

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.956 du 26 février 2016

G./A.218.128/VI-20.694

- En cause :
- 1. la société anonyme ENTREPRISES ANDRE HOUYOUX**, en abrégé HOUYOUX CONSTRUCTIONS,
 - 2. la société civile sous forme de société privée à responsabilité limitée BEE ARCHITECT**,

ayant élu domicile chez
Mes Alexandre PIRSON et
Albert-Dominique LEJEUNE, avocats,
rue Simonon, n° 13,
4000 Liège,

contre :

la commune de Chappelle-lez-Herlaimont,
ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 20 janvier 2016, la société anonyme ENTREPRISES ANDRE HOUYOUX, en abrégé HOUYOUX CONSTRUCTIONS, et la société civile sous forme de société privée à responsabilité limitée BEE ARCHITECT sollicitent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de la décision prise le 30 décembre 2015, et envoyée par pli recommandé du 5 janvier 2016, par le collège communal de la commune de Chappelle-Lez-Herlaimont, d'attribuer le marché public de services et de travaux, ayant pour objet la conception/construction d'une école à Godarville, à la société M.I.G.N.O.N.E. et de ne pas attribuer le marché à la S.A. HOUYOUX CONSTRUCTIONS.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 21 janvier 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 11 février 2016 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.

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.

Me Alexandre PIRSON, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Thierry DELVAUX, *loco* Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue en son avis conforme/contraire.

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. En date du 8 juillet 2015, la partie adverse fait procéder à la publication au Bulletin des adjudications d'un avis de marché relatif à un marché public passé par appel d'offres ouvert, ayant pour objet : "la conception et la construction d'une école à Godarville" et dont le montant estimé est de 1.996.500 euro taxe sur la valeur ajoutée comprise.

III. 2. Le cahier spécial des charges relatif au marché en cause a été rédigé par l'intercommunale IDEA, mandatée par la partie adverse, et définit l'objet du marché comme suit :

" I.1. Description du marché

Le présent marché a pour objet la conception et la construction d'une école comprenant une section maternelle et une section primaire, sur base du projet préalablement élaboré par l'adjudicataire qui répondra aux prescriptions techniques minimales définies par le présent cahier des charges.

Le pouvoir adjudicateur considère en effet la conception et la construction de l'école comme un tout, pour lequel l'adjudicataire sera être intégralement tenu responsable.

La conception du projet devra, par conséquent, intégrer toutes les missions d'auteur de projet en ce compris l'architecture, la stabilité, les techniques spéciales, la PEB, l'acoustique, l'architecture d'intérieur, les essais préalables, etc.

Les travaux doivent quant à eux intégrer toutes les techniques associées au projet proposé.

L'adjudicataire se verra confier les missions suivantes:

- La conception de l'école et de ses abords;
- L'établissement des demandes et autorisations diverses liées à la construction de l'école et de ses abords (permis,...);
- La construction de l'école et de ses abords;
- L'équipement de l'école et de ses abords;
- Les travaux de raccordements de l'école aux réseaux concessionnaires;

Lieu d'exécution: Place Albert 1er à Godarville (Chapelle-Lez-Herlaimont) - voir Annexe C".

III. 3. Conformément au cahier spécial des charges, les exigences de capacité technique relatives à ce marché de même que les exigences requises, lesquelles sont également reprises dans l'avis de marché, sont formulées de la manière suivante :

" Capacité technique et références requises

Pour la partie conception :

- pour l'auteur de projet en architecture, une attestation de l'Ordre des Architectes qui déclare que le soumissionnaire répond à toutes les conditions légales et réglementaires d'exercice de la profession d'architecte (loi du 20 février 1939). Les personnes morales sont tenues de fournir cette attestation pour le responsable qui sera chargé de l'exécution du service d'architecture;
- une liste de référence reprenant les principales missions similaires exécutées au cours des trois dernières années en indiquant leur date de réalisation, leur destinataire, le type de maîtrise d'œuvre (association momentanée, sous-traitance, collaboration extérieure, etc.), leur montant, la précision du type d'intervention (rénovation, nouvelle construction, etc.) et le statut du projet (réalisé, en chantier, concours non remporté, etc.).

Le pouvoir adjudicateur accordera une valeur toute particulière aux références portant sur des services de même nature que ceux faisant l'objet du présent marché.

Pour la partie travaux :

- pour attester d'une capacité technique suffisante, le candidat doit disposer de l'agrégation minimum suivante : catégorie D classe 5.
- une liste de références reprenant les principaux travaux similaires réalisés au cours des cinq dernières années en indiquant leur date de réalisation, leur destinataire, le type de maîtrise d'œuvre (association momentanée, sous-traitance, collaboration extérieure, etc.), leur montant, la précision du type d'intervention (rénovation, nouvelle construction, etc.) et le statut du projet (réalisé, en chantier, concours non remporté, etc.).

Le cahier spécial des charges exclut par ailleurs les variantes du marché en cause.

III. 4. Le cahier spécial des charges prévoit par ailleurs que "toute offre dont le montant dépassera 1.650.000 € HTVA sera déclarée irrégulière".

III. 5. Les critères d'attribution sont quant à eux définis dans le cahier spécial des charges comme suit :

"

N°	Description	Poids sur 100 points
1	Prix du marché	45 points
	Ce critère sera jugé sur le coût global du marché pour le pouvoir adjudicateur	
2	Qualités urbanistique et architecturale	30 points
	- 2.1 Intégration du bâtiment dans le paysage urbain	10 points
	- 2.2 Esthétique du bâtiment dans ses aspects visibles de l'extérieur	5 points
	- 2.3 Organisation des espaces et des déplacements au sein de l'établissement et avec son environnement extérieur	5 points
	- 2.4 Niveau de confort à l'intérieur de l'établissement pour un environnement d'apprentissage et de travail stimulant	5 points
	- 2.5 Qualité et durabilité des matériaux utilisés	5 points
3	Qualité technique des bâtiments et des installations	25 points
	- de la qualité, de la robustesse et de la longévité de tous les équipements proposés (électricité, HVAC, traitement d'air, gestion des accès, incendie, intrusion, équipements ludiques, ...); - de l'accessibilité des différents ouvrages, équipements techniques et installations; - de la sécurité d'exploitation des installations; - de la facilité d'entretien et d'exploitation des installations;	

".

Le cahier spécial des charges précise par ailleurs que les critères n^{os} 2 et 3 feront l'objet de la méthodologie d'appréciation suivante:

" CRITERES N° 2 - Qualités urbanistique et architecturale (30 points)
CRITERES N° 3 - Qualité technique des bâtiments et des installations (25 points)

Chaque sous-critère sera coté selon une grille d'appréciation comportant 6 niveaux de qualité allant de +++ à ---

Ces niveaux s'interprètent comme suit :

+++ : Excellent
++ : Très bon
+ : Bon
- : Faible

-- : Insatisfaisant
--- : Nettement insatisfaisant

Une cote proportionnelle au nombre de points attribués au sous-critère considéré et au niveau de satisfaction, sera associée à chaque point de cette échelle de valeur. Chaque élément fera par ailleurs l'objet d'un commentaire soutenant le niveau d'appréciation retenu.

