

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.263 du 16 décembre 2015

G./A.217.409/VI-20.636

En cause : **la société anonyme TRAIT NORRENBORG ET
SOMERS ARCHITECTES,**

ayant élu domicile chez
Mes Virginie DOR et
Charles-Henri de LA VALLEE POUSSIN, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

la commune de Schaerbeek,

ayant élu domicile chez
Mes Frederik VANDENDRIESSCHE et
Bruno LOMBAERT, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 2 novembre 2015, la société anonyme TRAIT NORRENBORG ET SOMERS ARCHITECTES sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

- " la délibération du Collège des Bourgmestre et Echevins de la partie adverse du 22 septembre 2015 par laquelle celui-ci a décidé :
- «D'approuver le rapport d'analyse des candidatures joint à la présente délibération pour en faire partie intégrante;
 - De sélectionner les bureaux qui ont le mieux démontré une expertise pertinente quant à l'objet du marché, à savoir les bureaux Modulo Architects, B612 Associates, Polo Architects, les associations momentanées Buro II & Archi I – Grontmij et A2M – Technum ;
 - D'envoyer aux candidats sélectionnés le CSC Scha/Infra/2015/022 ;
 - D'écarter la candidature de l'association momentanée DIA – Bsolutions et des bureaux Arter, Lava Architecten, Atelier d'Architecture Mathen et De Bouwerij dont le dossier de candidature est incomplet ;
 - D'écarter les bureaux BOB361 Architects, beai, Trait Architect, les associations momentanées AAC Architecture – Barchitecten et BAEB – Coninx RDBM dont

les références transmises au dossier de candidature présentent un niveau d'expérience inférieur à celui des candidats retenus»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 3 novembre 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 20 novembre 2015 à 10 heures.

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.

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

M. le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Mes Virginie DOR et Charles-Henri de LA VALLEE POUSSIN, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Mathieu THOMAS et Nicolas CARIAT, *loco* Mes Frederik VANDENDRIESSCHE et Bruno LOMBAERT avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

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

Par une requête introduite le 14 décembre 2015, la partie requérante demande l'annulation de la délibération précitée du collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse du 22 septembre 2015.

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 conseil communal de la partie adverse a adopté le 23 juin 2015 la décision de lancement d'un marché public de services, passé selon la procédure négociée avec publicité au niveau européen et ayant pour objet la désignation d'un auteur de projet en vue des études et du suivi des travaux dans le cadre de la construction d'une école fondamentale néerlandophone, d'une extension pour une école fondamentale francophone et d'une salle omnisports.

III.2.1. L'avis de marché a été publié respectivement au Bulletin des adjudications le 6 juillet 2015 et au Journal officiel de l'Union européenne le 11 juillet 2015.

III.2.2. L'objet du marché est présenté de la manière suivante dans l'avis de marché (point II.1.5.) :

- " Désignation d'un auteur de projet en vue des études et du suivi des travaux dans le cadre de la construction d'une école fondamentale néerlandophone, d'une extension pour une école fondamentale francophone et d'une salle omnisports, englobant l'affectation, la rénovation, la construction et la démolition de différents bâtiments ainsi que l'aménagement des espaces extérieurs.
Le projet, situé Grande rue au Bois, n°76 et 78-80, consiste à:
- Construire une école fondamentale néerlandophone, appelée De Kriek, pour 220 élèves (10 classes x 22 élèves) ;
 - Rénover un bâtiment existant (rénovation légère) de manière à y accueillir :
 - a) L'extension d'une école fondamentale francophone, l'Ecole 10 située Grande rue au Bois n°57, pour 234 élèves (9 classes x 26 élèves) ;
 - b) Une asbl organisant des stages de vacances et activités parascolaires pour les enfants schaerbeekois de la 1^{ère} maternelle à la 6^{ème} primaire ;
 - Construire une salle de gymnastique (et ses annexes) pour l'Ecole 10 ;
 - Construire une salle omnisports (et ses annexes) utilisée par les 2 écoles et accessible aux habitants du quartier ;
 - Construire une conciergerie (pour les 2 écoles et la salle omnisports) ;
 - Aménager les espaces extérieurs : accès aux différents bâtiments, cours de récréation, préaux.
- Les nouvelles constructions et rénovations lourdes répondront aux critères de construction des bâtiments dits passifs.
Le présent marché est attribué sur base d'une procédure négociée avec publicité en application de l'article 26, § 2, 3°, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, fournitures et de services.
Cette procédure implique une passation en deux phases:
1. Suite à la publication du présent avis, les bureaux d'études intéressés introduisent un dossier de candidature comprenant les documents requis;
2. Les candidats sélectionnés reçoivent le cahier des charges et sont invités à présenter une offre".

III.2.3. Le point III.2.2. de l'avis de marché, relatif à la "capacité économique et financière", invite les candidats à joindre à leur candidature :

- " la preuve de la souscription à une assurance couvrant la responsabilité professionnelle de l'architecte, en ce compris la responsabilité décennale, auprès d'un organisme assureur présentant toutes les garanties de faisabilité. Ce document doit également être fourni pour les partenaires dans le cas d'une association momentanée ou d'une sous-traitance".

III.2.4. Le point III.2.3. de l'avis de marché reprend les critères de capacité technique que doivent remplir les candidats :

- " III.2.3. Capacité technique

<p>Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies :</p> <p>1. Compétences Le candidat fournira les <i>Curriculum Vitae</i> des personnes prenant en charge le dossier et prouvant qu'elles ont les compétences requises pour mener à bien ce projet à savoir architecture, stabilité, techniques spéciales, acoustique et PEB ;</p> <p>2. Références Le candidat fournira la liste des références pour des missions réalisées au cours des 5 dernières années et ayant au moins atteint le stade du permis d'urbanisme. Le candidat mentionnera pour chaque référence : le nom du bureau d'étude, sa spécificité, le type d'intervention (rénovation, construction, ...), l'affectation, le montant de travaux, la date de réalisation et/ou le stade d'avancement du projet, l'identité de son destinataire public ou privé et précisant le rôle du candidat pour chaque référence. Ces références seront appuyées des attestations de bonne exécution, conformément aux dispositions de l'article 72, 7° de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011.</p> <p>3. Une note ouverte (max. 4 pages A4) de laquelle il ressortira :</p> <p>a) les motifs pour lesquels le candidat souhaite participer à la mise en concurrence en fonction de l'objet du marché ;</p> <p>b) le savoir-faire, l'efficacité, l'expérience et la fiabilité du candidat à mener à bien le projet faisant l'objet du marché au regard des compétences suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - architecture - ingénierie (stabilité et techniques spéciales) - conseil en performance énergétique des bâtiments <p>et des capacités spécifiques suivantes :</p> <ul style="list-style-type: none"> - capacité de concevoir des bâtiments scolaires - capacité d'intégration urbaine compte tenu des contraintes du site - capacité de conférer une identité au projet et au site - capacité de maîtrise technique et budgétaire dans le cadre d'une construction passive et durable <p>c) la composition de l'équipe qu'il propose pour répondre à cette candidature et la répartition du rôle de chaque partenaire (organigramme) ;</p>	<p>Niveaux(x) spécifique(s) minimal(aux) exigé(s) (le cas échéant) :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Parmi les références des missions réalisées au cours des 5 dernières années, il doit résulter que le candidat est l'auteur d'au moins une construction d'un équipement d'intérêt collectif pour un montant minimum de 2 millions d'euros htva et répondant aux critères de construction dits «passifs». - Parmi les références des missions réalisées, il doit résulter que le candidat est l'auteur d'au moins une construction d'architecture scolaire pour minimum 200 élèves et d'un montant minimum de 4 millions d'euros htva et répondant aux critères de construction dits «passifs». <p>Ces références seront appuyées d'au minimum trois illustrations (photos, plans, etc.) du projet permettant de percevoir la qualité et la fonctionnalité de l'exemple, en particulier la partie urbanistique et architecturale, et la capacité à intégrer le projet dans son contexte spécifique. Ces références seront accompagnées des attestations justifiant de leur exécution, conformément aux dispositions de l'article 72, 7° de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011, mentionnant le type d'intervention, l'affectation, le montant des travaux, la date de réalisation et/ou le stade d'avancement du projet, l'identité du maître d'ouvrage et le rôle exact du candidat.</p>
---	---

<p>d) le type d'association et les relations contractuelles entre les partenaires (association momentanée, groupement conjoint, groupement solidaire, sous-traitance);</p> <p>e) la présentation de minimum 1 et maximum 3 exemples d'architecture scolaire pour minimum 200 élèves et d'un montant minimum de 4 millions d'euros htva au regard des capacités spécifiques énoncées ci-dessus et attendues des candidats en justifiant en quoi l'exemple (ou les exemples) est jugé pertinent par rapport à l'objet du marché et aux ambitions du maître d'ouvrage au regard des capacités attendues.</p> <p>Les candidats peuvent faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre eux et ces entités. Dans ce cas, ils prouvent que, pour l'exécution du présent marché, ils disposeront des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à leur disposition.</p> <p>Ces entités seront soumises aux mêmes règles concernant le droit d'accès.</p>	
---	--

III.3. Quinze candidatures ont été reçues dans le délai imparti, dont celle de la partie requérante.

III.4. Le rapport d'examen des candidatures, daté du 16 septembre 2015, fait état de ce qui suit :

" 1. Données générales

[...]

Modes de passation : Procédure négociée avec publicité – Justification : article 26, § 2, 3°, de la loi du 15.06.2006.

[...]

2. Candidatures

[...]

3. Sélection qualitative des candidats

Les candidats devront prouver qu'ils ne sont pas exclus de la participation aux marchés publics et qu'ils disposent de la capacité économique, financière et technique suffisante pour exécuter le marché.

3.1. Situation propre des candidats

Documents et attestations demandés (cf. avis de marché)

Sera exclu de la participation à ce marché public à quelque stade que ce soit de la procédure, le soumissionnaire qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale. A cet effet, l'administration

procède elle-même par des moyens électroniques (Digiflow) à la vérification de la situation du compte du soumissionnaire envers l'ONSS.

De même, l'administration procède à la vérification par des moyens électroniques de la situation du soumissionnaire envers ses obligations fiscales à l'égard du SPF Finances.

Le candidat ou le soumissionnaire étranger joint à sa demande de participation :

- une attestation dont il résulte qu'il est en règle par rapport à ses obligations fiscales selon les dispositions légales du pays où il est établi.
- une attestation délivrée par l'autorité compétente confirmant que le soumissionnaire étranger est en règle quant à ses obligations relatives au paiement des cotisations de sécurité sociale, jusque et y compris l'avant-dernier trimestre civil écoulé par rapport à la date limite de réception des demandes de participation ou de réception des offres, conformément aux dispositions du pays où les employés sont établis.

Le candidat fournit les preuves qu'il ne se trouve dans aucun des cas visés aux §§1^{er} et 2 de l'article 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ni faire l'objet d'une condamnation passée en force de chose jugée et portant :

- sur la participation à une organisation criminelle telle que définie à l'article 324bis du code pénal;
- sur un fait de corruption telle que définie à l'article 246 du code pénal;
- sur une fraude au sens de l'article 1^{er} de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes approuvée par la loi du 17 février 2002 ;
- sur un blanchiment de capitaux tel que défini à l'article 5 de la loi du 11 janvier 1993 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme.

A cet effet, les candidats fourniront un extrait de casier judiciaire.

Résumé de l'examen des candidatures

	Nom	Cotisations sécurité sociale	Obligations fiscales	Extrait du casier judiciaire
1	ARTER SPRL	OK	OK	OK
2	ASSOCIATION MOMENTANEE: AAC B-ARCHITECTEN	OK	OK	OK
3	LAVA ARCHITECTEN CVBA	OK	OK	OK
4	BOB361 ARCHITECTS BVBA	OK	OK	OK
5	MODULO ARCHITECTS SPRL	OK	OK	OK
6	BEAI SA	OK	OK	OK
7	ASSOCIATION MOMENTANEE: DIA (DIAGRAM ARCHITECTURE SC SCRL) BSOLUTION SPRL	OK	OK	NON OK ¹
8	B612 ASSOCIATES	OK	OK	OK
9	POLO ARCHITECTS	OK	OK	OK
10	ASSOCIATION MOMENTANEE : BAEB CONIX RDBM	OK	OK	OK

11	ATELIER D'ARCHITECTURE MATHEN	OK	OK	OK
12	ASSOCIATION MOMENTANE : BURO II & ARCHI+I GRONTMIJ	OK	OK	OK
13	TRAIT NORRENBORG & SOMERS ARCHITECTS SA	OK	OK	OK
14	ASSOCIATION MOMENTANEE : A2M SC sprl TECHNUM	OK	OK	OK
15	DE BOUWERIJ	OK	OK	OK

1 Aucun des partenaires de l'association momentanée DIA – BSOLUTION ne fournit d'extrait du casier judiciaire. Toutefois, ils fournissent une déclaration sur l'honneur attestant qu'ils ne se trouvent pas dans l'un des cas visés à l'article § 1^{er} et 2 de l'article 61 de l'arrêté royal du 15.07.2011.

