soumissionnaire fasse valoir, à l'appui de ce nouvel engagement, une nouvelle référence en matière de capacité économique, dont il ne disposait pas au moment du dépôt de son offre.

La décision de sélectionner ce soumissionnaire et de lui attribuer le marché est donc irrégulière dès lors que la référence nouvelle fondée sur l'engagement de la société mère devait être écartée, conformément à l'article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et à l'article 5.2.3. du Cahier spécial des charges.

Article 3. Absence de justifications

De surcroît, le Rapport au Roi précise, concernant l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, que :

«Il arrive par ailleurs que des candidats ou soumissionnaires ne remettent pas certains, voire aucun, des renseignements ou documents requis par le pouvoir adjudicateur afin d'apprécier leur capacité. En l'absence de tout renseignement ou document ou en l'absence de certains d'entre eux, le pouvoir adjudicateur peut conclure à la non-sélection des candidats ou soumissionnaires. Il est cependant plus fréquent que seul tel ou tel renseignement ou document ne soit pas remis ou soit ambigu ou incomplet. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre attitude en tenant compte des principes fondamentaux de concurrence, de bonne gestion et d'égalité. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur :

- devra, pour ce qui concerne la capacité financière et économique, vérifier si le candidat ou le soumissionnaire a justifié qu'il n'était pas en mesure de présenter les références demandées pour prouver sa capacité et s'il demande de pouvoir prouver celle-ci par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur».

En l'espèce, l'attributaire du marché n'a pas justifié pourquoi il n'était pas en mesure de présenter les références demandées dans les délais impartis.

Et pour cause, il n'en disposait tout simplement pas lors du dépôt de son offre, ce qui imposait, comme susmentionné, l'écartement de son offre.

Article 4. A titre subsidiaire - Validité et contenu de l'engagement de la société tierce

A supposer que le recours à l'engagement d'une société tierce et l'apport de la preuve de cet engagement puissent avoir lieu postérieurement à la date limite du dépôt des offres – quod non -, encore faudrait-il s'être assuré de la validité de l'engagement de cette société et avoir vérifié si l'engagement a été adopté par les personnes valablement compétentes pour ce faire.

La partie requérante ne disposant pas de la lettre d'engagement de la société tierce concernée, elle invite Votre Conseil à procéder aux vérifications en ce sens.

1. A cet égard, la société tierce devrait s'engager à mettre à disposition de la société VELIXIS un chiffre d'affaires de 5.000.000 d'euros. C'est ce montant qui doit être pris en compte pour vérifier les pouvoirs de représentation des signataires de cette lettre d'engagement.

Faisant partie intégrante de l'offre de VELIXIS, cet engagement doit, au même titre que l'offre d'un soumissionnaire, être valablement signé et décidé par l'organe compétent pour ce faire afin que le pouvoir adjudicateur puisse s'assurer que la société tierce est valablement engagée.

S'il n'était pas valablement adopté et signé, l'engagement devrait être écarté, de sorte que la décision de sélectionner la société VELIXIS serait, à cet égard également, irrégulière.

2. Par ailleurs, le contenu de l'engagement reste également incertain. Il existe donc un doute quant à sa conformité avec l'article 74 susmentionné de l'arrêté royal.

En effet, il ressort de l'acte attaqué que la «Firme MICROPOLÉ» aurait fourni un engagement «de mise à disposition» de ses «moyens financiers pour l'exécution du marché public DMP1400554».

Les termes «Firme MICROPOLÉ» ne permettent pas d'identifier précisément la société dont il s'agit ni si cette «Firme MICROPOLÉ» répondrait véritablement aux exigences de capacité économique fixée dans le cahier spécial des charges".

B. Note d'observations

La partie adverse réfute le moyen dans les termes suivants :

- " 33. Les soumissionnaires du lot 3 devaient justifier, dans le cadre de la sélection qualitative, d'un chiffre d'affaire d'un montant de 5.000.000 EUR, pour le domaine d'activité faisant l'objet du lot soumissionné, conformément à l'article 5.2 du cahier spécial des charges.

Dans son offre, la SA VELIXIS faisait valoir la capacité économique et financière d'une autre entité, la SA MICROPOLÉ, groupe dont fait partie la SA VELIXIS, et dont le chiffre d'affaire était, au cours des trois dernières années, largement supérieur au montant exigé par le cahier spécial des charges.