Documents à fournir
Voir pièces techniques".

III. 6. En page 25 du cahier spécial des charges, il est précisé que "l'adjudicataire est tenu d'exécuter ou de faire exécuter tous les travaux, ouvrages et installations nécessaires à l'obtention des résultats prescrits par les clauses techniques".

Préalablement à la définition des exigences techniques, il est encore indiqué dans le cahier spécial des charges que "étant donné le type de marché «conception-réalisation», le présent cahier spécial des charges et ses annexes fixent les performances minimums attendues par le pouvoir adjudicateur".

Le programme des travaux explicitant les exigences techniques liées au résultat à obtenir est défini au point III.4.4. du cahier spécial des charges.

III. 7. Lors de la séance d'ouverture des offres qui a lieu le 30 octobre 2015, il est constaté que trois entreprises ont remis offre.

Parmi les offres déposées figure celle déposée par la société anonyme M.I.G.N.O.N.E., et comprenant un volet "conception" assuré par l'Atelier d'Architecture Michel BOGNANNO SPRL, de même que celle déposée au nom de la première requérante, et comprenant un volet "conception" assuré par la seconde requérante.

III. 8. 1. Par un courrier du 2 décembre 2015, la partie adverse fait part de ce qui suit à la société M.I.G.N.O.N.E. :

" Dans le cadre de l'analyse de la sélection qualitative des soumissionnaires, pourriez-vous nous transmettre, conformément à l'article 59 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011 et au point III.2.2) de l'avis de marché, les informations suivantes : [...].

De plus, les listes de références transmises dans votre offre pour la partie conception et pour la partie travaux afin d'évaluer vos capacités techniques à exécuter le marché se révèlent incomplètes au regard de l'ensemble des informations demandées au point III.2.3) de l'avis de marché.

Par conséquent, nous vous prions de bien vouloir nous préciser :

- pour la partie conception : la date de réalisation des références transmises par la SPRL BOGNANNO, ainsi que le type de maîtrise d'œuvre, leur montant, la précision du type d'intervention et, enfin, le statut du projet;
- pour la partie travaux : les éléments qui, d'après vous, permettent de considérer que les références présentées dans votre offre sont similaires au présent marché".

III. 8. 2. Il est répondu à cette demande par un courrier du 11 décembre 2015.

S'agissant de la partie "Travaux", la société M.I.G.N.O.N.E. a fourni deux listes de références: une première liste de références relatives à des travaux en bâtiment et qui comporte 39 références, dont aucune n'apparaît concerner des travaux similaires à celui visé par le marché à attribuer, à savoir la construction d'une école; une seconde liste de références relatives à des travaux en électricité et qui comporte 63 références, dont deux ont trait à une école et trois à des crèches. Elle a par ailleurs à nouveau annexé à son courrier la plupart des attestations (Form. n° 4bis) qu'elle avait déjà déposées à l'appui de son offre.

III. 9. Le rapport d'analyse des offres est rédigé par IDEA le 22 décembre 2015.

Aux points 4.2. et 4.3., il est fait état de ce qui suit :

" 4.2. Capacités techniques – Renseignements et/ou documents demandés :
[...].

Pour la partie conception, l'attestation de l'Ordre des Architectes demandée a bien été fournie de la part des trois soumissionnaires de ce marché.

De plus, tous ont renseigné une liste de références reprenant les principales missions similaires exécutées au cours des trois dernières années par leurs auteurs de projet. La société MIGNONE a été invitée à préciser les références produites en application de l'article 59 précité. Il ressort des documents produits que les trois soumissionnaires disposent de références jugées satisfaisantes et suffisantes pour démontrer leur capacité technique en termes de conception.

Pour la partie travaux, les soumissionnaires disposent tous de l'agrément minimum demandée (voir ci-dessus).

En ce qui concerne les références communiquées, la société MIGNONE a également été invitée à préciser son offre à cet égard. Ce soumissionnaire a donc produit les compléments d'informations demandés. Il ressort des documents produits que les trois soumissionnaires disposent de références jugées satisfaisantes et suffisantes pour démontrer leur capacité technique en termes de réalisation.

4.3. Conclusion de la sélection qualitative

Tous les soumissionnaires sont sélectionnés pour la suite de la procédure".

Au point 5. "Analyse des offres", la sélection de la partie intervenante est justifiée comme suit :

" 5.1. Régularité des offres

Les offres reçues n'appellent aucune remarque à cet égard.

5.2. Analyse des offres sur base des critères d'attribution

Le cahier des charges prévoit que l'offre retenue sera l'offre la plus intéressante au regard des critères d'attribution suivants :

1. Prix du marché : 45 points
2. Qualités urbanistique et architecturale : 30 points
 - 2.1. Intégration du bâtiment dans le paysage urbain : 10 points
 - 2.2. Esthétique du bâtiment dans ses aspects visibles de l'extérieur : 5 points
 - 2.3. Organisation des espaces et des déplacements au sein de l'établissement et avec son environnement extérieur : 5 points
 - 2.4. Niveau de confort à l'intérieur de l'établissement pour un environnement d'apprentissage et de travail stimulant : 5 points
 - 2.5. Qualité et durabilité des matériaux utilisés : 5 points
3. Qualité technique des bâtiments et des installations : 25 points

Les offres ont été analysées par un comité composé de différents spécialistes. L'appréciation de celles-ci a été effectuée telle qu'annoncée dans le cahier des charges selon la méthode suivante :

Pour le critère n° 1 : application d'une formule arithmétique

Toute offre dont le montant dépasse 1.650.000 € HTVA est déclarée irrégulière.

Si V_i est le nombre de points et B le montant pivot fixé à 1.375.000,00 € HTVA.
Si P_i est le montant de l'offre conforme honoraires compris.

L'offre conforme P_i , dont le montant est inférieur ou égal à $0,9 \times B$, obtient le maximum des points, soit 45.