Capacité économique et financière

Le candidat joint à sa candidature la preuve de la souscription à une assurance couvrant la responsabilité professionnelle d'architecte auprès d'un organisme assureur présentant toutes les garanties de faisabilité.

Tous les candidats ont répondu à cette exigence et ont fourni la preuve de la souscription à une assurance tel qu'exigé.

3.2. Capacité technique des candidats

Renseignements et documents demandés

Le candidat devra faire la preuve par les moyens décrits ci-dessous qu'il dispose au moins des compétences suivantes : architecture, ingénierie (stabilité et techniques spéciales), acoustique et conseil en performance énergétique des bâtiments.

Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies:

1. Compétences

Le candidat fournira les *curriculum vitae* des personnes prenant en charge le dossier et prouvant qu'elles ont les compétences requises pour mener à bien ce projet à savoir architecture, stabilité, techniques spéciales, acoustique et PEB.

2. Références

Le candidat fournira la liste des références pour des missions réalisées au cours des 5 dernières années [et ayant] au moins atteint le stade du permis d'urbanisme. Le candidat mentionnera pour chaque référence: le nom du bureau d'étude, sa spécificité, le type d'intervention (rénovation, construction,...), l'affectation, le montant de travaux, la date de réalisation et/ou le stade d'avancement du projet, l'identité de son destinataire public ou privé et précisant le rôle du candidat pour chaque référence.

Ces références seront appuyées des attestations de bonne exécution, conformément aux dispositions de l'article 72, 7° de l'Arrêté Royal du 15.7.2011.

3. Une note ouverte (max. 4 pages A4) de laquelle il ressortira :

- a) les motifs pour lesquels le candidat souhaite participer à la mise en concurrence en fonction de l'objet du marché;
- b) le savoir-faire, l'efficacité, l'expérience et la fiabilité du candidat à mener à bien le projet faisant l'objet du marché au regard des compétences suivantes:
- architecture
 - ingénierie (stabilité et techniques spéciales)
 - conseil en performance énergétique des bâtiments
- et des capacités spécifiques suivantes :
- capacité de concevoir des bâtiments scolaires
 - capacité d'intégration urbaine compte tenu des contraintes du site
 - capacité de conférer une identité au projet et au site
 - capacité de maîtrise technique et budgétaire dans le cadre d'une construction passive et durable;
- c) la composition de l'équipe qu'il propose pour répondre à cette candidature et la répartition du rôle de chaque partenaire (organigramme);
- d) le type d'association et les relations contractuelles entre les partenaires (association momentanée, groupement conjoint, groupement solidaire, sous-traitance);
- e) la présentation de minimum 1 et maximum 3 exemples d'architecture scolaire pour minimum 200 élèves et d'un montant minimum de 4 millions d'euros htva au regard des capacités spécifiques énoncées ci-dessus et attendues des candidats en justifiant en quoi l'exemple (ou les exemples) est jugé pertinent par rapport à l'objet du marché et aux ambitions du maître d'ouvrage au regard des capacités attendues.

Les candidats peuvent faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existants entre eux et ces entités. Dans ce cas, ils prouvent que, pour l'exécution du présent marché, ils disposeront des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à leur disposition.

Ces entités seront soumises aux mêmes règles concernant le droit d'accès.

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

- Parmi les références des missions réalisées au cours des 5 dernières années, il doit résulter que le candidat est l'auteur d'au moins une construction d'un équipement d'intérêt collectif pour un montant de minimum 2 millions d'euros htva et répondant aux critères de construction dit «passifs»;
- Parmi les références des missions réalisées, il doit résulter que le candidat est l'auteur d'au moins une construction d'architecture scolaire pour minimum 200 élèves et d'un montant minimum de 4 millions d'euros htva et répondant aux critères de construction dit «passifs»;

Ces références seront appuyées d'au minimum 3 illustrations (photos, plans, etc.) du projet permettant de percevoir la qualité et la fonctionnalité de l'exemple, en particulier la partie urbanistique et architectural, et la capacité à intégrer le projet dans son contexte spécifique.

Ces références seront accompagnées des attestations justifiant de leur exécution, conformément aux dispositions de l'article 72, 7° de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011, mentionnant le type d'intervention, l'affectation, le montant des travaux, la date de réalisation et/ou le stade d'avancement du projet, l'identité du maître d'ouvrage et le rôle exact du candidat.

3.2.1. Conditions propres aux marchés de services

Selon les conditions propres aux marchés de services, la prestation est réservée à une profession particulière.

Les candidats fournissent une copie du certificat d'inscription à l'Ordre des Architectes ou à une organisation similaire propre au pays d'origine (cf. III.3.1 de l'Avis de marché).

	Nom	Attestation d'inscription à l'Ordre des Architectes
1	ARTER SPRL	OK
2	ASSOCIATION MOMENTANEE: AAC ARCHITECTURE ET B-ARCHITECTEN	OK
3	LAVA ARCHITECTEN CVBA	OK
4	BOB361 ARCHITECTS BVBA	OK
5	MODULO ARCHITECTS SPRL	OK
6	BEAI SA	OK
7	ASSOCIATION MOMENTANÉE: DIA (DIAGRAM ARCHITECTURE SC SCRL) BSOLUTION SPRL	OK
8	B612 ASSOCIATES	OK
9	POLO ARCHITECTS	OK
10	ASSOCIATION MOMENTANÉE : BAEB CONIX RDBM	OK
11	ATELIER D'ARCHITECTURE MATHEN	OK
12	ASSOCIATION MOMENTANÉE BURO II & ARCHI+I GRONTMIJ	OK
13	TRAIT NORRENBERG & SOMERS ARCHITECTS SA	OK
14	ASSOCIATION MOMENTANÉE : A2M SC SPRL TECHNUM (TRACTEBEL ENGINEERING SA)	OK
15	DE BOUWERIJ	OK

NOTE : Tous les bureaux ont fourni une copie du certificat d'inscription à l'Ordre des Architectes.

3.2.2 Résumé de l'examen des candidatures concernant la capacité technique des candidats

1. Compétences

			Documents complémentaires
	Nom	CV personnes en charge du dossier (III.2.3.1.)	Agrément conseiller PEB à Bxl (III.2.3.1).
1	ARTER SPRL	OK	OK
2	ASSOCIATION MOMENTANÉE: AAC ARCHITECTURE B-ARCHITECTEN	OK	MANQUE
3	LAVA ARCHITECTEN CVBA	OK	OK
4	BOB361 ARCHITECTS BVBA	OK	OK
5	MODULO ARCHITECTS SPRL	OK	MANQUE
6	BEAI SA	OK	OK
7	ASSOCIATION MOMENTANÉE: DIA (DIAGRAM ARCHITECTURE SC SCRL) BSOLUTION SPRL	OK	MANQUE
8	B612 ASSOCIATES	OK	MANQUE
9	POLO ARCHITECTS	OK	MANQUE
10	ASSOCIATION MOMENTANÉE : BAEB CONIX RDBM	OK	OK
11	ATELIER D'ARCHITECTURE MATHEN	OK	OK
12	ASSOCIATION MOMENTANÉE BURO II & ARCHI+I GRONTMIJ	OK	OK
13	TRAIT NORRENBORG & SOMERS ARCHITECTS SA	OK	OK
14	ASSOCIATION MOMENTANÉE: A2M SC SPRL TECHNUM (TRACTEBEL ENGINEERING SA)	OK	OK
15	DE BOUWERIJ	OK	MANQUE

NOTE :

Tous les bureaux ont fourni la preuve des compétences requises pour le projet (cf. III.2.3.1 Avis de marché).

De nombreux bureaux ont également fourni la preuve d'agrément en tant que conseiller PEB à Bruxelles. Ce document n'était pas explicitement demandé dans l'Avis de Marché. Par souci d'équité de l'examen des candidatures, les bureaux

n'ayant pas remis ledit document ne sont pas évincés.

2. Références

	Nom	Liste de références (III.2.3.2.)	Attestations de bonne exécution (III.2.3.2). MANQUE
1	ARTER SPRL ¹	OK	MANQUE
2	ASSOCIATION MOMENTANÉE: AAC B-ARCHITECTEN	OK	OK
3	LAVA ARCHITECTEN CVBA	OK	OK
4	BOB361 ARCHITECTS BVBA	OK	OK
5	MODULO ARCHITECTS SPRL	OK	OK
6	BEAI SA	OK	OK
7	ASSOCIATION MOMENTANÉE: DIA(DIAGRAM ARCHITECTURE SC SCRL) BSOLUTION SPRL	OK	OK
8	B612 ASSOCIATES	OK	OK
9	POLO ARCHITECTS	OK	OK
10	ASSOCIATION MOMENTANÉE : BAEB CONIX RDBM	OK	OK
11	ATELIER D'ARCHITECTURE MATHEN ¹	OK	MANQUE
12	ASSOCIATION MOMENTANÉE : BURO II & ARCHI+I GRONTMIJ	OK	OK
13	TRAIT NORRENBORG & SOMERS ARCHITECTS SA	OK	OK
14	ASSOCIATION MOMENTANÉE : A2M SC SPRL ET TECHNUM (TRACTEBEL ENGINEERING SA)	OK	OK
15	DE BOUWERIJ ²	MANQUE	MANQUE

¹ Les bureaux d'étude Arter sprl et Atelier d'Architecture Mathen n'ont pas remis de documents attestant la bonne exécution des projets de la liste de référence.

² De Bouwerij n'a pas remis une liste des références des missions réalisées au cours des 5 dernières années. Le candidat a fourni seulement 3 références utiles pour le point III.2.3.3^e (cf. Avis de Marché).

3. Note ouverte

	Nom	Motifs (III.2.3.3a)	Savoir-faire, efficacité, expérience et la fiabilité (III.2.3.3b)	Composition de l'équipe –organigramme (III.2.3.3c)	Type d'associations et les relations contractuelles (III.2.3.3d)
1	ARTER SPRL ¹	MANQUE	OK	OK	OK
2	ASSOCIATION MOMENTANÉE: AAC B-ARCHITECTEN	OK	OK	OK	OK
3	LAVA ARCHITECTEN CVBA ¹	MANQUE	OK	OK	OK
4	BOB361 ARCHITECTS BVBA ¹	OK	OK	OK	OK
5	MODULO ARCHITECTS SPRL	OK	OK	OK	OK
6	BEAI SA	OK	OK	OK	OK
7	ASSOCIATION MOMENTANÉE: DIA (DIAGRAM ARCHITECTURE SC SCRL) BSOLUTION SPRL	OK	OK	OK	OK
8	B612 ASSOCIATES	OK	OK	OK	OK
9	POLO ARCHITECTS	OK	OK	OK	OK
10	ASSOCIATION MOMENTANÉE : BAEB CONIX RDBM	OK	OK	OK	OK
11	ATELIER D'ARCHITECTURE MATHEN	OK	OK	OK	OK
12	ASSOCIATION MOMENTANÉE : BURO II & ARCHI+1 GRONTMIJ	OK	OK	OK	OK
13	TRAIT NORRENBERG & SOMERS ARCHITECTS SA	OK	OK	OK	OK

14	ASSOCIATION MOMENTANÉE: A2M SC SPRL TECHNUM (TRACTEBEL ENGINEERING SA)	OK	OK	OK	OK
15	DE BOUWERIJ ²	OK	OK	OK	OK

¹ Les motifs pour lesquels les candidats Arter sprl et Lava Architecten cvba souhaitent participer à la mise en concurrence en fonction de l'objet du marché ne sont pas inclus dans la note ouverte.