L'offre de la SA VELIXIS était, à cet égard, libellée comme suit :

N ° du lot	Références exigées			
Lot 3	Chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du lot soumissionné, sur les 3 derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début des activités du soumissionnaire, dans la mesure où ces chiffres d'affaires sont disponibles → un des chiffres d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet dudit lot soumissionné sur les exercices disponibles doit être supérieur ou égal à un montant minimum de 5.000.000 € HTVA			
	Groupe Micropole;	2013	2012	2011
	Chiffre d'affaire dans l'activité Business Intelligence	62.000k	61.500k	58.000k
	Chiffre d'affaire dans l'activité Business Objects (Projet, développement, maintenance et vente)	56.200k	54.800k	49.560k
	Velixis/Micropole Belgium;			
	Chiffre d'affaire dans l'activité Business Intelligence;	4.300k	3.800k	3.600k
	Chiffre d'affaire dans l'activité Business Objects (Projet, développement, maintenance et vente)	4.050k	3.500k	3.400k

34. L'engagement de la SA MICROPOLÉ, de mettre ses capacités économiques et financières à disposition de la SA VELIXIS dans le cadre de l'exécution du marché concerné n'était cependant pas produit par la SA VELIXIS.

Cela ressort de la page 6 de la décision d'attribution du 14 novembre 2014, qui fait état de ce que :

«Il est à préciser qu'en vertu du point 5.2.3 du Cahier des charges, le recours à d'autres entités dans le cadre de la sélection qualitative est prévu. Néanmoins, le soumissionnaire doit dans ce cas fournir la preuve que cette entité, pour l'exécution du marché, disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à sa disposition. L'office constate que cet engagement n'est pas présent dans l'offre».

Le FOREM a, en conséquence et conformément à l'article 59, 1° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, interrogé la SA VELIXIS afin qu'elle complète les renseignements communiqués dans son offre et produise l'engagement de la SA MICROPOLE de mettre ses capacités à disposition de la SA VELIXIS, dans les 12 jours de la demande.

Ledit engagement a été adressé au FOREM dans le délai imparti et se présente comme suit :

«MICROPOLE

DECLARATION D'ENGAGEMENT DE MISE A DISPOSITION DES MOYENS FINANCIERS

Cette déclaration concerne le marché public : Marché de fournitures : maintenance, acquisition et support de logiciels informatiques, Cahier Spécial des Charges dont la Référence du dossier est DMP1400554/SOFTWARES#2

Par la présente, la firme Micropole, située au 91-95 RUE CARNOT A 92 300 LEVALLOIS-PERRET/France

s'engage à mettre à disposition de la firme Velixis, située au 28/30 Excelsiorlaan à 1930 ZAVENTEM/Belgique

ses moyens financiers pour l'exécution du marché public mentionné ci-dessus.

Cette mise à disposition concerne la part suivante du marché ;

- Sélection qualitative à caractère technique et/ou professionnel
- Sélection qualitative à caractère financier et économique
- Références

[...]».

35. Le FOREM s'est borné, ce faisant, à recourir à la possibilité que lui offre l'article 59, 1° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 d'interroger les soumissionnaires après dépôt de leur offre afin qu'ils complètent ou explicitent les documents visés aux articles 61 à 79.

36. Il est largement admis, en effet, que le pouvoir adjudicateur peut interroger les soumissionnaires qui se prévalent des capacités d'autres entités (article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011) sans joindre à leur offre l'engagement de ladite entité à mettre ses capacités à disposition du soumissionnaire dans le cadre de l'exécution du marché :

«Le pouvoir adjudicateur doit évidemment s'assurer que le candidat ou soumissionnaire apporte effectivement la preuve qu'il dispose des capacités qu'il revendique pour l'exécution du marché. Il peut ou doit éventuellement réinterroger le candidat ou soumissionnaire pour obtenir les éclaircissements ou précisions nécessaires si la possibilité de disposer des capacités d'autres entités n'apparaît pas de manière certaine des documents produits en annexe de l'offre.

A partir du moment où cette preuve est apportée par le candidat ou le soumissionnaire, le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur s'estompe et il est tenu de prendre en compte les références dans l'appréciation des capacités économiques, financières, techniques ou professionnelles requises pour le marché en question. Tel est l'enseignement de la Cour de justice [...] dans son arrêt du 18 décembre 1997».