$V_{\max} = 45$ points

Si $P_i \leq 0,9 B$, alors $V_i = 45$

L'offre conforme P_i , dont le montant est égal à $1,2 \times B$, obtient zéro pour ce critère

Si $P_i = 1,2 B$, alors $V_i = 0$

L'offre conforme P_i , dont le montant est situé entre les deux limites précédentes, se voit attribuer la cote V_i selon la formule suivante :

Si $1,237.500 < P_i \leq 1.375.000$ alors $V_i = V_{\max} - 0,2 V_{\max} \times \left\{ 1 - \frac{B - (P_i)}{0,1B} \right\}$

Si $1,375.000 < P_i \leq 1.650.000$ alors $V_i = 0,8 V_{\max} \times \left\{ 1 - \frac{(P_i) - B}{0,2B} \right\}$

Pour les critères n° 2 et 3 : grille d'appréciation

Chaque sous-critère a été coté selon une grille d'appréciation comportant 6 niveaux de qualité allant de +++ à - -.

Ces niveaux s'interprètent comme suit :

+++	:	Excellent
++	:	Très bon

+ : Bon
 - : Faible
 - - : Insatisfaisant
 - - - : Nettement insatisfaisant

Une cote proportionnelle au nombre de points attribués au sous-critère considéré et au niveau de satisfaction, a été associée à chaque point de cette échelle de valeur. Chaque élément a par ailleurs fait l'objet d'un commentaire verbal soutenant le niveau d'appréciation retenu,

Remarque : afin de déterminer le niveau de satisfaction attribué aux différents sous-critères, les points forts et les points faibles de chacune des offres pour ces sous-critères ont été sommés. Par ailleurs, des niveaux de qualité différents ont été attribués en fonction de l'importance du point fort ou du point faible relevé (allant de - - - à +++).

5.2.1. Analyse de l'offre de MIGNONE s.a.

Le total des points obtenu par ce soumissionnaire est de 44,32 points.
Le tableau de cotation commenté est repris en annexe 1.

5.2.2. Analyse de l'offre de HOUYOUX s.a.

Le total des points obtenu par ce soumissionnaire est de 38,39 points.
Le tableau de cotation commenté est repris en annexe 2.

5.2.3. Analyse de l'offre de DRUEZ s.a.

Le total des points obtenu par ce soumissionnaire est de 29,89 points.
Le tableau de cotation commenté est repris en annexe 3.

5.3. Tableau de synthèse et conclusions de l'analyse des offres

	Critère 1 : Montant de l'offre		Critère 2 : Qualité urbanistique et architecturale du projet		Critère 3 : Qualité technique des bâtiments et des installations		TOTAL	
MIGNONE	45	0,99	30	22,50	25	20,83	100	44,32
HOUYOUX	45	5,89	30	15,83	25	16,67	100	38,39
DRUEZ	45	6,56	30	6,67	25	16,67	100	29,89

Au vu des critères d'attribution définis et de la méthode de cotation prévue au cahier des charges, la société MIGNONE s.a. a remis l'offre la plus intéressante pour le pouvoir adjudicateur.

Il convient par conséquent de vérifier sa situation au regard des causes d'exclusion qui figurent à l'article 61 de l'A.R. du 15 juillet 2011.

Il ressort de la vérification effectuée que ce soumissionnaire ne se trouve dans aucune des causes d'exclusion visées à cet article. Le marché peut donc lui être attribué".

III. 10. Par une délibération du 30 décembre 2015, le collège communal de la partie adverse décide:

- de sélectionner les trois soumissionnaires pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative;
- de considérer les offres des trois soumissionnaires comme complètes et régulières;
- d'approuver le rapport d'analyse des offres du 22 décembre 2015 rédigé par l'IDEA;
- de considérer ce rapport joint en annexe à la délibération comme faisant partie intégrante de la délibération;
- d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre la plus intéressante, en tenant compte des critères d'attribution définis et de la méthode de cotation prévue au cahier spécial des charges, soit M.I.G.N.O.N.E. S.A., pour le montant d'offre contrôlé de 1.642.445,59 euros hors TVA ou 1.740.992,33 euros avec 6 % TVA comprise;
- et d'octroyer, conformément aux dispositions du cahier spécial des charges, une indemnité de 5.000,00 euros hors TVA, à la première requérante, classée seconde, et 2.500,00 euros hors TVA à la firme DRUEZ S.A., classée troisième.

III. 11. Par courrier du 5 janvier 2016 adressé à la première requérante, la partie adverse:

- l'informe de la délibération du collège communal du 30 décembre 2015, décidant d'attribuer le marché en cause à un autre soumissionnaire;
- et lui transmet:
 - + un extrait de la délibération de son collège communal datant du 29 juin 2015 et relatif à la validation du marché public en cause et de son cahier des charges par le collège;
 - + le rapport d'analyse des offres concluant à l'attribution du marché à la société anonyme M.I.G.N.O.N.E. et classant l'offre de la première requérante en deuxième place.

III. 12. En date du 15 janvier 2016, les conseils de la première requérante interrogent la partie adverse pour solliciter les pièces et informations suivantes :

- " En page 4 du rapport d'attribution, il est fait mention d'une demande, par le pouvoir adjudicateur, de précisions relatives aux références produites par la société M.I.G.N.O.N.E. tant pour le volet conception que réalisation. Pourriez-vous dès lors nous indiquer quelles précisions ont été demandées et quelles sont les réponses qui ont été apportées par la société M.I.G.N.O.N.E. ?

Par ailleurs, auriez-vous la gentillesse de nous indiquer combien de références pour travaux similaires ont été produites par la société M.I.G.N.O.N.E. ?

Enfin, pourriez-vous nous indiquer si la S.A. M.I.G.N.O.N.E. a mentionné dans son offre qu'elle recourrait à un ou plusieurs sous-traitant(s) et, dans l'affirmative, si elle s'est prévalu des références de ce(s) sous-traitant(s) ?".

Par une demande complémentaire du 19 janvier 2016, les conseils de la première requérante sollicitent également copie de la délibération du 30 décembre 2015.

Par un courrier recommandé du 18 janvier 2016, dont la version courriel et télécopie est envoyée le lendemain et non le jour même, la partie adverse répond ce qui suit aux conseils de la première requérante:

- " Dans son offre, la société MIGNONE a fourni une liste de plus de 30 références «travaux» appuyées par des attestations de bonne exécution.

Suite à une première analyse de la sélection qualitative et en application de l'article 59 de l'Arrêté Royal du 15 juillet 2011, il a effectivement été demandé à cette entreprise de détailler ces références afin de pouvoir attester du caractère similaire de celles-ci au regard du présent marché.

Dans le complément reçu, l'entreprise précise davantage les prestations exécutées dans le cadre des références produites qui se répartissent en deux catégories : bâtiment et électricité.

Les documents fournis en matière de «bâtiment» ont permis au pouvoir adjudicateur de considérer que l'entreprise MIGNONE dispose de références suffisantes et satisfaisantes afin d'attester de la réalisation de travaux similaires à ceux faisant l'objet de ce marché, en termes notamment de destinataires, de fonctions et d'exigences de qualité des finitions.