	Nom	5 dernières années : Construction d'un équipement d'intérêt collectif (2M euros htva), avec certificat d'exécution et répondant aux critères de construction dits «passifs» (III.2.3.3e)	Construction d'une architecture scolaire (4M euros htva pour minimum 200 élèves), avec certificat d'exécution et répondant aux critères de construction dits «passifs» (III.2.3.3e)
1	ARTER SPRL ¹	MANQUE	MANQUE
2	ASSOCIATION MOMENTANÉE: AAC ARCHITECTURE B-ARCHITECTEN	OK	OK
3	LAVA ARCHITECTEN CVBA ²	OK	MANQUE
4	BOB361 ARCHITECTS BVBA	OK	OK
5	MODULO ARCHITECTS SPRL	OK	OK
6	BEAI SA	OK	OK
7	ASSOCIATION MOMENTANÉE ³ : DIA (DIAGRAM ARCHITECTURE SC SCRL) BSOLUTION SPRL	OK	MANQUE
8	B612 ASSOCIATES	OK	OK
9	POLO ARCHITECTS	OK	OK
10	ASSOCIATION MOMENTANÉE : BAEB CONIX RDBM	OK	OK
11	ATELIER D'ARCHITECTURE MATHEN	OK	OK
12	ASSOCIATION MOMENTANÉE: BURO II & ARCHI+I GRONTMIJ	OK	OK
13	TRAIT NORRENBORG & SOMERS ARCHITECTS SA	OK	OK

14	ASSOCIATION MOMENTANÉE: A2M SC SCPRL TECHNUM (TRACTEBEL ENGINEERING SA)	OK	OK
15	DE BOUWERIJ	OK	OK

NOTE :

¹ Le candidat Arter sprl a présenté comme références : une école de 600 élèves, 5M d'euros avec attestation non datée et l'état d'avancement non précisé; un centre sportif de +/- 4M d'euros avec attestation non datée et état d'avancement non précisé et une école pour 750 élèves de +/- 12M d'euros avec attestation datant de 2013 et état d'avancement actuel inconnu. Ces références ne sont donc pas conformes aux dispositions de l'article 72, 7°, de l'Arrêté Royal de juillet 2011.

² Le bureau d'étude Lava Architecten CVBA a présenté comme références : une école de 3,6M d'euros avec l'attestation en ordre et une école de 11,6M d'euros avec l'attestation datant de 2014 et certifiant la bonne exécution du dossier de permis mais pas d'avoir atteint le stade du permis. Ces références ne sont donc pas conformes aux niveaux spécifiques demandés (cfr. Avis de Marché, III.2.3). Aussi, la référence de Cenergie ne peut pas être retenue car ledit bureau de techniques spéciales ne forme pas une association momentanée avec le candidat.

³ L'association momentanée DIA - BSOLUTION a remis une référence pour 2 écoles sises sur 2 sites différents pour un montant total de 4,4M euros avec attestation de bonne exécution datant de 2013 et concernant un seul bâtiment. Le niveau spécifique minimal exigeant une construction d'architecture scolaire pour minimum 200 élèves et d'un montant minimum de 4M d'euros htva n'est donc pas atteint.

3.2.3 Conformité des candidatures concernant la capacité technique des candidats

Selon l'analyse des dossiers concernant la capacité technique des candidats, il s'avère :

- 1) que tous les bureaux ont fourni la preuve des compétences requises pour mener à bien ce projet à savoir architecture, stabilité, techniques spéciales, acoustique et PEB (cf. Avis de marché, III.2.3.1) ;
- 2) que les bureaux Arter sprl, Atelier d'Architecture Mathen et De Bouwerij n'ont pas fourni la liste des références pour les missions réalisées au cours des 5 dernières années et ayant au moins atteint le stade de permis d'urbanisme selon les dispositions prévues par l'article 72, 7°, de l'Arrêté Royal du 15.07.2011 (c f. Avis de marché, III.2.3.2)
- 3) que les bureaux Arter sprl et Lava Architecten CVBA n'ont pas remis une note ouverte sous les formes requises (cf. Avis de marché, III.2.3.3)
- 4) que les bureaux Arter sprl, Lava Architecten CVBA et l'association momentanée DIA – BSOLUTION ne présentent pas de références de projets avec une attestation de bonne exécution en ordre conformément aux dispositions de l'article 72, 7°, de l'Arrêté Royal du 15.07.2011 (cf. Avis de marché, III.2.3.2) pour les références concernant les niveaux spécifiques minimaux exigés.

En conclusion,

1) les bureaux d'études qui ne correspondent pas aux critères faisant partie du présent marché pour la sélection concernant la capacité technique des candidats sont :

- Arter sprl
- Lava Architecten CVBA
- l'association momentanée DIA – BSOLUTION
- Atelier d'Architecture Mathen

- De Bouwerij

2) les bureaux d'études [qui] correspondent tout à fait aux critères relatifs au niveau spécifique minimal exigé pour la sélection concernant la capacité technique des candidats sont:

- l'association momentanée AAC – BARCHITECTEN
- BOB361 architects bvba
- MODULO Architects sprl
- BEAI sa
- B612 Associates
- POLO Architects
- l'association momentanée BAEB – CONIX RDBM
- l'association momentanée BURO II & ARCHI+I – Grontmij
- TRAIT Norrenberg & Somers architects SA
- l'association momentanée A2M – TECHNUM

3.2.4 Évaluation de la note ouverte et des exemples pertinents

Conformément à l'article IV.1.2 de l'avis de marché relatif aux limites concernant le nombre d'opérateurs invités à soumissionner ou à participer, un nombre maximal de 5 candidats doit être proposé par l'administration communale.

La réduction des candidatures est basée sur l'analyse de son savoir-faire, de son efficacité, de son expérience et de sa fiabilité en regard des capacités spécifiques attendues énoncées au point III.2.3 Capacité technique, point 3b.

Ces aspects seront évalués d'une manière générale au moyen de la liste des principaux services exécutés et d'une manière plus particulière au moyen de la note ouverte et des exemples produits par le candidat.

	Nom	Note ouverte		Exemples pertinents	
1	ARTER SPRL				
2	ASSOCIATION MOMENTANÉE: AAC ARCHITECTURE B-ARCHITECTEN	- les raisons pour lesquelles le candidat souhaite participer ne sont pas suffisamment développées - présentation du savoir-faire basée sur des textes de présentation standard.	+/-	- pas de référence pour évaluer la capacité d'intégration urbaine - les références proposées ne confèrent pas une identité remarquable au projet ou au site - les références s'avèrent inférieures en termes de qualité architecturale par rapport aux autres candidats.	-
3	LAVA ARCHITECTEN CVBA				
4	BOB361 ARCHITECTS BVBA	- le candidat explique ses ambitions sans faire de référence directe aux contraintes du site objet du marché - présentation du savoir-faire basée sur des textes de présentation standard.	+/-	- les exemples ne démontrent pas une claire capacité d'intégration en milieu urbain similaire à l'objet du marché - les exemples ne permettent pas de percevoir pleinement la capacité de l'organisation spatiale des architectures scolaires - les images n'ont pas été sélectionnées. Le bureau a remis un portfolio complet des projets.	-

5	MODULO ARCHITECTS SPRL	- le candidat explique clairement le rapport avec ses partenaires et démontre sa capacité de travailler à différentes échelles d'intervention	+	- le bureau est régulièrement amené à agir dans des contextes urbains complexes - parmi l'intégration des plans et des coupes, nous avons pu apprécier la capacité d'organisation spatiale interne des projets portés pour exemple	+
6	BEAI SA	- le candidat n'explique pas les multiples réflexions développées dans le cadre des études similaires mais il se limite à citer les différents projets similaires. - le candidat ne démontre pas suffisamment le surplus que l'engagement de ses sous-traitants apportent au regard des compétences demandées	-	- la capacité de conférer une identité au projet et au site n'a pas été jugée comme remarquable - les exemples démontrent la capacité du candidat de concevoir des bâtiments scolaires. Toutefois, les références s'avèrent inférieures en termes de qualité architecturale par rapport aux autres candidats.	+/-
7	ASSOCIATION MOMENTANÉE : DIA (DIAGRAM ARCHITECTURE SC SCRL) BSOLUTION SPRL				
8	B612 ASSOCIATES	- le candidat démontre sa capacité dans le cadre de la gestion des équipes de projet pluridisciplinaires - le candidat apporte des exemples concrets des différentes collaborations en cours avec les sous-traitants (vision commune en termes de durabilité). - le candidat démontre sa capacité de lecture du contexte urbain faisant référence à la morphologie du tissu urbain (relation entre bâti et espaces publics, intégration paysagère).	+	- les références présentées correspondent à des échelles et à des problématiques comparables à celles du site Optima - les exemples démontrent le savoir faire et l'expérience du candidat concernant l'analyse d'un contexte urbain complexe - l'architecture proposée est fortement reconnaissable et donne au site et au projet une identité propre - les références sont accompagnées de schémas, plans et coupes qui permettent une meilleure compréhension de l'organisation spatiale interne	+ à ++
9	POLO ARCHITECTS	- le candidat a effectué une analyse détaillée du contexte urbain significative et pertinente par rapport à l'objet du marché - le bureau développe une approche de durabilité qui prend en considération une vision intégrée de l'architecture, en illustrant le problème de la conception en rapport à des solutions de techniques spéciales et de la conservation de la biodiversité du site	++	- les références présentées permettent de percevoir la qualité architecturale des bâtiments - l'intégration des plans et des coupes permet d'évaluer la capacité du candidat de transformer la demande d'un programme d'une école en une réponse spatiale adéquate et pertinente - les projets proposés disposent d'une identité forte en termes d'architecture : rythme du bâti et rapport avec le contexte urbain.	+

10	ASSOCIATION MOMENTANEE : BAEB CONIX RDBM	<ul style="list-style-type: none"> - les motifs de la participation ne démontrent pas la traduction des réflexions exprimées dans une claire vision architecturale /technique. La note ne fait pas référence au site objet du marché mais elle approche des thématiques plus vastes et moins pertinentes aux fins de la compréhension des motivations des soumissionnaires. - la note ne permet pas d'apprécier de manière détaillée l'efficacité et la fiabilité résultant de la conception globale du projet par l'association des deux bureaux d'études (textes de présentation standard). 	+/-	<ul style="list-style-type: none"> - le projet de l'Ecole Européenne traite les mêmes problématiques de conception d'un bâtiment scolaire à une échelle beaucoup plus importante par rapport à l'objet du marché. Cela implique une difficulté de comparaison en termes de solution architecturale et budgétaire adopté par rapport au site Optima. -les exemples d'architecture scolaire ne démontrent pas suffisamment la capacité du bureau à gérer l'intégration urbaine à l'échelle du quartier (intégration dans un contexte urbain complexe et fragmenté) - la référence la plus pertinente (programme: 2 écoles primaires) s'avère inférieure en terme de qualité architecturale par rapport aux autres candidats. 	+/-
11	ATELIER D'ARCHITECTU- RE MATHEN				
12	ASSOCIATION MOMENTANÉE: BURO II & ARCHI+I GRONTMIJ	<ul style="list-style-type: none"> - la note est clairement organisée et fait référence au site objet du marché - les candidats démontrent la complémentarité de leurs expériences et de leur savoir faire - les candidats proposent une méthodologie spécifique pour le projet par rapport aux ambitions de développement durable 	+	<ul style="list-style-type: none"> - l'intégration des plans et des coupes permet d'évaluer la capacité du candidat à transformer la demande d'un programme d'une école en une réponse spatiale adéquate et pertinente - les solutions architecturales proposées offrent une forte identité au projet - l'organisation des espaces n'est pas banale et le résultat d'un travail réfléchi de recherche architecturale 	+ à ++
13	TRAIT NORRENBORG & SOMERS ARCHITECTS SA	<ul style="list-style-type: none"> - la note de motivation est plutôt centrée sur les compétences du candidat et de ses sous-traitants 	+/- à +	<ul style="list-style-type: none"> - la capacité de conférer une identité au projet et au site n'a pas été jugée comme remarquable par rapport aux autres candidats - les exemples ne permettent pas de percevoir pleinement la capacité de l'organisation spatiale des architectures scolaires - les références s'avèrent inférieures en termes de qualité architecturale par rapport aux autres candidats 	+/-

14	ASSOCIATION MOMENTANÉE: A2M SPRL TECHNUM (TRACTEBEL ENGINEERING SA)	<ul style="list-style-type: none"> - la note est clairement organisée - la note démontre la vision globale du développement durable du candidat et son expérience dans le domaine - le candidat démontre sa volonté de conférer une identité au projet et au site avec des liens pertinents avec le site objet du marché 	+	<ul style="list-style-type: none"> - les candidats bénéficient de l'expérience de plusieurs projets similaires - développement d'une approche de durabilité liée à son expérience - les projets démontrent une volonté de réaliser une architecture de hautes ambitions qualitatives - la conception architecturale est fortement intégrée au développement et à la recherche de solutions techniques 	++
15	DE BOUWERIJ				

3.2.5 Conclusion de l'examen de la capacité technique des candidats

L'examen de la note ouverte et des exemples pertinents se révèle déterminant pour l'analyse de la capacité technique des bureaux d'étude et pour la réduction du nombre des candidats invités à introduire une offre.

Parmi les bureaux d'étude qui ont remis une candidature correspondant aux critères du niveau spécifique minimal exigé, l'examen des notes ouvertes a mis en évidence que 5 candidats démontrent d'une manière sensiblement supérieure leur motivation et leur expérience dans des projets similaires par rapport aux autres.