Dès lors que la SA VELIXIS a produit l'engagement demandé, le FOREM se devait de la sélectionner et n'aurait pu faire usage de son pouvoir d'appréciation pour l'écarter.

37. Contrairement à ce que suggère la partie requérante, les limites strictes qui sont posées à cette opportunité laissée au pouvoir adjudicateur d'interroger ses soumissionnaires afin qu'ils complètent leur offre (article 59) n'ont, en aucune manière, été enfreintes.

Le pouvoir adjudicateur ne peut bien entendu faire usage de cette possibilité pour permettre au soumissionnaire de modifier son offre.

Ainsi, et afin d'éviter la violation du principe d'égalité entre les soumissionnaires et de l'intangibilité des offres, la possibilité qui est donnée au pouvoir adjudicateur d'interroger les soumissionnaires, après le dépôt de leur offre, dans le cadre de la sélection qualitative, est assortie de plusieurs limites.

Conformément à la doctrine citée par la partie requérante en termes de requête, ces trois limites sont les suivantes :

- le pouvoir adjudicateur peut lui-même limiter son appréciation en prescrivant certains documents à peine de nullité dans le cahier spécial des charges,
- l'invitation à compléter les documents relatifs à la sélection qualitative ne doit permettre ni d'assouplir les critères de sélection, ni de déposer des références acquises ou de se prévaloir d'une expérience acquise postérieurement à la date du dépôt des offres, ni encore de modifier indirectement le contenu de l'offre elle-même,
- le pouvoir adjudicateur doit, lorsqu'il interroge les soumissionnaires, respecter le principe d'égalité entre les soumissionnaires.

Dans le cas d'espèce, la SA VELIXIS, interrogée par le FOREM, s'est bornée à compléter les documents préalablement fournis dès lors que le nom de la SA MICROPOLE apparaissait déjà dans l'offre de la SA VELIXIS. Le simple fait que l'engagement de la SA MICROPOLE ait été produit postérieurement à la date limite de réception des offres n'a pas eu pour effet de modifier le contenu de l'offre. Il en aurait été autrement si le nom de la SA MICROPOLE n'avait pas été mentionné dans l'offre initiale de la SA VELIXIS.

L'interdiction de prendre en considération des éléments postérieurs à l'offre consiste en effet à s'assurer que le pouvoir adjudicateur ne prenne en compte que des documents ou précisions complémentaires qui se rapportent à la situation du soumissionnaire avant la date de remise des offres.

En l'espèce, l'engagement de la SA MICROPOLE existait déjà préalablement à la date limite de dépôt des offres (17 septembre 2014), et c'est la raison pour laquelle son nom apparaît dans l'offre initiale de la SA VELIXIS. Le fait que l'engagement écrit (25 septembre 2014) de cette entité n'ait été produit que postérieurement à la date limite de réception des offres n'a pas pour effet de modifier l'offre de la SA VELIXIS.

Votre Conseil a d'ailleurs expressément accepté la possibilité de demander les engagements de tiers manquants dans le cadre d'un arrêt n° 192.274 du 9 avril 2009:

«Uit de offerte van tussenkomende partij blijkt dat een lijst van 14 referenties wordt opgegeven. [...] Voorts merkt tussenkomende partij op dat zij zich eventueel kon beroepen op referenties van andere entiteiten binnen de holding. [...] kan worden aangenomen dat de aanbestedende overheid overeenkomstig artikel 72, § 4, van het voornoemde koninklijk besluit van 8 januari 1996 aan tussenkomende partij in beginsel kon vragen om de opgegeven referenties toe te lichten en om alsnog de ondersteunende verbintenissen voor te leggen [...]».

38. S'agissant de la partie subsidiaire du deuxième moyen de la partie requérante, à savoir la validité et le contenu de l'engagement de la SA MICROPOLE à mettre ses capacités financières et économiques à disposition de la SA VELIXIS dans le cadre de l'exécution du marché concerné, le FOREM produit en pièce 17 de son dossier les statuts de la SA MICROPOLE ainsi qu'un extrait Kbis (extrait d'immatriculation principale au registre du commerce et des sociétés émis par le Tribunal de Commerce de Nanterre) démontrant que Monsieur Christian POYAU, signataire de l'engagement, est valablement investi du pouvoir d'engager ladite société.