Par ailleurs, si une liste de sous-traitants potentiels était bien jointe à l'offre de ce soumissionnaire, l'entreprise MIGNONE n'a toutefois pas souhaité faire valoir les références de ces sociétés pour justifier de sa capacité technique qui, pour rappel, a été jugée suffisante au vu des références présentées".

Par le même courrier, ils transmettent copie de la délibération du 30 décembre 2015 relative à l'attribution du marché en cause.

IV. RECEVABILITE RATIONE TEMPORIS

IV. 1. Thèse de la partie adverse

Se fondant sur la circonstance que le délai de recours en suspension est de quinze jours et court à compter de la communication de la décision motivée qui a eu lieu le 5 janvier 2016, la partie adverse fait valoir que le recours en suspension est tardif, car il n'a en effet été introduit que le 20 janvier 2016, alors que le dernier jour utile du délai de recours était le 19 janvier 2016.

Elle estime par ailleurs qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la jurisprudence qui consiste à ne faire courir le délai de recours qu'à partir du moment où le double envoi requis pour faire courir le délai d'attente a été effectué. Elle considère en effet que cette jurisprudence n'est suivie que dans les cas où le délai d'attente est applicable, ce qui n'est pas le cas en l'espèce, du fait que le marché litigieux est uniquement soumis à la publicité belge, qu'il se situe en-dessous des seuils prévus à cet effet et que le pouvoir adjudicateur n'a pas non plus entendu volontairement faire application du délai d'attente.

Elle relève enfin que les requérantes ne formulent aucun grief contre la décision d'attribution elle-même, tout en reconnaissant qu'elles ont bien pris connaissance du rapport d'analyse des offres à la suite de l'envoi du 5 décembre 2016.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Que le délai d'attente soit ou non applicable, le délai de recours en suspension est, en application des articles 23, paragraphes 1^{er} et 3, et 33 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, dans les deux cas de quinze jours à compter de la communication de l'acte.

Toujours dans les deux cas, il y a lieu, en application de l'article 68 de la même loi, de calculer ce délai de quinze jours conformément au Règlement (CEE Euratom) n° 1182/71 du Conseil du 3 juin 1971 portant détermination des règles applicables aux délais, aux dates et aux termes dans le droit communautaire. Or l'article 3, paragraphe 1, alinéa 2, de ce Règlement, qui est conforme sur ce point à la règle habituelle de computation du délai en droit belge traduite par l'adage "*dies a quo non computatur, dies ad quem computatur*", dispose :

" Si un délai exprimé en jours, en semaines, en mois ou en années, est à compter à partir du moment où survient un événement ou s'effectue un acte, le jour au cours duquel a lieu cet événement ou s'effectue cet acte n'est pas compté dans le délai".

En l'espèce, le premier jour du délai (le *dies a quo*) est donc le lendemain du jour de la communication de la décision attaquée qui a eu lieu par envoi du 5 janvier 2016, à savoir le 6 janvier 2016. Il s'ensuit que le dernier jour du délai de quinze jours (le *dies ad quem*) était le 20 janvier 2016. La présente demande de suspension d'extrême urgence, qui a bien été introduite par courrier recommandé du 20 janvier 2016, est en conséquence recevable *ratione temporis*.

Il n'y a, en conséquence, pas lieu de faire droit à l'exception d'irrecevabilité.

V. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN CE QUI CONCERNE LA SECONDE REQUERANTE – DECISION DU CONSEIL D'ETAT

Le recours en suspension est introduit par deux requérantes, à savoir la société anonyme ENTREPRISES ANDRE HOUYOUX, en abrégé HOUYOUX CONSTRUCTIONS et la société civile sous forme de société privée à responsabilité limitée BEE ARCHITECT, lesquelles ont toutes deux acquitté les droits requis pour l'enrôlement de leur requête.

La société HOUYOUX CONSTRUCTIONS est cependant la seule société à avoir officiellement déposé une offre et à s'être vue notifier la décision d'attribution du marché. De même, les courriers ultérieurs à cette notification n'ont été échangés qu'entre la partie adverse et les conseils de la société HOUYOUX CONSTRUCTIONS.

La question se pose dès lors de savoir si le recours en suspension est bien recevable en ce qu'il est introduit par la société BEE ARCHITECT, alors que cette société n'a pas officiellement signé l'offre déposée, qu'il n'y a pas eu non plus de constitution d'une société momentanée entre les deux requérantes et que la seconde requérante n'est pas non plus présentée dans la procédure d'attribution du marché comme un sous-traitant de la première requérante.

Invitées à s'expliquer sur ce point à l'audience, les requérantes ont tout d'abord observé que leur situation quant à la manière dont leur offre a officiellement été déposée est exactement la même que celle ayant trait à la société anonyme M.I.G.N.O.N.E., laquelle société est, en effet, la seule à avoir officiellement déposé l'offre établie à son nom et à celui de la société privée à responsabilité limitée ATELIER D'ARCHITECTURE MICHEL BOGNANNO. Elles justifient cette situation particulière par la spécificité du marché à attribuer, lequel porte simultanément sur la "conception" et la "construction" d'une école, le pouvoir adjudicateur ayant par ailleurs expressément précisé dans l'avis de marché qu'il considère la conception et la construction de l'école "comme un tout, pour lequel l'adjudicataire sera intégralement tenu responsable". Dans le point II.1.5) de l'avis de marché et dans le point I.1 du cahier spécial des charges, il est encore fait état de ce qui suit à ce sujet :

- " La conception du projet devra, par conséquent, intégrer toutes les missions d'auteur de projet, en ce compris l'architecture, la stabilité, les techniques spéciales, la PEB, l'acoustique, l'architecture d'intérieur, les essais préalables, etc.

Les travaux doivent quant à eux intégrer toutes les techniques associées au projet proposé.

L'adjudicataire se verra confier les missions suivantes :

- La conception de l'école et de ses abords;
- L'établissement des demandes et autorisations diverses liées à la construction de l'école et de ses abords (permis, ...);
- La construction de l'école et de ses abords;
- L'équipement de l'école et de ses abords;
- Les travaux de raccordements de l'école aux réseaux concessionnaires".

Les requérantes attirent également l'attention sur la divergence de jurisprudence qui oppose la Cour de cassation au Conseil d'Etat au sujet des obligations spécifiques des sociétés d'architectes liées au statut de la mission d'architecte, de même que sur les conséquences qui s'ensuivent quant aux questions de savoir si, d'une part, des architectes peuvent ou non entrer dans des sociétés momentanées et si, d'autre part, il est possible ou non qu'ils s'engagent solidairement avec des entreprises de construction.

A ce sujet, le Conseil d'Etat observe tout d'abord que la question de l'intérêt au recours dans le chef de la seconde requérante n'est contesté par la partie adverse ni dans sa note d'observations ni à l'audience.

