

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 232.631 du 20 octobre 2015

G./A.217.052/VI-20.576

En cause : **1. la société privée à responsabilité limitée
ARCHI 2000,**
 2. la société anonyme BUREAU D'ETUDES SETESCO,
 **3. la société privée à responsabilité limitée FELGEN
ENGINEERING,**

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

contre :

la commune d'Uccle,

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat
avenue Tedesco, n° 7,
1160 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 23 septembre 2015, la société privée à responsabilité limitée ARCHI 2000, la société anonyme BUREAU D'ETUDES SETESCO et la société privée à responsabilité limitée FELGEN ENGINEERING, sollicitent, l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution "de la décision adoptée le 3 septembre 2015 par le Collège des bourgmestre et échevins de la Commune d'Uccle portant sur la sélection des candidats, et en particulier la décision de ne pas sélectionner les parties requérantes, dans le cadre du marché de désignation d'un auteur de projet en vue de la rénovation et de l'aménagement de son nouveau centre administratif."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 28 septembre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 19 octobre 2015 à 10 heures 30.

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

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., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Bruno LOMBAERT avocat, comparaisant pour les parties requérantes, et Me Marie VASTMANS, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. La partie adverse a publié un avis de marché au Bulletin des Adjudications le 15 avril 2015 et au Journal officiel de l'Union européenne le 18 avril 2015, portant sur le "Projet U -désignation d'une équipe auteur de projet en vue de la rénovation et l'aménagement du nouveau centre administratif de la Commune d'Uccle".

Ce marché est passé par procédure négociée avec publicité européenne.

III.2. L'étendue du marché et de la mission confiée est décrite de la manière suivante :

" Il s'agit d'une mission complète qui comporte toutes les prestations ordinaires incombant à l'architecte, en ce compris les prestations relevant du domaine de l'aménagement intérieur et extérieur, du design, de la signalétique intérieure et extérieure, du design mobilier ainsi que de l'acoustique.

Ce marché comprend également les prestations relevant de l'adaptation des installations existantes en matière de stabilité, de techniques spéciales et de manière non exhaustive : chauffage, sanitaires, air conditionné, ventilation, électricité, éclairage, sécurité incendie, intrusion, contrôle des accès, des ascenseurs, gestion des eaux, téléphonie, équipements informatiques, production d'énergies renouvelables ainsi que l'aménagement et la gestion des parkings.

Les prestations relevant du domaine de la stabilité et de la PEB font partie Intégrante de la mission.

L'architecte auteur de projet devra s'assurer de l'obtention des différents permis et des divers contrôles légaux par les organismes agréés.

La mission du coordinateur de sécurité-santé fait partie du présent marché ainsi que le relevé de la situation existante sur base des documents de l'administration donnés à titre indicatif ".

III.3. L'avis de marché prévoit, notamment, deux critères de capacité technique. Le second critère est libellé de la manière suivante :

" Critère n°2 ;

Article 72, 7°, de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011 : Par la présentation d'une liste des principaux services effectués ou cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les prestations de services 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 prestataire de service.

Document à remettre :

Une liste de 3 exemples références pertinentes dont un des membres de l'équipe est l'auteur sur les 3 dernières années. Pour chacun des 3 exemples seront spécifiés au minimum;

- la pertinence de chaque référence par rapport à l'objet du marché
- L'objet du projet, le type d'Intervention (étude, rénovation, construction,...) et son affectation;
- L'Identité du maître d'ouvrage;
- La superficie;
- La localisation;
- La date de réalisation et/ou le stade d'avancement du projet;
- 3 illustrations (photos, plans, etc.);
- Le rôle exact du candidat, en particulier si l'exemple présenté a été mené en association. (...).

Niveau(x) spécifique(s) minimal(aux) exigé(s)

[...]

Critère n°2

Niveau d'exigence :

La liste des services proposés indique au moins un projet de rénovation et d'aménagement de bureaux de minimum 5000 m² dont un des membres de l'équipe est l'auteur sur les 3 dernières années. Le projet est en cours (avant-projet/ permis d'urbanisme/ exécution/chantier) ou terminé (réceptionné provisoirement ou définitivement).

Le candidat démontre sa capacité à mener à bien le projet au regard des compétences générales et des capacités spécifiques attendues. Il fait la preuve qu'il dispose de l'expérience dans :

- La conception et le suivi de la réalisation de ce type de projet sur base d'un programme multi fonctionnel ainsi que sa gestion budgétaire
- La conception et la mise en œuvre de bâtiments et d'espaces fonctionnels.

- La gestion d'une mission complète d'auteur de projet dans les différents aspects de la mission décrite (documents)".

III.4. Les demandes de participation devaient être déposées pour le 18 mai 2015 à 15 heures au plus tard. La partie adverse a réceptionné 27 candidatures, dont celle des requérantes.