L'article 18.III des statuts indique en effet que le Directeur général «représente la société dans ses rapports avec les tiers», «est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la Société» et «engage la Société même par les actes qui ne relèvent pas de l'objet social».

L'extrait Kbis (à jour au 23 novembre 2014) révèle, quant à lui, que Monsieur Christian POYAU est président du Conseil d'administration et directeur général de la SA MICROPOLE.

Pour le surplus, l'engagement de la SA MICROPOLE est ferme et dépourvu de toute ambiguïté. La société est clairement identifiée, au moyen de l'adresse de son siège social et de son logo.

L'engagement est intitulé : «déclaration d'engagement de mise à disposition des moyens financiers». Il indique pour le surplus que la SA MICROPOLE «s'engage à mettre à disposition de la firme VELIXIS ses moyens financiers pour l'exécution du marché public mentionné ci-dessus» et que cette mise à disposition concerne notamment la «sélection qualitative à caractère économique et financier».

Cette déclaration engage valablement la SA MICROPOLE.

39. Le deuxième moyen n'est pas sérieux".

C. Requête en intervention

En réponse au moyen, l'intervenante fait valoir ce qui suit:

" Réfutation de la première branche

12. L'article 59, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit que le pouvoir adjudicateur peut inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ou à expliciter les renseignements et documents visés aux articles 61 à 79 relatifs au droit d'accès et à la sélection qualitative.

L'interprétation que la requérante fait de cette disposition et des autres dispositions et principes visés au moyen n'est pas partagée par la jurisprudence et la doctrine. Ainsi, comme Madame l'Auditeur Willemart l'indique dans la note de doctrine citée par la requérante, «une interprétation plus souple (permettre de compléter les documents relatifs à la sélection qualitative) est pourtant compatible avec la lettre de l'article 72, § 4, et – surtout – conforme au but de la sélection qualitative et à l'intérêt du pouvoir adjudicateur de disposer de suffisamment d'offres à analyser».

Cette interprétation est même contraire à l'intention du rédacteur de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui indique, dans le rapport au Roi, que le pouvoir adjudicateur «pourra, pour ce qui concerne les causes d'exclusion et les capacités financière, économique, technique et professionnelle, demander les renseignements ou documents non remis et inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ou expliciter ceux déjà en sa possession, en vue d'élargir la concurrence. Une telle

demande ou invitation aura nécessairement lieu à l'égard de tous les candidats ou soumissionnaires se trouvant dans une situation similaire et, en procédure ouverte, ne porte en aucun cas atteinte au caractère intangible des offres. En outre, des exigences supplémentaires par rapport à celles initialement prévues ne pourront pas être fixées».

13. Le cahier spécial des charges prévoyait, en son point 5.2.1, un critère de capacité économique et financière qui était libellé de la manière suivante :

«Pour chaque lot soumissionné, le soumissionnaire devra fournir une déclaration (voir tableau modèle au sein du formulaire d'offre) concernant le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet de chacun des lots soumissionnés, sur les 3 derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début des activités du soumissionnaire, dans la mesure où ces chiffres d'affaires sont disponibles.

Au regard de chaque lot soumissionné, un des chiffres d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet dudit lot soumissionné sur les exercices disponibles doit être supérieur ou égal à un montant de :

[...]

LOT 3 : SAP BUSINESSOBJECTS : 5.000.000 € HTVA

[...]».

Dans son offre [...], l'intervenante se référait expressément à son chiffre d'affaires des 3 derniers exercices mais également au chiffre d'affaires des 3 derniers exercices de sa société-mère de droit français, la société Micropole, qui détient l'ensemble de ses actions. L'offre indiquait ce qui suit :

«N° du lot	Références exigées			
Lot 3	Chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du lot soumissionné, sur les 3 derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début des activités du soumissionnaire, dans la mesure où ces chiffres d'affaires sont disponibles → un des chiffres d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet dudit lot soumissionné sur les exercices disponibles doit être supérieur ou égal à un montant minimum de 5.000.000 € HTVA			
	Groupe Micropole :	2013	2012	2011
	Chiffre d'affaire dans l'activité Business Intelligence	62.000k	61.500k	58.000k
	Chiffre d'affaire dans l'activité Business Objects (Projet, développement, maintenance et vente)	56.200k	54.800k	49.560k
	Velixis/Micropole Belgium :			
	Chiffre d'affaire dans l'activité Business Intelligence	4.300k	3.800k	3.600k
	Chiffre d'affaire dans l'activité Business Objects (Projet, développement, maintenance et vente)	4.050k	3.500k	3.400k»

Dans une partie de son offre intitulée «Description du groupe Micropole», l'intervenante expliquait également qu'elle fait partie du groupe Micropole (pp. 24 et suivantes).