Par ailleurs, il résulte des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée, qui sont rendus applicables au marché litigieux par l'article 31 de la même loi, que l'annulation et la suspension de l'exécution du présent marché public peuvent être demandées par "toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée" du droit communautaire en matière de marchés publics, de la législation en matière de marchés publics, de dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires, ainsi que des principes généraux du droit applicables au marché concerné, ou, encore, des documents du marché.

En l'espèce, le point I.8. du cahier spécial des charges, en son sous-point "I. Pièces juridiques" dispose :

- " Les pièces juridiques comportent :
1. le formulaire d'offre complété et signé par le soumissionnaire. Lorsque le soumissionnaire est une association sans personnalité juridique formée entre plusieurs personnes physiques ou morales, l'offre est signée par chacune d'entre elles. Celles-ci s'engagent solidairement et désignent celle d'entre elles qui sera chargée de représenter l'association vis-à-vis du pouvoir adjudicateur.
 2. une copie des statuts (ou au minimum les références de leur parution au Moniteur belge) ou de tout autre document légal prouvant l'identité et le pouvoir de signature des signataires de l'offre.
 3. une déclaration de la valeur globale des travaux et des services que le soumissionnaire compte confier à des tiers, ainsi que l'identification précise de ces tiers et de la nature des prestations qu'il envisage de confier à chacun d'eux. Tout tiers réalisant des travaux devra justifier de l'agrément requis".

Au regard de ce qui précède, il convient d'observer que le formulaire d'offre (annexe A) concernant les deux requérantes n'a été expressément signé que par l'administrateur délégué de la première partie requérante. Seule la première partie requérante est par ailleurs expressément mentionnée en tant que personne morale auteur de l'offre et la rubrique "Association momentanée" a été également biffée. Il s'ensuit que seule la première requérante s'est juridiquement engagée, de par la signature de son administrateur délégué, à exécuter le marché conformément aux clauses et conditions du cahier spécial des charges.

Il pourrait donc, *a priori*, être considéré que la seconde requérante, du fait qu'elle n'est pas officiellement un soumissionnaire dans le cadre de la procédure d'attribution du marché public qui fait l'objet du présent litige, ne peut non plus se présenter comme une personne ayant un intérêt à obtenir le marché litigieux, au sens des articles 14 et 15 de la loi du 17 juin 2013 précitée.

Toutefois, en l'espèce, le pouvoir adjudicateur a expressément mis l'accent, tant dans l'avis de marché que dans le cahier spécial des charges, sur le caractère interdépendant des deux parties du marché public qu'il envisage d'attribuer, à savoir la partie "conception" et la partie "construction" d'une nouvelle école. Ainsi, le point II.11 du cahier spécial des charges fait expressément état de ce que "[c]ompte tenu des particularités liées à un marché de conception-construction, il est expressément stipulé que l'architecte responsable du projet devra être personnellement présent lors de la période de construction sur simple demande du pouvoir adjudicateur". De même si le cahier spécial des charges se réfère à diverses reprises à la notion de "soumissionnaire" ou d'"adjudicataire", sans faire usage du pluriel, il n'en reste pas moins que la distinction est clairement faite, en d'autres endroits du cahier spécial des charges, entre la partie "conception", d'une part, et la partie "construction", d'autre part. Il en va tout spécialement ainsi en ce qui concerne la partie du cahier spécial des charges consacrée aux exigences requises des soumissionnaires en matière de "capacités financière et techniques".

Il est par ailleurs permis de constater que de nombreuses pièces qui figurent dans l'offre remise par les deux parties requérantes, dont notamment le fascicule de présentation générale de l'offre, expressément exigé sous peine de nullité d'office de l'offre par le point I.8.II., alinéa 3, a), du cahier spécial des charges, fait clairement état des deux requérantes dans la rubrique "soumissionnaire" qui figure au bas de nombreuses pages qui constituent ce fascicule. Il en va d'ailleurs de même pour ce qui concerne les documents architecturaux qui ont été annexés à l'offre, à savoir la note de synthèse et les documents graphiques.

De même, dès lors que le marché public en cause porte expressément tant sur la "conception" que sur la "construction" de l'école, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas la raison pour laquelle un architecte qui, comme c'est le cas de la seconde requérante, verrait sa partie "conception" mise en cause, tant au niveau de la régularité de l'offre que de son appréciation dans le cadre de l'analyse des offres, ne pourrait pas avoir, en tant que tel, un intérêt à faire prévaloir ses droits.

Ainsi donc, et même si la seconde requérante ne devait *in fine* pas pouvoir être juridiquement considérée comme un soumissionnaire au regard des exigences fixées à ce sujet par le pouvoir adjudicateur, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, compte tenu tant de la spécificité du marché public en cause que de l'importance que revêt la partie "conception" du marché, comment il serait possible, au stade de l'examen de la demande de suspension et sans examen plus approfondi de cette question, en quoi il serait possible d'affirmer, sans plus, que la seconde requérante ne pourrait être qualifiée de "personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir" le marché public en cause et qu'elle ne justifierait en conséquence pas d'un intérêt suffisant à agir dans le cadre de la présente cause.

Il y a donc lieu de conclure *prima facie* à la recevabilité de la demande de suspension d'extrême urgence en ce qui concerne la seconde requérante.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèse des parties

A. Requête

A.1. Première branche

Dans le cadre de leur premier moyen pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 5, 20 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 4 et 29 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, des articles 58, 67 à 69, 72 et 100 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes de proportionnalité, d'égalité de traitement, de transparence, de concurrence, de minutie et de bonne administration, de l'erreur des motifs, de la contradiction des motifs, de l'erreur de droit et de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que de l'article I.7 du cahier des charges, les requérantes font tout

d'abord valoir, dans une première branche que la partie adverse a, en contradiction des divers principes et dispositions visés au moyen, procédé à la sélection qualitative des soumissionnaires sans fixer le niveau d'exigence relatif aux références requises lui permettant de déterminer les candidatures admissibles au regard de la capacité technique des soumissionnaires, alors qu'il lui appartenait de définir un niveau d'exigence précis et proportionné dans les documents du marché et d'apprécier préalablement l'adéquation de l'offre par rapport à ce niveau d'exigence, et ce, au stade de la sélection des offres.

A l'appui de cette première branche, les requérantes font plus précisément valoir ce qui suit :

" 1.
L'article 5 de la loi de 2006 prévoit que «Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence. Les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des participants, conformément à une des procédures de passation déterminées au chapitre IV».
L'article 20 de cette loi précise que les règles de sélection qualitative en cause sont fixées par le Roi.

L'article 25 de la loi de 2006 consacre quant à lui le principe selon lequel, en appel d'offres, le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur, tenant compte des critères d'attribution.