III.5. Lors de sa délibération du 3 septembre 2015, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse a, notamment, considéré que les requérantes ne répondaient pas aux exigences minimales de la sélection qualitative.

III.6. Par un courrier daté du 9 septembre 2015, la partie adverse a informé les requérantes de sa décision de ne pas les sélectionner. Cette décision est notamment motivée par les considérations suivantes:

" Considérant que concernant le critère de sélection qualitative technique n° 2, le candidat a communiqué les trois références; Référence 1: LIVINGSTONE II. Référence 2: BELLIARD 65 Référence 3: FORUM II
Considérant que ces références répondent au niveau d'exigence demandé;
Considérant que l'attestation de bonne exécution ou la déclaration du prestataire de services manque pour la référence 2, en contradiction avec les dispositions de l'article 72, 7° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011;
Considérant que le candidat ne peut dès lors pas être sélectionné;
[...]
Décide ;
• D'approuver, comme le prévoit l'Art. 59 de l'A.R. du 15 Juillet 2011, de ne pas demander aux soumissionnaires de compléter leur offre;
• De ne pas sélectionner les candidatures suivantes:
Archi 2000 sprl, avenue du Vivier d'Oie, 4 à 1000 Bruxelles, -Felgen Engineering sprl, avenue Louise, 475 à 1050 Bruxelles - Setesco sa, avenue Maurice, 50, bte 7 à 1050 Bruxelles".

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. MOYEN UNIQUE

IV.1. Thèse des parties requérantes

Les parties requérantes prennent un moyen unique de la violation de l'article 20 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 58 et 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du second critère de capacité technique de l'avis de marché, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de droit selon lequel les motifs

doivent être admissibles, pertinents et adéquats, du vice des motifs et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une première branche du moyen, elles reprochent, en substance, à la partie adverse d'avoir considéré à tort que leur demande de participation ne contenait aucune attestation de bonne exécution ou déclaration du prestataire de services concernant la deuxième référence dont elles se prévalent pour justifier du respect du second critère de capacité technique. Elles exposent que l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité et l'avis de marché leur permettaient de prouver la réalisation d'un projet de référence destiné à un acheteur privé par le biais d'une "déclaration du prestataire de services". Or, elles soutiennent qu'elles ont joint à leur demande de participation une "déclaration du prestataire de services" pour démontrer la réalisation de la deuxième référence dont elles se prévalent.

Selon les parties requérantes cette déclaration du prestataire de service figure bien dans leur dossier de candidature. Elles font ainsi valoir qu'elles ont, d'une part, joint à leur demande de participation, une fiche marquée du logo d'Archi 2000, reprenant les informations sollicitées par l'avis de marché, à savoir "la pertinence de la référence par rapport à l'objet du marché, l'objet du projet, le type d'intervention et son affectation, l'identité du maître d'ouvrage, la superficie, la localisation, la date de réalisation du projet, trois illustrations et le rôle exact du candidat". Elles ajoutent qu'elles ont, d'autre part, "fait précéder la présentation de leurs références d'un «préambule» qui indique notamment : «les 3 exemples de références pertinentes sont des exemples dont Archi 2000 a été auteur de projet et a réalisé une mission complète d'architecture. [...] Archi 2000 a, chaque fois réalisé une mission complète dans le cadre de ces rénovations depuis l'esquisse jusqu'aux réceptions. Cela impliquait évidemment aussi l'obtention des différents Permis d'Urbanisme et d'Environnement. Le suivi budgétaire et la maîtrise de plannings étaient également de la responsabilité d'Archi 2000 [...]»". Dès lors que "la réglementation des marchés publics ne prescrit aucun formalisme pour la «déclaration du prestataire de services»" elles estiment que "[l]a fiche marquée du logo d'Archi 2000 et reprenant l'ensemble des informations sollicitées par l'avis de marché pour le deuxième projet de référence, accompagnée au surplus du «préambule», constitue à l'évidence une «déclaration du prestataire de services»".

Dans une seconde branche, elles font valoir, à titre subsidiaire, que "la partie adverse a fixé dans l'avis de marché comme niveau d'exigence du second critère de capacité technique le fait que le candidat devait avoir réalisé un projet de rénovation d'aménagement de bureaux de minimum 5000 m² au cours des trois dernières années" et qu'elles ont "comme cela ressort de la décision de sélection, présenté dans leur demande de participation au moins un projet qui répond au niveau

d'exigence demandé par l'avis de marché, de sorte qu'elles remplissent les exigences en matière de sélection qualitative".

Les parties requérantes exposent que "la partie adverse a fixé dans l'avis de marché un seuil à respecter pour le second critère de capacité technique" et que ce niveau "consistait à démontrer que le candidat avait réalisé un projet de rénovation d'aménagement de bureaux de minimum 5000 m² au cours des trois dernières années". Elles rappellent à cet égard qu'"un niveau de capacité se distingue d'un critère de capacité en ce que le premier, contrairement au second, permet au pouvoir adjudicateur d'établir le seuil minimal qu'il faut atteindre concernant la capacité technique, économique et financière".