Après avoir constaté, comme indiqué ci-après, que l'intervenante se référait dans son offre à la capacité économique et financière de sa société-mère, le Forem lui a demandé de lui fournir la preuve que celle-ci s'engageait bien à mettre ses moyens à disposition de l'intervenante :

«Les renseignements communiqués par le soumissionnaire dans son offre appellent les remarques suivantes : le cahier des charges demande, à ce qu'au minimum un des chiffres d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du lot soumissionné soit supérieur ou égal à un montant de 5.000.000 euros HTVA.

L'offre de Velixis présente les chiffres d'affaires demandés pour le lot soumissionné; à savoir le lot 3, mais ces derniers n'atteignent pas le montant de 5.000.000 euros HTVA. A cet égard, il est précisé dans l'offre que la société fait

partie du groupe Micropole dont les chiffres d'affaires sont également mentionnés dans l'offre, et ce dans le cadre de la sélection qualitative à caractère financier et économique. Ces chiffres d'affaires dépassant, eux, le montant minimum requis. Il est à préciser qu'en vertu du point 5.2.3 du Cahier des charges, le recours à d'autres entités dans le cadre de la sélection qualitative est prévu. Néanmoins, le soumissionnaire doit dans ce cas fournir la preuve que cette entité, pour l'exécution du marché, disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à sa disposition. L'office constate que cet engagement n'est pas présent dans l'offre» [...].

Endéans le délai fixé par le Forem, l'intervenante lui a communiqué le document demandé qui atteste que, comme indiqué dans l'offre, l'intervenante disposera des moyens de sa société-mère dans le cadre du marché [...].

Contrairement à ce que soutient la requérante, l'intervenante n'a dès lors aucunement fourni, après le dépôt des offres, une référence nouvelle qui ne se trouvait pas dans son offre afin de pouvoir attester du respect du critère de capacité économique et financière.

La production du document demandé par le Forem visait simplement à compléter, dans le respect des dispositions et principes visés au moyen, les éléments concernant la capacité économique et financière qui étaient déjà expressément repris dans l'offre.

Contrairement à ce que soutient la requérante, l'intervenante répondait donc dans son offre aux niveaux requis en termes de capacité économique et n'a pas non plus communiqué une référence nouvelle postérieurement au dépôt des offres.

14. L'intervenante ne comprend pas le raisonnement de la requérante selon laquelle elle devait justifier pourquoi elle n'était pas en mesure de présenter les références demandées.

La requérante cite un extrait tronqué du rapport au Roi. L'extrait complet concernant l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 indique ce qui suit :

«Il arrive par ailleurs que des candidats ou soumissionnaires ne remettent pas certains, voire aucun, des renseignements ou documents requis par le pouvoir adjudicateur afin d'apprécier leur capacité. En l'absence de tout renseignement ou document ou en l'absence de certains d'entre eux, le pouvoir adjudicateur peut conclure à la non-sélection des candidats ou soumissionnaires. Il est cependant plus fréquent que seul tel ou tel renseignement ou document ne soit pas remis ou soit ambigu ou incomplet. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur doit prendre attitude en tenant compte des principes fondamentaux de concurrence, de bonne gestion et d'égalité. Ce faisant, le pouvoir adjudicateur :

- devra, pour ce qui concerne la capacité financière et économique, vérifier si le candidat ou le soumissionnaire a justifié qu'il n'était pas en mesure de présenter les références demandées pour prouver sa capacité et s'il demande de pouvoir prouver celle-ci par tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur;
- pourra, pour ce qui concerne les causes d'exclusion et les capacités financière, économique, technique et professionnelle, demander les renseignements ou documents non remis et inviter les candidats ou soumissionnaires à compléter ou expliciter ceux déjà en sa possession, en vue d'élargir la concurrence. Une telle demande ou invitation aura nécessairement lieu à l'égard de tous les candidats ou soumissionnaires se trouvant dans une situation similaire et, en procédure ouverte, ne porte en aucun cas atteinte au caractère intangible des offres. En outre, des exigences supplémentaires par rapport à celles initialement prévues ne pourront pas être fixées».