L'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté du 15 juillet 2011 dispose que :

«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» (les requérantes soulignent).

L'article 68 du même arrêté dispose que «Dans le cas d'un marché de travaux, d'un marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou d'un marché de services, le pouvoir adjudicateur peut :

- 1° évaluer la capacité technique ou professionnelle des candidats ou des soumissionnaires d'exécuter les travaux, de réaliser l'installation ou de prêter les services en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité;
- 2° imposer aux personnes morales d'indiquer dans leur demande de participation ou dans leur offre les noms et les qualifications professionnelles appropriées des personnes chargées de l'exécution du marché».

L'article 69, 7°, du même arrêté précise quant à lui, pour les marchés de travaux, que la preuve de capacité technique peut se faire par «la présentation de la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années».

2.

La doctrine commentant Votre jurisprudence antérieure quant aux dispositions susvisées exposait déjà que, en matière de sélection qualitative, les documents de marché «ne peuvent pas se contenter d'énoncer des documents à verser par le candidat ou le soumissionnaire. Le pouvoir adjudicateur doit déterminer les seuils minimums requis lorsqu'il énonce des exigences en matière de références techniques et financières», illustrant ainsi son propos : «le pouvoir adjudicateur ne peut donc pas se limiter à exiger (...) "des références de travaux similaires". Il doit indiquer précisément dans l'avis de marché les seuils et niveaux d'exigences requis tels que, par exemple, (...) un nombre X de travaux, exécutés dans un domaine précis, d'une valeur minimale déterminée» (P. THIEL, «Critères de sélection et d'attribution des marchés publics», in D. RENDERS et K. WAUTERS, *Actualités du droit des marchés publics – Actualia Overheidopdrachten*, Bruxelles, Larcier, 2010, pp. 174 et 175).

La doctrine relative à l'article 58 de l'arrêté passation enseigne que la définition du niveau d'exigence minimum en procédure ouverte est ainsi une particularité du droit belge, qui est donc plus exigeant encore sur ce point que les directives européennes applicables (K. WAUTERS et T. CAMBIER, «Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative», C.D.P.K., 2012/3, p. 404).

Votre jurisprudence récente enseigne, et confirme, qu'il découle de l'article 58, §1^{er}, de «l'arrêté passation» que le pouvoir adjudicateur «est tenu de fixer un niveau minimum pour les critères et niveaux d'exigence en matière de sélection qualitative» (C.E., n° 232.049, SPRL Carole Brunin Architecte e.a., du 14 août 2015). Dans cette affaire, relative à un marché public de restauration d'un bâtiment public pour le compte de la Ville de Namur, Votre Conseil a ainsi jugé que «L'obligation de produire deux références de "missions complètes 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}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité. Les termes "comparables à l'édifice à restaurer", qui ne sont précisés par aucune indication d'exigence ni de seuil à atteindre, sont, par eux-mêmes, trop imprécis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu» (C.E., n° 232.049, SPRL Carole Brunin Architecte e.a., du 14 août 2015, précité – les requérantes soulignent).

Il ressort encore de Votre jurisprudence récente relative à l'article 58 précité de l'arrêté passation que «l'objectif clairement affirmé de cette disposition est en effet de fixer des niveaux de performance en rapport avec l'objet du marché» et que «l'absence d'indication de niveaux minimums peut être préjudiciable à la requérante dans la mesure où si de tels niveaux exigés par la loi avaient été fixés dans le respect de cette disposition, les autres concurrents et en particulier (... la société attributaire) n'auraient peut-être pas été sélectionnés» (C.E., n° 226.436, S.A. SEDE Benelux, du 14 février 2014). Dans cet arrêt, Votre Conseil a ainsi jugé illégal un marché reposant sur une sélection qualitative réalisée sur la base de critères de capacité technique ne définissant aucunement le nombre de références à atteindre ou encore la nature ou la qualité de celles-ci.

3.

En l'espèce, il ressort expressément de l'acte attaqué que la partie adverse n'a pas fixé un niveau d'exigence permettant de déterminer si le critère de capacité technique de références suffisantes - pourtant mentionné dans les documents de marché - était ou non rempli.

Ainsi, ni l'avis de marché, ni le cahier général des charges ne précisent :

- le nombre de références pertinentes requises;
- sur quelle base une référence est considérée comme étant une référence à des «travaux similaires»;
- les critères d'appréciation du caractère suffisant des références produites.

Dès lors, au regard de la jurisprudence susvisée, force est de constater que le pouvoir adjudicateur a mis en place un critère de capacité technique dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres ouverte sans en déterminer le niveau d'exigence, ni le seuil minimal à partir duquel le critère est rempli.

4.

Cette absence de définition est d'autant plus choquante que la partie adverse a mentionné, dans le rapport d'attribution, que les références produites, après explication du soumissionnaire évincé, étaient «suffisantes», ce qui sous-tend qu'une appréciation devait nécessairement être portée sur ce critère de sélection.

La réponse apportée à la première requérante, par la partie adverse, en date du 18 janvier 2016, confirme cet élément puisqu'il apparaît pour la première fois qu'une trentaine de référence se répartissant en deux catégories : bâtiment et électricité aurait été produites par le soumissionnaire retenu, et que certaines de celles-ci – dont la partie adverse se garde bien d'en chiffrer la quantité ni de préciser le nombre qui concerneraient la catégorie «bâtiment»– seraient pertinentes.

Pourtant, la réponse apportée par la partie adverse sous-tend qu'une partie de ces références sont non pertinentes puisqu'elles ne concernent que des interventions de chantier pour l'installation électrique. En outre, cette réponse du 18 janvier 2016 est apportée par la partie adverse, alors que le soumissionnaire retenu ne semble, de notoriété publique, pouvoir qu'apporter des preuves de références suffisantes pour le volet «électricité», et non pour des «travaux de bâtiment» dans leur ensemble, comme en atteste son site internet.

Dans ces circonstances, il apparaît de manière encore plus manifeste que la définition d'un niveau d'exigence précis et proportionné devait être insérée dans les documents de marché, ce que la partie adverse s'est abstenue de faire.

5.

Enfin, la partie adverse ne peut nier que ses documents de marchés ont abouti à ce qu'en réalité, aucune appréciation ne soit portée sur le critère de capacité technique qu'elle a elle-même mis en place, puisque la délibération de son collège communal du 30 décembre 2015 fait apparaître que les soumissionnaires sont sélectionnés «pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative».

En d'autres termes, et en contrariété manifeste avec Votre jurisprudence, la partie adverse a mis en place un critère de capacité technique, fondé sur l'expérience des soumissionnaires, mais s'est contentée de vérifier que des références ont été produites, sans faire état du nombre de références ou de la qualité de celles-ci, à partir desquelles l'exigence de capacité technique est remplie.