Lesdits candidats sont :

- le bureau d'étude MODULO Architects sprl
- le bureau d'étude B612 Associates
- le bureau d'étude POLO Architects
- l'association momentanée BURO II & ARCHI+I – Grontmij
- l'association momentanée A2M - TECHNUM

L'analyse des exemples pertinents a été réalisée au regard des capacités spécifiquement demandées à savoir, la capacité de concevoir des bâtiments scolaires, la capacité d'intégration urbaine compte tenu des contraintes du site, la capacité de conférer une identité au projet et au site et la capacité de maîtrise technique et budgétaire dans le cadre d'une construction passive et durable. La pertinence des exemples concernant la surface et le coût total des œuvres a également été considérée.

Cette analyse a mis en évidence 5 candidats qui ont démontré plus nettement leur aptitude à répondre à l'objet du marché et aux ambitions du Maître de l'Ouvrage au regard des capacités attendues des candidats.

Lesdits candidats sont:

- le bureau d'étude MODULO Architects sprl
- le bureau d'étude B612 Associates
- le bureau d'étude POLO Architects
- l'association momentanée BURO II & ARCHI+I – Grontmij
- l'association momentanée A2M - TECHNUM

4. Proposition de sélection des candidats

Sur base de l'examen administratif et technique des candidatures et de la comparaison de celles-ci, il est suggéré de sélectionner les candidats suivants :

MODULO Architects sprl
B612 Associates
POLO Architects
Association momentanée BURO II & ARCHI+I – Grontmij
Association momentanée A2M – TECHNUM

".

III.5. Le 22 septembre 2015, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse a adopté la délibération suivante:

- " Vu l'article 234 de la nouvelle loi communale;
Vu la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, et ses modifications ultérieures;
Vu la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration;
Vu l'ordonnance du 14 mai 1998 organisant la tutelle administrative sur les communes de la région de Bruxelles-Capitale;
Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, telle qu'elle a été modifiée à ce jour;
Vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics;
Vu la décision du conseil communal du 23 juin 2015 par laquelle il approuve le lancement du marché public de services visant à désigner un auteur de projet en vue de la conception et du suivi des travaux de construction d'une école fondamentale néerlandophone, d'une salle omnisports et l'extension d'une école fondamentale francophone ;
Considérant que la nature de la prestation à fournir est telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies avec une précision suffisante pour permettre l'attribution du marché par procédure ouverte ou restreinte;
Considérant que, conformément à l'article 26 § 2 3°, de la loi du 15 juin 2006, le présent marché de service est passé par procédure négociée avec publicité;
Vu le CSC Scha/Infra/2015/022 établi par le service Architecture;
Vu l'avis de marché publié le 6 juillet 2015 au Journal Officiel de l'Union européenne et au Bulletin des Adjudications ;
Considérant que la date limite d'introduction des candidatures a été fixée au 3 septembre 2015 ;
Considérant qu'à cette date, l'administration a constaté le dépôt de 15 dossiers de candidature des bureaux énoncés ci-après :
1. Arter – rue de l'Etuve 30 à 1000 Bruxelles
 2. Association momentanée AAC Architecture – B-Architecten-Avenue Louise 271 à 1050 Bruxelles
 3. Lava Architecten cvba – Parijstraat 74 à 3000 Leuven
 4. BOB361 Architects – Boulevard Poincaré 29 à 1070 Bruxelles
 5. Modulo Architects sprl – Chemin des Deux maisons 69/5 à 1200 Bruxelles
 6. beai sa – Avenue de la Foresterie 2 bte 1 à 1170 Bruxelles
 7. Association momentanée DIA (diagram architecture srl) – BSOLUTION sprl-rue du Serpentin 33 à 1050 Bruxelles
 8. B612 Associates – chaussée de Waterloo 1253 à 1180 Bruxelles
 9. POLO Architects – avenue du Port 86C bus 409 à 1000 Bruxelles
 10. Association momentanée BAEB-CONIX RDBM – rue de Koninck 40 bte 6 à 1080 Bruxelles
 11. Atelier d'Architecture Mathen – Rue Margot 6 à 1435 Corbais

12. Association momentanée BURO II et Archi +I - Grontmij – Rue J. Jordaens 18a à 1000 Bruxelles
13. Trait Norrenberg & Somers Architects sa – Avenue Molière 222 à 1050 Bruxelles
14. Association momentanée A2M sc SPRL-TECHNUM (TRACTEBEL ENGINEERING sa) – chaussée de Boondael 6 à 1050 Bruxelles
15. De Brouwerij – Marktpllein 33 à 1740 Ternat

Considérant que, conformément à l'avis de marché, les dossiers de candidature devaient présenter d'une part la situation propre des candidats exigés et d'autre part l'expérience et le savoir-faire des candidats par la production des références et d'une note ouverte;

Considérant que les candidatures des bureaux Arter, Lava Architecten, Atelier d'Architecture Mathen et De Brouwerij et l'association momentanée DIA – Bsolution sont incomplètes et ne répondent dès lors pas aux exigences de l'avis de marché;

Considérant que les 10 autres candidatures atteignent le seuil minimum de références exigé dans l'avis de marché;

Considérant que l'administration limite à maximum 5 les candidats invités à soumissionner et a dès lors intégré des critères de réduction afin de ne sélectionner que les candidats dont les références démontrent la meilleure aptitude à répondre à l'objet du marché;

Considérant que ces aspects sont évalués au moyen de la liste des principaux services exécutés, de la note ouverte et des exemples produits par le candidat permettant ainsi d'analyser le savoir-faire, l'efficacité, l'expérience et la fiabilité des candidats en regard des capacités spécifiques attendues;

Vu le rapport d'analyse des candidatures joint en annexe;

DECIDE

1. D'approuver le rapport d'analyse des candidatures joint à la présente délibération pour en faire partie intégrante;
2. de sélectionner les bureaux qui ont le mieux démontré une expertise pertinente quant à l'objet du marché, à savoir les bureaux Modulo Architects, B612 Associates, Polo Architects, les associations momentanées Buro II & Archi I – Grontmij et A2M- Technum;
3. D'envoyer aux candidats sélectionnés le CSC/Scha/Infra/2015/022 ;
4. D'écarter la candidature de l'association momentanée DIA – Bsolutions et des bureaux Arter, Lava Architecten, Atelier d'Architecture Mathen et De Bouwerij dont le dossier de candidature est incomplet;
5. Ecarter les bureaux BOB361 Architects, beai, Trait Architects, les associations momentanées AAC Architecture – Barchitecten et BAEB- Coninx RDBM dont les références transmises au dossier de candidature présentent un niveau d'expérience inférieur à celui des candidats retenus".

Cette délibération, qui constitue l'acte attaqué, a été notifiée à la partie requérante par un courrier daté du 2 octobre 2015 et confié à la Poste le 16 octobre 2015.

III.6. La demande de suspension d'extrême urgence a été introduite le 2 novembre 2015 sur la plate-forme électronique du Conseil d'Etat, soit le dernier jour utile du délai de quinze jours prévu par l'article 23, § 3, de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

IV. EXAMEN DE LA RECEVABILITE DE LA REQUETE

IV.1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse fait valoir que la requérante ne dispose d'aucun intérêt à la suspension de l'exécution de l'acte attaqué dans la mesure où il écarte d'autres candidatures que la sienne.

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

La décision attaquée fait uniquement grief à la partie requérante dans la mesure où, d'une part, elle sélectionne cinq candidats pour la poursuite de la procédure d'attribution et, d'autre part, écarte sa candidature en vue de cette poursuite de la procédure d'attribution.

La partie requérante ne subit aucun grief en ce que la décision attaquée écarte cinq autres candidats en raison du caractère incomplet de leur dossier de candidature et en ce qu'elle ne retient pas quatre autres candidats dont le niveau d'expérience est considéré comme inférieur à celui des candidats retenus.

L'exception est recevable et fondée.

V. EXAMEN DU BIEN-FONDE DE LA REQUETE

V.1. Examen de la première branche du moyen unique

V1.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie requérante

La partie requérante invoque la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence, des articles 5 et 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, 68 et 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des exigences relatives à la capacité technique reprises dans l'avis de marché, du principe de la motivation interne, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et, pour autant que de besoin, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991

relative à la motivation formelle des actes administratifs ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle fait en effet valoir que l'avis de marché impose aux candidats de fournir des références relatives aux missions réalisées au cours des cinq dernières années, alors que l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité ne permet au pouvoir adjudicateur d'exiger que la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années.

Elle développe cette première branche comme suit :

" L'article 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, applicable à la section qualitative dans le cadre des marchés de service, prévoit que la capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée :

« 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. [...] » [...].

Or, en méconnaissance de cet article, le point III.2.3), 2, de l'avis de marché, impose aux candidats de fournir «la liste des références pour des missions réalisées au cours des 5 dernières années et ayant au moins atteint le stade du permis d'urbanisme» [...].

Dans un arrêt du 27 février 2014 [n° 226.574], votre Conseil a eu à connaître d'une décision d'attribution rendue dans le cadre d'une procédure de passation d'un marché public d'auteur de projet dont le cahier spécial des charges, comme l'avis de marché en l'espèce, imposait aux soumissionnaires de fournir des références pour des missions réalisées au cours des 5 dernières années.

Votre Conseil a censuré cette illégalité et constaté à cet égard que :

«*Prima facie* encore, c'est à juste titre que les requérantes critiquent, par la première branche du premier moyen, le point c) des "Critères de sélection qualitative" en ce que la partie adverse y requiert deux certificats de bonne exécution de marchés de services d'architecture (d'auteur de projet) relatifs à des travaux réalisés depuis le 1^{er} janvier 2003, alors que l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit "la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années".

La partie adverse fait vainement valoir, dans sa note d'observations, que "la possibilité accordée de remonter cinq ans en arrière n'est pas illégale" et que "dans le cas d'espèce, le C.P.A.S. n'exige pas que les architectes disposent d'une grande ancienneté et d'une longue expérience".

Le point c) est clair en ce qu'il vise des travaux "réalisés depuis le 01/01/2003", ce qui paraît bien ne pas correspondre à l'article 72, 7°, précité, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011».

Les enseignements de l'arrêt précédemment reproduit sont entièrement transposables en l'espèce.

Le point III.2.3), 2, de l'avis de marché viole l'article 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

En sa première branche, le moyen est sérieux".

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse réfute le caractère sérieux de la première branche du moyen unique sur la base des motifs suivants :

- " La requérante avance que l'avis de marché, en imposant aux candidats de fournir «la liste de références pour des missions réalisées au cours des 5 dernières années et ayant atteint le stade du permis d'urbanisme» violerait l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, en ce que celui-ci limiterait la période de référence à trois ans.

Le Rapport au Roi sous l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'indique pas les raisons pour lesquelles a été retenue une période de trois ans concernant les références auxquelles le pouvoir adjudicateur peut avoir égard dans le cadre des marchés de services. Le Roi semble s'être borné à transposer littéralement l'article 48, § 2, de la directive 2004/18 [Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, J.O. L 134 du 30 avril 2004, pp. 114-240].

Or, ni les dispositions de la directive, ni ses considérants, ni la jurisprudence de la Cour de justice n'imposent d'interpréter la période de référence de trois ans prévue en matière de services et de fournitures (ou la période de cinq ans prévue en matière de travaux) comme étant à la fois un minimum et un maximum, auquel le pouvoir adjudicateur ne pourrait déroger en aucune hypothèse.

En ce sens, relevons d'ailleurs que le Code français des marchés publics, à l'occasion de la transposition de la directive 2004/18, a retenu une période de référence uniforme de cinq années en matière de marchés de travaux, de services et de fournitures.

L'article 220 de ce Code se lit en effet comme suit :

«A l'appui des candidatures et dans la mesure où ils sont nécessaires à l'appréciation des capacités professionnelles, techniques et financières des candidats, la personne soumise à la présente partie peut notamment demander les renseignements et documents suivants :

- une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires concernant les fournitures, services ou travaux objet du marché, réalisés au cours des trois derniers exercices disponibles;
- une déclaration appropriée de banques ou preuve d'une assurance pour les risques professionnels;
- des bilans ou extraits de bilans, concernant les trois dernières années, des opérateurs économiques pour lesquels l'établissement des bilans est obligatoire en vertu de la loi;
- une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du candidat et les effectifs du personnel d'encadrement pour chacune des trois dernières années ;
- la présentation d'une liste des principales fournitures ou des principaux services effectués au cours des cinq dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les livraisons et les prestations de services sont prouvées par des attestations du destinataire ou, à défaut, par une déclaration de l'opérateur économique;
- la présentation d'une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, appuyée d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces attestations indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin».

Dès lors que la Commission européenne n'a pas entamé de procédure en manquement contre la République française, sur la base de l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (ci-après «TFUE»), cette mesure de transposition doit être considérée comme compatible avec la directive 2004/18.