Le cas de figure qui s'est présenté en l'espèce est celui visé dans le deuxième tiret de cet extrait dès lors que les renseignements concernant la capacité économique et

financière étaient présents dans l'offre. Les prétendues obligations reprises dans le premier tiret du rapport au Roi sont donc sans aucune pertinence en l'espèce.

15. En synthèse, le Forem s'est borné à interroger l'intervenante après le dépôt des offres afin de vérifier les éléments concernant la capacité économique et financière présentés dans l'offre.

16. Le moyen en sa première branche n'est partant pas sérieux.

Réfutation de la seconde branche

17. Le document attestant que la société anonyme de droit français Micropole, dont le siège social est situé rue Carnot 91-95 à 92300 Levallois-Perret (France), s'engage à mettre à disposition de l'intervenante ses moyens financiers pour l'exécution du marché dont question a été signé par M. Christian Poyau [...].

Il ressort de l'extrait Kbis délivré par le greffe du Tribunal de commerce de Nanterre que M. Poyau est président du conseil d'administration et directeur général de la société anonyme Micropole [...].

Conformément à l'article 18 des statuts de la société Micropole, le directeur général «représente la société dans ses rapports avec les tiers» et «est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la Société» [...].

Le document remis atteste donc bien que la société Micropole s'est valablement engagée à mettre ses moyens à disposition de l'intervenante dans le cadre du marché en question.

18. Le moyen en sa deuxième branche n'est donc pas sérieux".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit:

- " Le pouvoir adjudicateur peut :
- 1° inviter les candidats ou les soumissionnaires à compléter ou à expliciter les renseignements et documents visés aux articles 61 à 79. Il peut également, s'il l'estime nécessaire, leur demander une traduction des documents sauf s'il s'agit d'un document officiel émanant d'une autorité publique et rédigé dans une des langues officielles belges;
 - 2° à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, s'informer, par tous moyens qu'il juge utiles, de la situation de tout candidat ou soumissionnaire visée à l'article 58, § 1^{er};
 - 3° à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, exiger de toute personne morale la production de ses statuts ou actes de société, accompagnée éventuellement d'une traduction lorsque ceux-ci ne sont pas établis dans la ou les langues du pouvoir adjudicateur, ainsi que de toute modification des informations relatives à ses administrateurs ou gérants".

L'article 74 du même arrêté royal est libellé comme suit:

- " Un candidat ou un soumissionnaire peut, 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 prouve, dans ce cas, 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 candidat ou du soumissionnaire. Ces entités sont soumises à l'application de l'article 61.

Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités. Le pouvoir adjudicateur peut limiter dans les documents du marché la possibilité pour un candidat ou un soumissionnaire de faire valoir les capacités d'autres entités lorsque le droit d'accès n'est pas accordé à ces dernières sur la base de l'article 21 de la loi".

S'il se conçoit qu'au titre de la faculté que lui laisse l'article 59, 1°, précité, le pouvoir adjudicateur puisse inviter un soumissionnaire à produire le document attestant l'engagement de mise à disposition de moyens pris par une entité tierce, encore faut-il – sauf à priver de sens les termes "compléter" et "expliciter" – qu'à la date limite du dépôt de l'offre ou du dossier de candidature, ledit engagement ait été pris effectivement.

Par ailleurs, à défaut de constater qu'un engagement a effectivement été pris à cette date, le pouvoir adjudicateur ne pourra invoquer la capacité d'une entité tierce dont le soumissionnaire entend se prévaloir, pour décider que celui-ci satisfait aux exigences imposées au titre de la sélection qualitative.

En l'espèce, le 24 septembre 2014, les services de la partie adverse ont adressé à l'intervenante un courrier rédigé dans les termes suivants :

" Objet : Marché de fournitures : maintenance, acquisition et support de logiciels Informatiques - référence DMP1400554 - Sélection qualitative - demande de renseignements complémentaires.