6.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, la première branche du moyen est sérieuse et fondée".

A. 2. Seconde branche

A l'appui de leur premier moyen, les requérantes font valoir, dans une seconde branche, fondée sur le défaut de motivation formelle adéquate de la décision attaquée relative à la capacité technique, que la partie adverse n'a pas exposé, dans l'acte attaqué et dans ses réponses fournies aux soumissionnaires, les motifs de fait et

de droit qui permettent de comprendre pourquoi la candidature du soumissionnaire retenu répondait aux exigences de capacité technique requises.

Elles font plus précisément valoir ce qui suit à l'appui de cette seconde branche :

" 1.
Les dispositions de la loi du 17 juin 2013 visée au moyen impliquent qu'il doit être possible, pour un soumissionnaire évincé, à la lecture de la décision par laquelle le pouvoir adjudicateur ne retient pas son offre, de comprendre les motifs, de fait et de droit, pour lesquels le soumissionnaire retenu a été sélectionné ou a répondu à des exigences de capacité technique définies par le pouvoir adjudicateur.

Par ailleurs, la loi de 1991 dispose, en son article 2, que les actes administratifs à portée individuelle doivent faire l'objet d'une motivation formelle et, en son article 3, que cette motivation consiste en l'indication dans l'acte, des dispositions de droit et de fait servant de fondement à la décision, et que cette motivation doit être adéquate.

La doctrine relative à l'appréciation des critères de capacité technique enseigne que «[par] l'utilisation d'un niveau déterminé le pouvoir adjudicateur pourrait viser une entreprise particulière en vue, soit de l'écarter, soit de la sélectionner, au mépris des autres. La motivation d'un niveau d'exigence peut donc s'avérer cruciale» (K. WAUTERS et T. CAMBIER, «Le droit d'accès aux marchés publics et la sélection qualitative», C.D.P.K., 2012/3, p. 404).

2.
En l'espèce, il est impossible, à la lecture de l'acte attaqué, de comprendre les raisons pour lesquelles le soumissionnaire retenu a été sélectionné, et ce, alors qu'aucun niveau d'exigence relatif aux références à produire n'a été défini et utilisé pour servir de critère d'appréciation de capacité technique.

Pourtant, la production de références à titre de critères d'appréciation est expressément exigée dans l'avis de marché et le cahier spécial des charges.

A cet égard, dans l'acte attaqué, la partie adverse se contente d'exposer, tant pour la partie «conception» que pour la partie «travaux» du marché, que la société MIGNONE «a été invitée à préciser son offre» à l'égard de ses références, «a produit les compléments d'informations demandés», et qu'il «ressort des documents produits, que les trois soumissionnaires disposent de références jugées satisfaisantes et suffisantes pour démontrer leur capacité technique» en termes de conception et de réalisation (acte attaqué, page 4 du rapport d'attribution).

Ce faisant, le pouvoir adjudicateur admet que l'insertion d'un critère de capacité technique, lié à des références, implique qu'il ne suffit pas de produire formellement des références à des marchés antérieurs pour satisfaire au critère de capacité technique, mais qu'il faut en outre répondre à des exigences, qu'il n'a pourtant définies ni dans les documents de marché, ni exposé dans l'acte attaqué.

3.
La lacune de motivation est d'autant plus criante, que des compléments ont été demandés au soumissionnaire évincé, mais qu'aucune précision n'est apportée par la partie adverse sur la nature des informations sollicitées, ou encore sur le contenu des réponses apportées.

Certes, dans son courrier du 18 janvier 2016, la partie adverse avance que le soumissionnaire retenu a précisé la nature des références produites, à savoir l'intervention au niveau du «bâtiment» ou de «l'électricité», mais la partie adverse ne précise nullement quelle proportion de références au bâtiment a été produite, et encore moins si les aspects qualitatifs et quantitatifs mis en avant dans ces références permettent de qualifier les références de «similaires» au marché en cause, comme l'exigent les documents du marché.

4.

L'obligation de motivation formelle adéquate était d'autant plus renforcée dans le chef de la partie adverse, que le site internet du soumissionnaire retenu met, effectivement, en avant une trentaine de références, celles-ci concernant quasi-exclusivement une intervention en électricité générale (ce qui ne constitue qu'un poste tout-à-fait mineur du marché en cause), et ce, alors qu'une seule référence concerne une construction, manifestement non classée dans la catégorie «travaux publics».

[...]

Pour cette même raison, aucune autre administration placée dans la même situation que la partie adverse n'aurait pu considérer, sans fixer le moindre niveau d'exigence, que la candidature du soumissionnaire retenu attestait de suffisamment de références pour des travaux «similaires». De ce fait, l'erreur commise par la partie adverse procède également de l'erreur manifeste d'appréciation.

5.

Enfin, les actes liés à l'acte attaqué comprennent des motifs contradictoires dès lors que le rapport d'attribution, et les précisions du pouvoir adjudicateur apportées le 18 janvier font état d'une appréciation du caractère suffisant des références données par les soumissionnaires (voir *supra*), alors que la délibération du collège communal du 30 décembre 2015 fait état d'une sélection des trois candidats «pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative».

Ainsi, la partie adverse ne semble pas elle-même savoir si les soumissionnaires ont satisfait [à la] sélection qualitative parce qu'ils ont joint formellement les références demandées ou parce que celles-ci étaient, sur la base de leur contenu, jugées suffisantes au regard de l'exigence technique requise.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, la seconde branche du moyen est sérieuse et fondée".

B. Note d'observations

B. 1. Première branche

La partie adverse rappelle tout d'abord que le cahier spécial des charges prévoit ce qui suit à propos des critères de capacité technique pour ce qui concerne la partie «travaux» du marché public à attribuer :

" Pour la partie travaux :

- Pour attester d'une capacité technique suffisante, le candidat doit disposer de l'agrément minimum suivante : catégorie D classe 5.
- Une liste de références reprenant les principaux travaux similaires réalisés au cours des cinq dernières années en indiquant leur date de réalisation, leur destinataire, le type de maîtrise d'œuvre (association momentanée,

sous-traitance, collaboration extérieure, etc.), leur montant, la précision du type d'intervention (rénovation, nouvelle construction, etc.) et le statut du projet (réalisé, en chantier, concours non remporté, etc.)".

Elle en déduit ce qui suit pour conclure au caractère non fondé de la première branche du premier moyen :

" 17. L'extrait reproduit ci-dessus signifie que tout soumissionnaire qui ne disposait pas au moins d'une agréation de «catégorie D classe 5» ne pouvait être considéré comme justifiant de la capacité technique requise. Cette agréation était donc bien «un niveau minimum» au sens de l'article 58, § 1^{er}, aliéna 1, 2°, de l'A.R. du 15 juillet 2011, car si ce niveau n'était pas atteint par un soumissionnaire, ce dernier ne pouvait pas être sélectionné.