Au surplus, l'absence de tout élément permettant de fonder une interprétation restrictive de la période de référence de trois ans prévue par la directive 2004/18 concernant la capacité technique et professionnelle des prestataires de services, cette exigence doit, comme l'ensemble des dispositions de la directive, être interprétée de la manière susceptible de favoriser la libre circulation des services et d'assurer le niveau de concurrence le plus élevé entre prestataires de services. Ainsi, conformément au considérant 2 de la directive, «la passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'État, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence». Or, interdire de manière inconditionnelle à un pouvoir adjudicateur de retenir une période de référence plus longue, en fonction des particularités du marché en cause, a pour effet de restreindre la concurrence (en limitant le nombre d'entreprises susceptibles de répondre aux exigences de capacité technique et professionnelle) et favorise les prestataires de services bien établis sur le marché pertinent, au détriment des petites et moyennes entreprises et des prestataires émergents.

La nouvelle directive 2014/24 [Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, J.O. L 94/65 du 28 mars 2014] précise d'ailleurs explicitement que les périodes de référence pertinentes concernant l'évaluation de la capacité technique et professionnelle, qui sont restées identiques à celles prévues par l'article 48, § 2, de la directive 2004/18, peuvent être étendues afin de garantir un niveau de concurrence suffisant.

Ainsi, l'article 60, § 4, de la directive 2014/24 énonce que «la preuve des capacités techniques des opérateurs économiques peut être fournie par un ou plusieurs des moyens énumérés à l'annexe XII, partie II, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services». Conformément à l'annexe XII, partie II de cette directive, «les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques visées à l'article 58 sont :

a) les listes suivantes:

i) une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années tout au plus, assortie de certificats de bonne exécution et de résultats pour les travaux les plus importants; le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte;

ii) une liste des principales livraisons effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années tout au plus, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte».

Certes, le Conseil d'Etat a déjà jugé, notamment dans un arrêt cité par la requérante, que la période de référence de trois ans prévue à l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne pouvait être étendue. Outre le fait que l'arrêt invoqué concernait une procédure de marché public en une phase (procédure ouverte), cette jurisprudence, qui n'était pas critiquable à l'époque en l'absence de toute indication quant à l'interprétation à donner à l'article 72, 7° (dans la

directive, dans la jurisprudence de la Cour de justice, ou dans le rapport au Roi accompagnant l'arrêté royal), ne peut néanmoins plus être maintenue au vu des éléments mentionnés ci-dessus.

En effet, l'obligation d'interpréter l'arrêté royal du 15 juillet 2011 en conformité avec la directive 2004/18, dont le délai de transposition a expiré [Voy.: C.J.C.E., aff. jtes C-397/01 à 403/01, Pfeiffer, EU:C:2004:584, pt 115; C.J.C.E., aff. C-106/89, Marleasing, EU:C:1990:395; C.J.C.E., aff. 14/83, Von Colson, EU:C:1984:153, pts 26-28; C.E., arrêt n° 210.976 du 3 février 2011, NV SBS Belgium], empêche de considérer que la période de trois ans prévue à l'article 72, 7°, ne pourrait être étendue, alors que cette directive ne l'interdit manifestement pas.

Pareille interprétation restrictive de l'article 72, 7°, serait également incompatible avec les obligations imposées à l'Etat belge et à ses juridictions par la directive 2014/24. En effet, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, «si les Etats membres ne sont pas tenus d'adopter ces mesures avant l'expiration du délai de transposition, il résulte de l'application combinée des articles [4 § 3 TUE], et [288, 3^{ème} alinéa TFUE] et de la directive elle-même que, pendant ce délai, ils doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive» [C.J.C.E., aff. C-129/96, Inter-Environnement Wallonie, EU:C:1997:628, pt 45.].

Cette obligation d'abstention «s'impose à l'ensemble des autorités des Etats membres concernés, y compris les juridictions nationales» [C.J.C.E., aff. C-261/07, VTB-VAB, EU:C:2009:244, pt 39; C.J.C.E., aff. C-212/04, Adeneler e.a., EU:C:2006:443, pts 122 et 123]. Il en découle notamment que «dès la date à laquelle une directive est entrée en vigueur, les juridictions des Etats membres doivent s'abstenir dans la mesure du possible d'interpréter le droit interne d'une manière qui risquerait de compromettre sérieusement, après l'expiration du délai de transposition, la réalisation de l'objectif poursuivi par cette directive» [C.J.C.E., aff. C-261/07, VTB-VAB, EU:C:2009:244, pt 39; C.J.C.E., aff. C-212/04, Adeneler e.a., EU:C:2006:443, p 123].

Or, la directive 2014/24 a été publiée au Journal officiel de l'Union européenne le 28 mars 2014 et est entrée en vigueur le 17 avril 2014, conformément à l'article 297, § 1^{er}, 3^{ème} alinéa TFUE.

Il en découle que, à partir de cette date, les juridictions belges ne peuvent interpréter une norme interne, lorsque celle-ci est susceptible de plusieurs interprétations, en contrariété manifeste avec les dispositions de la directive 2014/24. Cela est d'autant plus vrai que, comme il a déjà été dit, aucun élément ne commande d'interpréter de manière limitative l'article 72, 7°, de l'arrêté royal et que la directive 2014/24 ne fait que préciser la directive 2004/18 sur ce point.

Par ailleurs, la partie adverse a également retenu comme critère de sélection les critères prévus à l'article 68 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui indique que le pouvoir adjudicateur peut dans les marchés de services évaluer la capacité technique ou professionnelle des candidats «de prestre les services en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité».

En effet, au point III.2.3.3 de l'avis de marché, elle sollicite des candidats qu'ils joignent à leur candidature une note par laquelle ils présentent notamment leur savoir-faire, leur efficacité, leur expérience et leur fiabilité à mener à bien le projet faisant l'objet du marché.

Or, le Rapport au Roi sous l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise que «la combinaison des articles 68 et 69 pour les catégories de marchés énumérées à l'article 68 peut s'effectuer comme suit : le pouvoir adjudicateur, qui, en

application de l'article 68, peut évaluer la capacité des candidats ou soumissionnaires en fonction notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité, dispose d'une grande latitude pour fixer le type de références à prendre en compte. Il peut ainsi porter son choix sur d'autres références que celles énumérées à l'article 69, par exemple, si c'est approprié, sur une certification ISO. Néanmoins, il peut, en se basant à la fois sur les articles 68 et 69, adapter en fonction des exigences particulières du marché les références figurant dans ce dernier article. Par contre, s'il opte pour l'application exclusive de l'article 69, le pouvoir adjudicateur doit se conformer aux exigences décrites dans ce dernier article (par exemple, pour la déclaration indiquant les effectifs prévue au 5°, ne pas excéder les trois dernières années» [Moniteur belge, 9 août 2011, p. 44900].

Le Rapport au Roi précise que «la combinaison des articles 68 et 72 peut s'effectuer *mutatis mutandis*, comme exposé dans le commentaire de l'article 69 portant sur les marchés de travaux» [Moniteur belge, 9 août 2011, p. 44901].

Il ressort de ce qui précède que l'arrêté royal du 15 juillet 2011 autorise expressément les pouvoirs adjudicateurs à «adapter en fonction des exigences particulières du marché les références figurant [aux articles 69 et 72]» lorsqu'ils recourent aux critères de sélection prévus à l'article 68.

La partie adverse était donc autorisée, par la réglementation des marchés publics elle-même, à étendre la période des références au-delà de la période de trois ans fixée par l'article 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Dès lors, étant entendu que la période de référence de l'article 72, 7°, ne peut être interprétée de manière restrictive et que l'article 68 autorise les pouvoirs adjudicateurs à adapter les références demandées à l'article 72 en fonction des exigences particulières du marché, la partie adverse a légitimement pu considérer que la nécessité de mettre en concurrence un nombre suffisant de candidats pouvant faire état de la fourniture de services très spécifiques (eu égard à la nature particulière des bâtiments scolaires) l'autorisait à fixer à cinq années la période de référence pertinente pour l'évaluation de la capacité technique et professionnelle des candidats. Ceci d'autant plus que la partie adverse entendait réduire, le cas échéant, le nombre de candidats invités à déposer une offre notamment sur la base des références dont les candidats pourraient se prévaloir.

La requérante, au-delà d'une critique de nature purement théorique, n'avance d'ailleurs aucunement en quoi le choix de cette période de référence serait déraisonnable ou lui aurait causé un préjudice particulier, d'autant qu'elle a inclus dans son dossier de candidature une attestation de bonne exécution pour des travaux achevés antérieurement à la période de trois ans précédant l'avis de marché (Cavalier A de la pièce 1 déposée à titre confidentiel).

Elle ne conteste pas non plus que la partie adverse a respecté pleinement son devoir de minutie et de traitement égalitaire des candidats, en procédant à la sélection qualitative sur la base des critères énoncés dans l'avis de marché, conformément au principe de transparence énoncé par le considérant 39 de la directive 2004/18 : «La vérification de l'aptitude des soumissionnaires, dans les procédures ouvertes, et des candidats, dans les procédures restreintes et négociées avec publication d'un avis de marché ainsi que dans le dialogue compétitif, et leur sélection devraient être effectuées dans des conditions de transparence. A cet effet, il convient d'indiquer les critères non discriminatoires que les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser pour sélectionner les concurrents et les moyens que les opérateurs économiques peuvent utiliser pour prouver qu'ils satisfont à ces critères. Dans cette perspective de transparence, le pouvoir adjudicateur devrait être tenu d'indiquer, dès la mise en concurrence d'un marché, les critères de sélection qu'il utilisera pour la sélection ainsi que le niveau de capacités spécifiques qu'il exige éventuellement

de la part des opérateurs économiques pour les admettre à la procédure de passation du marché».

Le moyen unique, en sa première branche, n'est pas sérieux.

Si le Conseil d'Etat, qui doit dans toute la mesure du possible interpréter le droit belge en conformité avec le droit européen, estimait néanmoins sérieuse la critique de la requérante, il lui incomberait, en toute dernière instance, d'adresser plusieurs questions préjudicielles en interprétation à la Cour de justice de l'Union européenne, sur la base de l'article 267 TFUE.

Il conviendrait en effet d'interroger la Cour de justice, d'une part, sur l'interprétation à donner à l'article 48, § 2, et, d'autre part, sur les effets éventuels à reconnaître à la directive 2014/24.

Le Conseil d'Etat pourrait poser les questions préjudicielles suivantes à la Cour de justice :

1. «L'article 48, § 2, a), ii) de la directive 2004/18, en ce qu'il prévoit que les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent être démontrées par la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, s'oppose-t-il à ce qu'une période de référence plus étendue soit retenue ?»

2. «Le droit national, en l'occurrence la jurisprudence d'une juridiction suprême, qui fixe que cette période de référence de trois ans constitue un minimum et un maximum indérogeables, est-il conforme l'article 48, § 2, a), ii), de la directive 2004/18 ?»

3. «Dans l'hypothèse où la deuxième question reçoit une réponse négative, la juridiction suprême est-elle autorisée, au regard des obligations qui découlent notamment de la jurisprudence de la Cour de justice (et notamment des arrêts C.J.C.E., 129/96, Inter-Environnement Wallonie, EU:C:1997:628, pt 45 ; C.J.C.E., aff. C-261/07, VTB-VAB, EU:C:2009:244, pt 39; C.J.C.E., aff. C-212/04, Adeneler e.a., EU:C:2006:443, p 123) à maintenir cette interprétation du droit national après l'entrée en vigueur de la directive 2014/24, qui prévoit en son article 60, § 4, lu en combinaison avec son annexe XII, partie II a), que "afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des produits ou services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte". Faut-il considérer que le maintien de cette interprétation restrictive par le Conseil d'Etat "risquerait de compromettre sérieusement, après l'expiration du délai de transposition, la réalisation de l'objectif" poursuivi par cette directive ?»

En tant que «juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours de droit interne», au sens de l'article 267 TFUE, le Conseil d'Etat est en principe «ten[u] de saisir la Cour». Certes, conformément à la jurisprudence Cilfit [C.J.C.E., aff. 283/81, CILFIT, EU:C:1982:335], les juridictions suprêmes ne sont pas obligées d'adresser pareille question si la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition du droit de l'Union concernée a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable.

Néanmoins, la marge de manœuvre des «juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours de droit interne» dans les hypothèses où un doute sérieux existe quant à l'interprétation d'une norme du droit de l'Union a été récemment relativisée par l'arrêt Ferreira da Silva [C.J.C.E., aff. C-160/14, Ferreira da Silva, EU:C:2015:565], rendu par la Cour de justice le 9 septembre 2015.

Les éléments pertinents de l'arrêt sont les suivants:

«36. Par sa deuxième question, la juridiction de renvoi cherche à savoir si, compte tenu de circonstances telles que celles en cause au principal, et, notamment, en raison du fait que des instances juridictionnelles inférieures ont adopté des décisions divergentes relatives à l'interprétation de la notion de "transfert d'établissement", au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2001/23, l'article 267, troisième alinéa, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne est en principe tenue de saisir la Cour aux fins de l'interprétation de cette notion.