Monsieur,

L'examen de l'offre que la société VELIXIS a déposée dans le cadre du marché susmentionné a suscité le constat suivant relatif à la sélection qualitative (SQ) à caractère financier et économique :

Le cahier spécial des charges demande à ce qu'au minimum un des chiffres d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du lot soumissionné soit supérieur ou égal à un montant de 5.000.000 euros HTVA.

->L'offre de Velixis présente les chiffres d'affaires demandés. A cet égard, il est précisé dans l'offre de Velixis que la société fait partie du groupe Micropole et les chiffres d'affaires du groupe Micropole sont également mentionnés dans l'offre, et ce dans le cadre de la sélection qualitative à caractère financier et économique.

Comme spécifié au point 5.2.3. «Recours à d'autres entités dans le cadre de la sélection qualitative» du cahier spécial des charges, le soumissionnaire peut faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités.

Néanmoins, lorsque le soumissionnaire procède de la sorte, il est tenu de prouver au pouvoir adjudicateur qu'il disposera lors de l'exécution, des moyens nécessaires à cette dernière et ce, par la production de l'engagement de cette entité de mettre à disposition les dits moyens.

Etant donné qu'un tel engagement n'a pas été reçu au sein de l'offre, le FOREM vous demande de bien vouloir faire parvenir ces informations complémentaires, au plus tard dans un délai n'excédant pas 12 jours calendrier à compter du lendemain de la date de cette demande à l'adresse suivante :

LE FOREM - Boulevard Tirou, 104 - B- 6000 CHARLEROI
A l'attention de Beriot Jessica - Service Achat

Mes collaborateurs restent à votre disposition pour toute information.

[...]".

Il ressort notamment de ce courrier que ce sont les chiffres d'affaires attribués au groupe MICROPOLE qui pourraient - à supposer qu'en temps utile, un engagement ait été pris à cet égard - permettre à l'intervenante de satisfaire au critère de sélection relatif au seuil requis pour l'un des chiffres d'affaires réalisés au cours des trois derniers exercices.

Il n'apparaît d'aucun élément du dossier qu'à la date d'ouverture des offres, un engagement avait déjà été pris en faveur de l'intervenante. Il ressort, en outre, du dossier administratif que l'engagement de mise à disposition de ses moyens financiers pris par la société MICROPOLE, ne l'a été que le 25 septembre 2014, suite à l'invitation à produire des informations complémentaires adressée par la partie adverse à l'intervenante.

Dans ces circonstances, et ainsi qu'il ressort d'un examen effectué en extrême urgence, la partie adverse n'a pu, sans violer les dispositions précitées, avoir égard à l'attestation produite à la suite de la demande adressée à cette fin le 24 septembre 2014 et décider, sur cette base, que l'intervenante répondait aux exigences de la sélection qualitative à caractère financier et/ou économique.

Le moyen doit, en conséquence, être déclaré sérieux.

VII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément incitant à admettre que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la première décision attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. CONFIDENTIALITE

La requérante demande que l'offre qu'elle a annexée à sa requête soit déclarée confidentielle (pièce unique de la partie confidentielle de son dossier de pièces).

La même demande est formulée par l'intervenante pour son offre, ainsi que pour le document intitulé "SAP Enterprise Support Addendum" (pièces 1 et 2 de son dossier de pièces confidentielles).

La partie adverse souhaite également garder la confidentialité des offres de la requérante et de l'intervenante, lesquelles constituent les pièces 20 et 21 du dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

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

Article 1^{er}.

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

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du FOREM du 14 novembre 2014 d'attribuer le lot 3 du marché de fournitures concernant "la maintenance, l'acquisition et le support de logiciels informatiques" (DMP1400554) à la société VELIXIS.

Article 3.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

L'offre déposée à titre confidentiel par la partie requérante (pièce unique de la partie confidentielle de son dossier de pièces), l'offre et la pièce intitulée "SAP Enterprise Support Addendum" déposées à titre confidentiel par la partie intervenante

(pièces 1 et 2 de son dossier de pièces confidentielles) ainsi que les offres déposées à titre confidentiel par la partie adverse (pièces 20 et 21 du dossier administratif) sont, à ce stade de la procédure, soustraites à la consultation des parties.

Article 6.

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 7.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-deux décembre deux mille quatorze 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.