Or, elles soulignent que dans la décision de sélection, la partie adverse a admis que les trois références qu'elles avaient présentées "rencontraient le seuil minimal fixé par l'avis de marché pour le second critère d'attribution". Or, elles estiment qu'"il suffisait aux candidats de démontrer qu'une référence remplissait le niveau d'exigence fixé dans l'avis de marché pour établir que le second critère de capacité technique était rencontré". Elles considèrent, par conséquent, que, puisque "le niveau d'exigence était rencontré par au moins une référence des requérantes, il était indifférent pour apprécier le respect par les requérantes du second critère de capacité technique qu'une autre référence n'était pas établie par une attestation de bonne exécution de l'acheteur ou par une «déclaration du prestataire de services»".

Elles concluent que "[l]a partie adverse n'a dès lors pas pu, sans méconnaître les dispositions et principes visés au moyen, décider que les requérantes ne rencontraient pas les exigences en matière de sélection qualitative" et que le moyen unique est sérieux et fondé.

IV.2 Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

L'article 72, 7° de l'arrêté royal relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques se lit comme suit :

" Art. 72. Dans le cas d'un marché de services, la capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance et l'utilisation des services :

[...]

7° par la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les prestations de services 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 prestataire de services".

Cette disposition n'impose aucun formalisme particulier quant aux attestations ou déclarations destinées à prouver la réalité des services prestés. Il n'en reste pas moins qu'elle impose la production d'une telle attestation ou déclaration et qu'elle ne la confond pas avec la production de la liste des prestations effectuées, même lorsque cette preuve est apportée par la seule déclaration du prestataire de services. Il s'en déduit que, même lorsque le destinataire a été un acheteur privé, le seul fait de produire une liste des services prestés ne peut, à première vue, pas s'analyser comme une déclaration implicite du prestataire de services.

Par ailleurs, s'agissant d'un mode de preuve de la réalité du service presté, la déclaration du prestataire doit être suffisamment claire quant à sa portée et quant à l'identification de son auteur pour permettre d'être assuré qu'elle engage la responsabilité de celui-ci. L'auteur de la déclaration se doit d'autant plus d'éviter toute ambiguïté à cet égard qu'il s'agit d'une modalité de preuve qui n'est admise qu'à défaut d'une attestation émanant de l'autorité compétente ou de l'acheteur privé.

En l'espèce, le document intitulé "préambule", rédigé sur papier libre, non daté, non signé et ne contenant aucune mention de son auteur, ne peut, *prima facie*, pas être considéré comme une déclaration du prestataire de services. Quant à la fiche descriptive de la deuxième référence, elle constitue la description de la référence, mais non une attestation émanant d'une personne habilitée à engager la responsabilité du prestataire de service en vue de prouver qu'il s'est effectivement acquitté de cette tâche. La circonstance qu'elle contienne le logo d'Archi 2000 n'énervé pas ce constat. Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il ne peut pas non plus être considéré, comme le soutiennent les parties requérantes, que la déclaration se déduit de la lecture combinée de ces deux pièces, car cela reviendrait à imposer à l'autorité adjudicatrice de pallier l'absence de déclaration du prestataire en la déduisant de divers éléments du dossier répondant à une autre finalité.

En sa première branche, le moyen n'est pas sérieux.

B. Quant à la seconde branche

Le critère n° 2 de l'avis de marché impose d'une part, que soient produits trois exemples de références pertinentes dont un des membres est l'auteur sur les trois dernières années et, d'autre part, que la liste des services proposés contienne au moins un projet de rénovation et d'aménagement de bureaux de minimum 5000m² dont un

des membres est l'auteur sur les trois dernières années. Ces deux exigences ne sont pas présentées sur un mode alternatif et sont dès lors cumulatives.

A première vue, la partie adverse aurait dès lors méconnu les critères de sélection fixés dans l'avis de marché en considérant que la production d'un projet de rénovation et d'aménagement de bureaux de minimum 5000m² rendait superflue la production de trois exemples de références pertinentes.

En sa seconde branche, le moyen n'est pas sérieux.

V. CONFIDENTIALITE

Les parties requérantes et la partie adverse demandent que le dossier de candidature des parties requérantes soit tenu confidentiel.

Rien ne s'oppose, à ce stade, au maintien de la confidentialité de la candidature des parties requérantes.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces portant la référence A du dossier administratif "confidentiel", contenant la candidature des requérantes, ainsi que la pièce 5 annexée à la requête contenant la même candidature, sont – à ce stade de la procédure - tenues pour confidentielles.

Article 3.

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 4.

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 octobre deux mille quinze par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Katty LAUVAU.

Serge BODART.