37. A cet égard, s'il est vrai que la procédure instituée par l'article 267 TFUE est un instrument de coopération entre la Cour et les juridictions nationales, grâce auquel la première fournit aux secondes les éléments d'interprétation du droit de l'Union qui leur sont nécessaires pour la solution du litige qu'elles sont appelées à trancher, il n'en demeure pas moins que, lorsqu'il n'existe aucun recours juridictionnel de droit interne contre la décision d'une juridiction nationale, cette dernière est, en principe, tenue de saisir la Cour, conformément à l'article 267, troisième alinéa, TFUE, dès lors qu'une question relative à l'interprétation du droit de l'Union est soulevée devant elle (voir arrêt *Consiglio nazionale dei geologi et Autorità garante della concorrenza e del mercato*, C-136/12, EU:C:2013:489, point 25 et jurisprudence citée).

38. S'agissant de la portée de ladite obligation, il résulte d'une jurisprudence consolidée depuis le prononcé de l'arrêt *Cilfit* e.a. (283/81, EU:C:1982:335) qu'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue, lorsqu'une question du droit de l'Union se pose devant elle, de déférer à son obligation de saisine, à moins qu'elle n'ait constaté que la question soulevée n'est pas pertinente ou que la disposition du droit de l'Union concernée a déjà fait l'objet d'une interprétation de la part de la Cour ou que l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable.

39. La Cour a en outre précisé que l'existence d'une telle éventualité doit être évaluée en fonction des caractéristiques propres au droit de l'Union, des difficultés particulières que présente l'interprétation de ce dernier et du risque de divergences de jurisprudence à l'intérieur de l'Union (arrêt *Intermodal Transports*, C-495/03, EU:C:2005:552, point 33).

40. Certes, il appartient à la seule juridiction nationale d'apprécier si l'application correcte du droit de l'Union s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable et, en conséquence, de décider de s'abstenir de soumettre à la Cour une question d'interprétation du droit de l'Union qui a été soulevée devant elle (voir arrêt *Intermodal Transports*, C-495/03, EU:C:2005:552, point 37 et jurisprudence citée).

41. A cet égard, l'existence, à elle seule, de décisions contradictoires rendues par d'autres juridictions nationales ne saurait constituer un élément déterminant susceptible d'imposer l'obligation énoncée à l'article 267, troisième alinéa, TFUE.

42. La juridiction statuant en dernier ressort peut en effet estimer, nonobstant une interprétation déterminée d'une disposition du droit de l'Union effectuée par des juridictions subordonnées, que l'interprétation qu'elle se propose de donner de ladite disposition, différente de celle à laquelle se sont livrées ces juridictions, s'impose sans aucun doute raisonnable.

43. Il convient toutefois de souligner que, en ce qui concerne le domaine considéré en l'occurrence et ainsi qu'il résulte des points 24 à 27 du présent arrêt,

l'interprétation de la notion de "transfert d'établissement" a soulevé de nombreuses interrogations de la part d'un grand nombre de juridictions nationales qui, dès lors, se sont vues contraintes de saisir la Cour. Ces interrogations témoignent non seulement de l'existence de difficultés d'interprétation, mais également de la présence de risques de divergences de jurisprudence au niveau de l'Union.

44. Il s'ensuit que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, marquées à la fois par des courants jurisprudentiels contradictoires au niveau national au sujet de la notion de "transfert d'établissement", au sens de la directive 2001/23, et par des difficultés d'interprétation récurrentes de cette notion dans les différents Etats membres, une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne doit déférer à son obligation de saisine de la Cour et ce afin d'écarter le risque d'une interprétation erronée du droit de l'Union.

45. Il résulte des considérations qui précèdent qu'il y a lieu de répondre à la deuxième question que l'article 267, troisième alinéa, TFUE doit être interprété en ce sens qu'une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue de saisir la Cour d'une demande de décision préjudicielle relative à l'interprétation de la notion de "transfert d'établissement", au sens de l'article 1^{er}, paragraphe 1, de la directive 2001/23, dans des circonstances, telles que celles de l'affaire au principal, marquées à la fois par des décisions divergentes d'instances juridictionnelles inférieures quant à l'interprétation de cette notion et par des difficultés d'interprétation récurrentes de celle-ci dans les différents Etats membres».

Il en découle que, conformément à la jurisprudence la plus récente de la Cour de justice, le Conseil d'Etat devrait en l'espèce, sans pouvoir justifier son refus sur la base des exceptions prévues par la jurisprudence Cilfit, adresser une question préjudicielle à la Cour de justice.

Le fait que le présent recours constitue une procédure de suspension en extrême urgence ne pourrait à lui seul justifier l'éventuel refus d'adresser une question préjudicielle à la Cour de justice. Pareil refus inconditionnel dans les hypothèses où, comme en l'espèce, l'interprétation du droit de l'Union présente une importance centrale afin de juger la légalité de l'acte attaqué serait en effet susceptible de porter atteinte à l'efficacité et à l'interprétation uniforme du droit de l'Union, ainsi qu'aux droits qu'en tirent les parties en litige [K. WAUTERS et A. PERCY, «De Raad van Stater als EU-rechter», in *Le droit de l'Union européenne et le juge belge – Het recht van de Europese Unie en de Belgische rechter*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 249-250].

Par ailleurs, comme le confirment les «Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles» [J.O., C 338 du 6 novembre 2012, p. 1.], un renvoi préjudiciel peut, dans les conditions prévues à l'article 23bis du statut de la Cour de justice et à l'article 105 du règlement de procédure de la Cour de justice être soumis à une procédure accélérée.

Ces recommandations exposent notamment ce qui suit :

«38. Aux termes de l'article 105 du règlement de procédure, un renvoi préjudiciel peut être soumis à une procédure accélérée, dérogeant aux dispositions de ce règlement, lorsque la nature de l'affaire exige son traitement dans de brefs délais. Dès lors que cette procédure impose des contraintes importantes à tous les acteurs de la procédure et, notamment, à l'ensemble des Etats membres appelés à déposer des observations, écrites ou orales, dans des délais beaucoup plus brefs que les délais ordinaires, son application ne devrait être demandée que dans des circonstances particulières justifiant que la Cour se prononce rapidement sur les

questions posées. Le nombre important de personnes ou de situations juridiques potentiellement concernées par la décision que la juridiction de renvoi doit rendre après avoir saisi la Cour à titre préjudiciel ne constitue pas, en tant que tel, une circonstance exceptionnelle susceptible de justifier le recours à une procédure accélérée.
[...].

41. Pour permettre à la Cour de décider rapidement s'il convient de mettre en œuvre la procédure accélérée ou la procédure préjudicielle d'urgence, la demande doit exposer avec précision les circonstances de droit et de fait qui établissent l'urgence et, notamment, les risques encourus si le renvoi suit la procédure ordinaire.

42. Dans la mesure du possible, la juridiction de renvoi indique, de façon succincte, son point de vue sur la réponse à donner aux questions posées. Une telle indication facilite la prise de position des parties au litige au principal et des autres intéressés qui participent à la procédure, ainsi que la décision de la Cour, et contribue ainsi à la célérité de la procédure.

43. La demande d'application de la procédure accélérée ou de la procédure d'urgence doit être présentée sous une forme non ambiguë qui permet au greffe de la Cour de constater immédiatement que le dossier appelle un traitement spécifique. À cette fin, la juridiction de renvoi est invitée à préciser laquelle des deux procédures est requise en l'espèce et à assortir sa demande de la mention de l'article pertinent du règlement de procédure (l'article 105, relatif à la procédure accélérée, ou l'article 107, relatif à la procédure d'urgence).

Cette mention doit figurer à un endroit clairement identifiable de sa décision de renvoi (par exemple en entête ou par acte judiciaire séparé). Le cas échéant, une lettre d'accompagnement de la juridiction de renvoi peut utilement faire état de cette demande.

44. Pour ce qui concerne la décision de renvoi elle-même, son caractère succinct est d'autant plus important dans une situation d'urgence qu'il contribue à la célérité de la procédure».

On imagine d'ailleurs mal la Cour de justice refuser d'appliquer la procédure accélérée alors que cette célérité est nécessaire afin de préserver l'effectivité des voies de recours prévues par les directives de l'Union relatives aux marchés publics.

L'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme impose par ailleurs en toute hypothèse au Conseil d'Etat de justifier son éventuel refus d'adresser les questions préjudicielles à la Cour de justice les questions préjudicielles demandées par la partie adverse [Cour EDH, *Dhahbi c. Italie*, 8 avril 2014; Cour EDH, *Ullens de Schooten et Rezabek c. Belgique*, 20 septembre 2011 ; Voy. L. DONNAY, «L'obligation incombant au juge de poser une question préjudicielle à la Cour de justice, élément vaporeux du procès équitable», *RTDH*, 2013, n° 96, pp.887 et ss.; N. CARIAT et L. LEBOEUF, «Renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne et droit à un procès équitable», *J.T.*, 2012, pp. 673 à 677]".

C. Répliques des parties à l'audience

La partie requérante fait valoir que c'est bien l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité qui est visé dans l'avis de marché et non l'article 68 de cet arrêté. Elle observe par ailleurs que cette disposition est claire, en ce qu'elle se réfère à un délai de trois années, et est conforme à la directive 2004/18, que la

directive 2014/24 doit encore être transposée, que le renvoi au Code français est dépourvu de toute pertinence, et que l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ne peut manifestement pas être considéré comme une disposition contraire à la directive 2004/18.

La partie adverse, se référant aux arguments longuement développés dans sa note d'observations, fait valoir que ni l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ni le rapport au Roi y relatif ne permettent de pencher vers la solution restrictive précédemment adoptée par le Conseil d'Etat. Elle considère au contraire que tant une interprétation conforme du droit de l'Union européenne que l'application du droit belge, en l'occurrence celle de l'article 68 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui est visé au point 3.3.2. de l'avis de marché, amènent à considérer qu'une période de cinq années a pu être prévue. Elle fait encore valoir que la critique formulée par la partie requérante sur ce point est purement théorique et que celle-ci n'a donc pas d'intérêt à la première branche de son moyen unique. Elle demande enfin, pour les raisons développées dans sa note d'observations, que le Conseil d'Etat pose en tout état de cause à la Cour de justice de l'Union européenne, et ce, avant de statuer dans le cas d'espèce, les questions préjudicielles qu'elle a formulées dans sa note d'observations.

La partie requérante rétorque qu'elle a bien intérêt à la critique qu'elle formule, car si elle est potentiellement "sixième", elle pourrait gagner une place par l'écartement d'une des cinq candidatures retenues, du fait que cette candidature aurait fait valoir des références portant sur les quatrième et/ou cinquièmes années, ce que ne permet donc pas l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Se référant par ailleurs à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat sur ce point, elle s'oppose à ce que des questions préjudicielles soient posées à la Cour de justice dès le stade de la procédure d'extrême urgence.

V.1.2. Décision du Conseil d'Etat

Comme le fait valoir la partie requérante, celle-ci a un intérêt à la première branche de son moyen unique du fait qu'elle pourrait retrouver une chance d'être retenue parmi les cinq candidats choisis par la partie adverse pour continuer la procédure de sélection, s'il devait s'avérer que l'un ou plusieurs des candidats actuellement choisis devraient être écartés en raison de la violation avérée de l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Or, la technique de rédaction à laquelle a recouru la partie adverse ne permet pas de voir quelle est la période de référence qui a effectivement été prise en compte par celle-ci pour retenir les cinq candidatures, et pas celle de la requérante. Il n'y a, en conséquence, pas lieu de faire droit à l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse.

L'avis de marché, tout en se référant à l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, impose aux candidats de fournir "la liste des références pour des missions réalisées au cours des 5 dernières années et ayant au moins atteint le stade du permis d'urbanisme".

Or l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est rédigé 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;"

Par ailleurs, l'article 48, paragraphe 2, a), ii), de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services est rédigé comme suit :

- " 2. Les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent être justifiées d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services :
a) [...];
ii) la présentation d'une liste des principales livraisons ou des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. [...]"

A cet égard, si le considérant 2 de la directive 2004/18/CE prévoit certes, en sa première phrase, que "la passation de marchés conclus dans les États membres pour le compte de l'Etat, des collectivités territoriales et d'autres organismes de droit public doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, la proportionnalité et la transparence", la phrase suivante dispose que "toutefois, en ce qui concerne les marchés publics dépassant un certain montant, il est recommandé d'élaborer des dispositions en matière de coordination communautaire des procédures nationales de passation de ces marchés qui soient fondées sur ces principes de manière à garantir leurs effets ainsi qu'une mise en concurrence effective des marchés publics. Par conséquent, ces dispositions de coordination devraient être interprétées conformément aux règles et principes précités ainsi qu'aux autres règles du traité".

Parmi ces dispositions de coordination, figure l'article 48 de la directive qui doit être, certes, interprété conformément au principe de libre prestation de services mais aussi d'égalité. Mais ce texte clair ne laisse toutefois aucune marge d'appréciation ou d'interprétation aux Etats membres si ce n'est la question du point de départ de la période de référence, ce qui n'est pas querellé en l'espèce. Il ne prévoit pas non plus de mécanisme de dérogation par les Etats membres. Il y a donc bien lieu de considérer, au stade de l'examen en extrême urgence du recours, que l'avis de marché ne pouvait prévoir une période de référence de cinq années sans que cela ne doive être considéré tant comme une violation du droit de l'Union européenne que de l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Ce n'est du reste pas parce qu'un Etat membre aurait transposé l'article 48, paragraphe 2, a), ii), de la directive 2004/18/CE, d'une manière non conforme au texte de cet article, que les pouvoirs adjudicateurs d'un Etat membre ayant transposé cette disposition de manière conforme se trouveraient, de ce fait, déliés de plein droit de leur obligation d'appliquer leur droit national conforme à la directive. Le renvoi invoqué par la partie adverse au Code français des marchés publics est donc dépourvu de pertinence et la circonstance qu'une procédure d'infraction n'aurait pas été menée contre la France ne permet pas de conclure que la législation belge, elle aussi particulièrement claire, ne devrait plus être respectée par les pouvoirs adjudicateurs belges.

L'illégalité de l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, par rapport à l'article 48, paragraphe 2, a), ii), de la directive 2004/18/CE, n'étant, en conséquence, nullement démontrée, le Conseil d'Etat ne peut en écarter l'application en se fondant, pour ce faire, sur l'article 159 de la Constitution.

Il est vrai que la partie adverse renvoie également à la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE. Ce renvoi n'est cependant pas pertinent et ce, pour les motifs suivants.

Il y a tout d'abord lieu de relever que, contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, le délai de transposition de la directive 2014/24/UE n'a pas encore expiré. En effet, conformément à l'article 90, paragraphe 1^{er}, de la directive 2014/24/UE, cette directive ne doit être transposée que pour le 18 avril 2016 et ce n'est par ailleurs qu'à cette même date que la directive 2004/18/CE sera abrogée. L'obligation d'interpréter l'arrêté royal du 15 juillet 2011 conformément à la directive 2014/24/UE n'a donc pas de fondement juridique pertinent, la réglementation belge

devant toujours être interprétée conformément à la directive sur la base de laquelle elle a été prise.

De même, le renvoi, par la partie adverse, à la jurisprudence Inter-Environnement Wallonie de la Cour de justice de l'Union européenne et, donc, à l'obligation qui pèse sur les Etats membres de s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par une directive qui n'a pas encore été transposée et dont le délai de transposition n'est par ailleurs pas encore venu à expiration, est tout aussi dénué de pertinence. Tout d'abord, le texte clair de la directive 2004/18/CE empêche, en soi, comme il a déjà été exposé ci-dessus, une interprétation de son article 48, paragraphe 2, a), ii), permettant d'y lire "cinq" à la place de "trois" et, donc, de déroger à ce que prévoit explicitement l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Ensuite, l'on ne se situe pas ici dans une situation où il s'agirait d'adopter, dans le délai de transposition de ladite directive, une disposition qui aurait pour effet de compromettre sérieusement le résultat prescrit par une directive à transposer. Il ne s'agit, au contraire, que de faire application d'une disposition existante et adoptée bien avant la promulgation d'une nouvelle directive à transposer, avec cette conséquence que l'invocation de la jurisprudence Inter-Environnement Wallonie s'en trouve dépourvue de pertinence. Enfin, il y a lieu d'observer que, quoi qu'il en soit, la directive 2014/24/UE maintient le principe d'une période de référence de trois années pour l'examen de la capacité technique en vue de la prestation de services, mais permet simplement, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, une augmentation de cette période. Le principe reste donc bien la période de référence de trois années, tandis que l'augmentation de cette période constitue l'exception. A supposer donc, ce qui n'est pas le cas, qu'il faille déjà appliquer la directive 2014/24/UE, l'interprétation proposée par la partie adverse suppose, à tout le moins, la preuve, qui fait défaut en l'espèce, qu'un niveau de concurrence suffisant ne pouvait être atteint par le recours à la période de trois années. L'on n'aperçoit, donc, pas en quoi, en interprétant l'article 48, paragraphe 2, a), ii), de la directive 2004/18/CE tel qu'il se présente actuellement, cette directive n'étant pas encore abrogée, d'une manière conforme au texte même de cette disposition, le Conseil d'Etat compromettrait sérieusement le résultat prescrit par la directive 2014/24/UE qui maintient le principe des trois années pour la période de référence prise en compte pour l'examen de la capacité technique des candidats tout en prévoyant, qu'au 18 avril 2016 au plus tard, les Etats membres doivent avoir permis un éventuel allongement de cette période de référence. Il peut, à cet égard, être observé que la procédure suivie par la partie adverse est une procédure selon laquelle seuls les cinq candidats qu'elle juge les plus aptes seront admis à la suite de la procédure, et l'ont d'ailleurs été. Par le mécanisme de la sélection qualitative mis en place, la partie adverse cherche donc les candidats les plus aptes et il se conçoit

parfaitement que, parmi ces éléments d'aptitude, figure la réalisation de services au cours d'une période courte au lieu d'une période augmentée de deux tiers.

Par ailleurs, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas quelle conséquence peut tirer la partie adverse de la combinaison qu'elle invoque des articles 68 et 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. L'article 68 de cet arrêté ne constitue en effet pas une habilitation à déroger à l'article 72 de ce même arrêté. Or, il résulte de l'avis de marché que le pouvoir adjudicateur a, en l'espèce, expressément entendu faire application de l'article 72, 7°, puisque ce pouvoir adjudicateur vise spécifiquement cette disposition sans référence aucune à l'article 68. L'argument développé sur ce point par la partie adverse ne peut donc être considéré comme sérieux et ce, d'autant plus que le passage du rapport au Roi que cite la partie adverse à l'appui de sa thèse a trait à la combinaison des articles 68 et 69, et non des articles 68 et 72, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil d'Etat n'aperçoit non plus aucune raison de revenir sur la position adoptée dans son arrêt n° 226.574 du 27 février 2014, S.C.R.L. A3 et consorts : prévoir des références portant sur des services rendus sur une période supérieure à trois ans viole l'article 72, 7°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. La circonstance que cet arrêt a été rendu dans une procédure dite "ouverte" ne change rien au champ d'application de l'article 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, puisque l'article 58 du même arrêté impose une sélection qualitative.

Il y a donc lieu de considérer qu'aucun des arguments invoqués par la partie adverse ne peut être retenu.

Par ailleurs, ainsi que le Conseil d'Etat l'a déjà affirmé à diverses reprises, les questions préjudicielles que la partie adverse demandent de poser à la Cour de justice de l'Union européenne ne se concilient manifestement pas avec une procédure d'extrême urgence que les législateurs européen et belge ont voulue rapide et pourront, le cas échéant, être formulées au stade de la procédure en annulation, l'obligation de poser une ou des questions préjudicielles devant être examinée à ce moment-là et conformément à la jurisprudence de la Cour de justice que cite la partie adverse à l'appui de sa demande. Il n'y a, donc, pas lieu de poser, au stade de l'extrême urgence, les questions préjudicielles proposées et la jurisprudence de la Cour de justice citée par la partie adverse, pas plus que le renvoi aux "Recommandations à l'attention des juridictions nationales, relatives à l'introduction de procédures préjudicielles" auquel procède également la partie adverse, ne sont de nature à renverser cette conclusion.

La première branche du moyen unique est, en conséquence, sérieuse.

V.2. Examen de la deuxième branche du moyen unique

V.2.1. Thèses des parties

A. *Thèse de la partie requérante*

La partie requérante invoque la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des principes d'égalité et de non-discrimination, de transparence et de concurrence, des articles 5 et 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, 68 et 72 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des exigences relatives à la capacité technique reprises dans l'avis de marché, du principe de la motivation interne, des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et, pour autant que de besoin, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

Elle fait valoir que l'avis de marché est contraire à l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, en ce qu'il impose aux candidats de joindre à leur candidature la preuve de la souscription d'une assurance couvrant la responsabilité professionnelle de l'architecte, en ce compris la responsabilité décennale, auprès d'un organisme assureur présentant toutes les garanties de faisabilité, sans cependant préciser, comme le requiert l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de niveaux d'exigence.

Elle développe cette première branche comme suit :

" Le point III.2.2) de l'avis de marché impose aux candidats de joindre à leur candidature :

«la preuve de la souscription à une assurance couvrant la responsabilité professionnelle de l'architecte, en ce compris la responsabilité décennale, auprès d'un organisme assureur présentant toutes les garanties de faisabilité. Ce document doit également être fourni pour les partenaires dans le cas d'une association momentanée ou d'une sous-traitance» (pièce n° 2, p.7).

Cette prescription ne fournit aucune précision quant à l'étendue de la couverture, notamment en termes de franchise ou de montant maximal d'intervention de l'assureur. Elle ne fixe ainsi pas de manière suffisamment précise le niveau de référence que le pouvoir adjudicateur prend en compte pour l'évaluation de la capacité financière et économique des candidats.

Or, l'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit que :

«§ 1^{er}. Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :

[...]

2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché».

Force est de constater qu'en l'espèce, aucun niveau d'exigence n'est fixé.

Dans l'arrêt déjà évoqué du 27 février 2014 (cf. supra n° 15), le cahier spécial des charges imposait également aux soumissionnaires, dans le cadre de la sélection qualitative, de fournir la preuve de la souscription d'une assurance responsabilité civile, sans toutefois donner de précisions quant au niveau d'exigence à atteindre.

Votre Conseil a, ici encore, censuré cette illégalité et constaté que :

«*Prima facie*, c'est à juste titre que les requérantes affirment, par la première branche de leur premier moyen, que, dans les documents du marché, la partie adverse ne précise aucun niveau d'exigence à atteindre pour les critères de sélection de caractère économique et financier.

Elles paraissent pouvoir être suivies en ce qu'elles font valoir notamment qu'en imposant aux soumissionnaires, par les points c) et e) de la clause "Critères de sélection qualitative", de produire deux certificats de bonne exécution de marchés de services se rapportant à des travaux réalisés depuis le 1^{er} janvier 2003 dans des maisons de repos et de présenter une attestation couvrant la responsabilité professionnelle des architectes, la partie adverse n'énonce pas le seuil minimum à atteindre.

En cela en effet, *prima facie*, la partie adverse paraît avoir méconnu l'article 58, § 1^{er}, 2° de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

[...]

La partie adverse peut certes opposer à la seconde branche du moyen que la capacité du candidat peut être justifiée notamment par la preuve d'une assurance des risques professionnels sur le fondement de l'article 67, § 1^{er}, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Mais, *prima facie*, elle ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle soutient que ce critère ne doit pas être assorti d'un seuil, "un soumissionnaire étant assuré ou ne l'étant pas".

Il paraît bien être de notoriété publique qu'une assurance des risques professionnels peut être assortie de modalités qui tantôt en étendent, tantôt en réduisent la portée, en fixant par exemple des franchises ou des plafonds, ce que pourrait utilement devoir préciser le soumissionnaire.

Dans ces conditions, le premier moyen, en ses deux branches, est sérieux».

Les enseignements de l'arrêt précité peuvent être entièrement transposés au cas d'espèce.

Le point III.2.2) de l'avis de marché viole donc l'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Le moyen est sérieux en sa deuxième branche".

La partie requérante ajoute encore ce qui suit :

- " La requérante observe que le fait que l'article 58, § 1^{er}, 2°, poursuive en précisant qu'«en procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire», ne permet pas de déduire, *a contrario*, qu'il serait possible de ne fixer aucun niveau dans les autres procédures. En effet l'obligation de préciser les «niveaux d'exigences» des critères de sélection est applicable à tous les modes de passation. Sur la nuance existant entre les notions de «niveau minimum» et de «niveau d'exigence», voir B. TOLLET & P. JACOBS, «Zin en onzin van financiële selectiecriteria», Chronique des marchés publics 2014-2015, EBP, pp. 938 et 939 : «De auteurs hebben dan ook het raden naar de bedoeling van de wetgever door zowel te spreken van een "vereist niveau" als en "minimaal niveau". Tekstueel gezien komt dit immers op hetzelfde neer en ook de Raad van State lijkt in de zelfde richting te interpreteren. Te betreuen valt dit echter niet, want het lijkt, gelet op het transparantiebeginsel, toch noodzakelijk dat ondernemingen op basis van de aangekondigde en gepreciseerde kwalitatieve selectiecriteria met kennis van zaken kunnen oordelen of zij in aanmerking komen voor de uitvoering van de opdracht» (p. 939)".

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse réfute le caractère sérieux de la deuxième branche du moyen unique sur la base des motifs suivants :

- " La partie adverse a indiqué, au point III.2.2 de l'avis de marché, en ce qui concerne la capacité économique et financière, que «le candidat joindra à sa candidature la preuve de la souscription à une assurance couvrant la responsabilité professionnelle de l'architecte, en ce compris la responsabilité décennale, auprès d'un organisme assureur présentant toutes les garanties de faisabilité. Ce document doit également être fourni pour les partenaires dans le cas d'une association momentanée ou d'une sous-traitance».

La requérante ne critique pas le critère en tant que tel ni le fait qu'il serait inadéquat par rapport à l'objet du marché.

Elle soutient que la partie adverse aurait violé l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 en ne fixant pas pour ce critère un «niveau d'exigence» à atteindre.

L'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit toutefois ce qui suit :

«Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :

1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66 ;

2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir».

Cette disposition n'édicte l'obligation dans le chef du pouvoir adjudicateur de fixer dans l'avis de marché un niveau minimum à atteindre pour les critères de capacité qu'en procédure ouverte et en procédure négociée directe avec publicité.

La procédure de passation utilisée en l'espèce est toutefois la procédure négociée avec publicité. Il s'agit donc d'une procédure en deux temps pour laquelle l'article 58 n'impose pas au pouvoir adjudicateur de fixer dans l'avis de marché les niveaux minimums des critères de capacité.

La requérante ne peut pas être suivie lorsqu'elle indique dans sa note de bas de page n° 3 que «le fait que l'article 58, § 1^{er}, 2°, poursuive en précisant qu'"en procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire" ne permet pas de déduire, *a contrario*, qu'il serait possible de ne fixer aucun niveau dans les autres procédures. En effet l'obligation de préciser les "niveaux d'exigences" des critères de sélection est applicable à tous les modes de passation».

L'article 58 n'impose pas au pouvoir adjudicateur de fixer des «niveaux minimums» en procédure ouverte et en procédure négociée directe avec publicité et de fixer des «niveaux d'exigence» dans les autres procédures. La requérante ou la doctrine qu'elle cite n'explique d'ailleurs pas quelle pourrait être la différence entre ces deux «niveaux».

Lorsqu'il indique que le pouvoir adjudicateur doit «précise[r] [l]es critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché» et qu'«en procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire», l'article 58 prévoit en fait :

- qu'il appartient au pouvoir adjudicateur lui-même de préciser, dans l'avis de marché, les critères de capacité et, lorsque la réglementation l'impose (c'est-à-dire en procédure ouverte et en procédure négociée directe avec publicité), les niveaux minimums à atteindre et ;
- que le pouvoir adjudicateur doit fixer des critères de capacité qui soient liés et proportionnés à l'objet du marché et, lorsque la réglementation l'impose (c'est-à-dire en procédure ouverte et en procédure négociée directe avec publicité), des niveaux minimums à atteindre qui soient liés et proportionnés à l'objet du marché.

Le Rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précise également qu'«il appartient dès lors au pouvoir adjudicateur de fixer de façon univoque dans les documents du marché les références qu'il entend obtenir, voire les niveaux à atteindre par les entreprises pour pouvoir être prises en considération lors de la sélection» [Moniteur belge, 9 août 2011, p. 44899], ce qui implique que ce n'est que lorsque la réglementation l'impose que le pouvoir adjudicateur doit fixer les «niveaux» à atteindre.

Dans son arrêt n° 226.574 du 27 février 2014 cité par la requérante, le Conseil d'Etat a considéré que le pouvoir adjudicateur avait violé l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 pour les motifs suivants : «*prima facie*, [la partie adverse] ne paraît pas pouvoir être suivie en ce qu'elle soutient que ce critère ne doit pas être assorti d'un seuil, "un soumissionnaire étant assuré ou ne l'étant pas". Il paraît bien être de notoriété publique qu'une assurance des risques professionnels peut être assortie de modalités qui tantôt en étendent, tantôt en réduisent la portée, en fixant par exemple des franchises ou des plafonds, ce que pourrait utilement devoir préciser le soumissionnaire».

L'affaire ayant donné lieu à cet arrêt concernait toutefois une procédure de passation de marché en une phase. En effet, il ressort de cet arrêt que les soumissionnaires devaient démontrer dans leur offre qu'ils respectaient les critères de capacité. L'enseignement de cet arrêt n'est donc pas transposable dans la mesure où les obligations de la partie adverse en matière de sélection qualitative

sont différentes de celles qui étaient applicables au pouvoir adjudicateur visé dans cette affaire.

Il ressort de ce qui précède que la réglementation n'impose pas aux pouvoirs adjudicateurs de fixer dans les procédures en deux phases, comme c'était le cas en l'espèce, un «niveau»/un seuil à atteindre pour les critères de capacité. Tel n'est le cas que dans les procédures en une phase.

La critique de la requérante manque dès lors en droit.

Au surplus, précisons que, dans le régime des marchés publics antérieur à l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il était admis que le pouvoir adjudicateur pouvait décider, lorsqu'il n'avait pas précisé de niveaux minimums à respecter, de ne pas sélectionner un candidat ou un soumissionnaire s'il ne présentait manifestement pas, au regard de l'objet du marché, les capacités suffisantes fixées dans l'avis de marché [A.L. DURVIAUX, «Les nouveautés du droit des marchés publics en quelques mots-clés : la sélection qualitative», M.C.P.-O.o.O, 2012/2, p. 301 et C.E., arrêts n° 212.507 du 7 avril 2011 et n° 208.493 du 28 octobre 2010]. Le Conseil d'Etat ne censurait que l'erreur manifeste d'appréciation du pouvoir adjudicateur.

La requérante n'indique pas que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en sélectionnant un candidat dont la responsabilité professionnelle ne serait pas suffisamment couverte par une assurance.

La deuxième branche du moyen unique n'est dès lors pas sérieuse".

C. Répliques des parties à l'audience

La partie adverse maintient que l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 n'impose cette exigence minimale que pour les procédures se déroulant en une seule phase et, donc, pas pour les procédures de passation en deux phases. Elle considère par ailleurs que le texte de cette disposition est clair et n'est pas sujet à interprétation.

La partie requérante fait au contraire valoir que l'interprétation qu'elle donne de l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est conforme à l'arrêt de principe du Conseil d'Etat qu'elle a cité dans sa requête. Elle ajoute que la seconde phrase a été ajoutée, non pas pour être interprétée *a contrario*, mais bien pour préciser de manière expresse que la règle vaut aussi pour les procédures ouvertes. Elle fait encore valoir que l'interprétation à laquelle procède la partie adverse est, elle-même, illogique.

V.2.2. Décision du Conseil d'Etat

L'avis de marché impose aux candidats de joindre à leur candidature la preuve de la souscription à une assurance couvrant la responsabilité professionnelle de l'architecte, en ce compris la responsabilité décennale, auprès d'un organisme assureur présentant toutes les garanties de faisabilité. Ce document doit également

être fourni pour les partenaires dans le cas d'une association momentanée ou d'une sous-traitance (point III.2.2).

L'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est rédigé comme suit :

" Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :
1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;
2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.
Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir."

Il résulte donc, *prima facie*, de cet article que la circonstance que le marché soit passé en procédure restreinte n'entraîne que la non-application de la seconde phrase du 2°, à savoir l'exigence de la fixation d'un seuil minimum, mais non celle de la première phrase qui impose, de manière générale, tant la précision des critères de sélection qualitative que de leurs niveaux d'exigence.

La lecture de cet article à laquelle se livre la partie adverse est, par ailleurs, contraire tant à la disposition elle-même qu'aux explications données à son sujet dans le rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011 :

" L'alinéa 1^{er}, 2° dispose que les critères de sélection qualitative de nature financière, économique, technique ou en matière de capacité professionnelle doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur doit également déterminer le niveau requis de ces critères.
Dans les procédures se déroulant en une seule phase, le pouvoir adjudicateur doit sélectionner tous les soumissionnaires répondant à ses exigences minimales, sans qu'il puisse sur ce plan opérer un choix entre eux. Cette obligation est confirmée par la jurisprudence du Conseil d'État [...]"

Si l'obligation de fixer un niveau minimum ne vaut donc que pour les procédures se déroulant en une seule phase, à savoir les procédures dites "ouvertes" auxquelles il convient d'ajouter la procédure négociée directe avec publicité, il apparaît par contre, *prima facie*, que le pouvoir adjudicateur doit fixer, pour toutes les procédures, un niveau d'exigence par critère, ce qui lui permet de choisir, parmi ceux qui répondent à ces exigences, ceux qui lui semblent être les meilleurs au regard des critères et des exigences ainsi fixés.

Nombreux sont à cet égard les arrêts dans lesquels le Conseil d'Etat a considéré que la simple indication de la satisfaction à un critère de sélection qualitative sans détermination d'un niveau d'exigence est contraire à l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Le Conseil d'Etat a ainsi récemment considéré, dans son arrêt n° 232.049 du 14 août 2015, qu'"il n'est pas contesté par les parties que les assurances couvrant les risques professionnels peuvent être assorties de modalités qui en étendent ou en réduisent la portée, en fixant, par exemple, des franchises ou des plafonds. La seule exigence imposée par le cahier spécial des charges d'administrer la preuve que le soumissionnaire est couvert par une telle assurance n'est pas de nature à renseigner sur l'étendue du risque couvert, ni sur la part du risque assumée par l'assuré au titre de la franchise". Dans ce même arrêt, le Conseil d'Etat a encore précisé que "l'obligation de produire deux références de «missions concrètes d'architecture dans le domaine de la restauration sur des biens patrimoniaux classés comparables à l'édifice à restaurer» ne semble, à première vue, fixer aucun niveau d'exigence et encore moins un niveau minimum, comme l'impose l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité".

En l'espèce, il y a donc lieu de considérer, *prima facie*, que l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 semble bien avoir été violé, du fait que l'avis de marché ne fixe pas de niveau d'exigence concernant le critère relatif aux assurances couvrant la responsabilité professionnelle dont doivent faire preuve les candidats au marché public annoncé.

La deuxième branche du moyen unique est également sérieuse.

V.3. Examen des autres branches du moyen unique ainsi que du moyen soulevé d'office par le Premier auditeur chef de section

Dès lors que les autres branches du moyen unique ne sont pas de nature à conduire à une suspension de la décision attaquée de nature à avoir une portée plus large que celle résultant de l'examen des deux premières branches de ce moyen, il n'y a pas lieu de les examiner, à tout le moins, au stade de l'examen de la requête de suspension d'extrême urgence.

Il en va de même du moyen soulevé d'office par le Premier auditeur chef de section et pris de l'absence totale, tant dans la motivation formelle que dans la motivation matérielle de la décision attaquée, des motifs de fait susceptibles de justifier le recours à la procédure négociée avec publicité, moyen qui nécessiterait, en outre, de répondre à la question de savoir si, notamment à la suite de la réforme opérée par la loi du 20 janvier 2014 portant réforme de la compétence, de la procédure et de l'organisation du Conseil d'Etat, il est ou non admissible pour un membre de

l'Auditorat de soulever d'office des moyens d'ordre public dans le cadre d'une procédure de suspension d'extrême urgence, à tout le moins dans le cadre de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

VI. CONFIDENTIALITE

Dans sa requête, la partie requérante précise qu'elle dépose sa candidature (pièce 3 de son dossier de pièces) à titre confidentiel.

Dans sa note d'observations, la partie adverse demande que les candidatures des différents soumissionnaires et le cahier spécial des charges adressé aux candidats sélectionnés qu'elle dépose en pièces 1 à 16 du dossier administratif confidentiel soient soustraits à la consultation des parties.

Il y a lieu de faire droit à ces demandes, la levée de la confidentialité de ces pièces n'étant pas, à ce stade, nécessaire à la solution du litige.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la délibération du collège des bourgmestre et échevins de la commune de Schaerbeek du 22 septembre 2015 en tant que celle-ci écarte la candidature de la requérante dans le cadre du marché public ayant pour objet la "désignation d'un auteur de projet en vue des études et du suivi des travaux dans le cadre de la construction d'une école fondamentale néerlandophone, d'une extension pour une école fondamentale francophone et d'une salle omnisports" et en tant qu'elle sélectionne les bureaux Modulo Architects, B612 Associates, Polo Architects, les associations momentanées Buro II & Archi I – Grontmij et A2M – Technum.

Article 2.

La demande est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La pièce 3 du dossier de pièces de la partie requérante et les pièces 1 à 16 du dossier administratif confidentiel demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

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 à la partie n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

Article 6.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le seize décembre deux mille quinze par :

MM. Jacques JAUMOTTE, Président de chambre,
Vincent DURIEUX, Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques JAUMOTTE.