Par conséquent, suivre la thèse des requérantes porterait atteinte à la foi due aux actes (art. 1320 du Code civil), puisque cela reviendrait à ignorer une disposition claire du cahier spécial des charges applicable.

18. Les requérantes ne pourraient objecter que l'agréation de «catégorie D classe 5» ne concerne que la partie travaux, et non la partie conception.

En effet :

- Premièrement, la partie travaux est la plus importante du marché en cause, puisque l'avis de marché qualifie expressément la commande litigieuse de «marché de travaux» (Avis de marché du 8 juillet 2015, page 3/15). Des dispositions du cahier des charges confirment cette qualification.
- Deuxièmement, et surtout, le marché litigieux n'est pas «divisible» ni scindé en lots. Il constitue un tout, de sorte que la circonstance qu'il ait un objet mixte (à la fois services et travaux) est indifférente. Aucun soumissionnaire ne peut être considéré comme justifiant de la capacité technique requise s'il ne dispose pas de l'agréation de «catégorie D classe 5». Ceci démontre clairement que l'agréation requise en l'espèce est un «niveau minimum»; si ce niveau n'était pas atteint par un soumissionnaire, il ne pouvait pas être sélectionné.

19. Il s'ensuit que l'article 58, § 1^{er}, aliéna 1, 2°, de l'A.R. du 15 juillet 2011 a été respecté.

Il s'ensuit également que l'arrêt n° 232.049 du 14 août 2015, S.P.R.L. Carole Brunin Architecte rendu par votre Conseil et invoqué par les requérantes n'est pas applicable ici.

Dans cette affaire, le cahier des charges exigeait au titre de la capacité technique la «preuve de l'inscription à l'Ordre des architectes» et deux références à propos d'immeubles «comparables à l'édifice à restaurer». Aucune autre exigence n'était formulée pour la capacité technique. Votre Conseil a jugé que «Les termes "comparables à l'édifice à restaurer", qui ne sont précisés par aucune indication d'exigence ni de seuil à atteindre, sont, par eux-mêmes, trop imprécis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu». Il a donc considéré que le cahier spécial des charges ne satisfaisait pas aux conditions de l'article 58, § 1^{er}, aliéna 1, 2°, de l'A.R. du 15 juillet 2011.

Cet arrêt est dénué de pertinence ici, puisque le cahier des charges applicable en l'espèce impose à tout soumissionnaire de disposer d'une agréation de «catégorie D classe 5» pour justifier de sa capacité technique.

20. L'arrêt n° 232.049 du 14 août 2015, précité, ne peut pas non plus être compris comme interdisant de manière absolue et indifférenciée tout critère de capacité technique exigeant des «références comparables» (ou «similaires», comme dans le cahier des charges applicable ici) :

- D'une part, l'arrêt précité a condamné ce critère pour l'unique raison que le cahier spécial des charges applicables ne contenait aucun (autre) critère de capacité technique prévoyant un «niveau minimum» au sens de l'article 58, § 1^{er}, aliéna 1, 2°, de l'A.R. du 15 juillet 2011.
- D'autre part, l'article 58, § 1^{er}, aliéna 1, 2°, de l'A.R. du 15 juillet 2011 ne fait pas obstacle (pour autant qu'il y ait un «niveau minimum» pour chacune [C.E. (6^e ch.), n° 150.292 du 17 octobre 2005, S.A. Yvan Paque e.a.; C.E. (6^e ch.), n° 202.195 du 22 mars 2010, S.A. Yvan Paque e.a.] des capacités – économique, financière et technique – comme en l'espèce [On rappellera que les requérantes dirigent leur critique prise du prétendu non-respect de l'article 58, § 1^{er}, aliéna 1, 2°, de l'A.R. du 15 juillet 2011 uniquement à l'encontre des critères de capacité technique (cf. spéc. page 10 de la requête en suspension, point n° 3)]), à ce que les critères de sélection qualitative prévoient par ailleurs des exigences dénuées d'indication de seuils à atteindre – telle qu'une exigence de références comparables ou similaires.

A cet égard, il y a lieu de rappeler que, sous le régime antérieur à celui de la Loi du 15 juin 2006, votre Conseil admettait sans difficulté la licéité d'une telle exigence.

Il soulignait en effet que le pouvoir adjudicateur disposait d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans la vérification du caractère similaire existant entre l'ouvrage projeté et les références produites (C.E. (6^e ch.), n° 150.292 du 17 octobre 2005, S.A. Yvan Paque e.a.; C.E. (6^e ch.), n° 202.195 du 22 mars 2010, S.A. Yvan Paque e.a.). La doctrine approuvait cette analyse (M.A. FLAMME e.a., Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, Tome 1A, 6^e éd., C.N.C., Bruxelles, 1996-1997, n° 2, p. 625; Ph. FLAMME, M.A. FLAMME et C. DARDENNE, Les marchés publics européens et belges, 2^e éd., Larcier, Bruxelles, 2009, n° 125, p. 160-161). Dans le cadre de cette jurisprudence, votre Conseil avait même jugé que l'exigence de références similaires ne signifie pas nécessairement que seules les références relatives à des montants proches de celui du marché litigieux sont admissibles (C.E. (6^e ch.), n° 223.741 du 5 juin 2013, S.A. Gestanet. Cf. également C.E., (12^e ch.), n° 220.490 du 30 août 1992, B.V.B.A. André Martens Gronden Kraanwerken e.a.).

Rien ne justifie qu'il en aille autrement sous l'empire de la Loi du 15 juin 2006, dès lors que l'article 58 de l'A.R. du 15 juillet 2011 est respecté. Un arrêt récent de votre Conseil le confirme d'ailleurs (C.E., (12^e ch.), n° 232.011 du 30 juillet 2015, B.V. IPS Group Benelux : «Voorts komt het in de eerste plaats aan de aanbestedende overheid toe de door de kandidaten voorgelegde referenties te beoordelen, waarbij zij over een zekere mate van beoordelingsvrijheid beschikt» (traduction libre : par ailleurs, il appartient en premier lieu au pouvoir adjudicateur d'apprécier les références produites par les candidats ; à cet égard, il dispose dans une certaine mesure d'un pouvoir d'appréciation). En l'espèce, le cahier des charges exigeait une «beschrijving van een vergelijkbare referentie-opdracht» (traduction libre : description d'un marché de référence comparable).

B. 2. Seconde branche

La partie adverse conclut également au caractère non fondé de la seconde branche du premier moyen sur la base de l'argumentaire suivant :

" [...]

b) Réplique : remarque liminaire

22. Selon la jurisprudence de votre Conseil, si la décision d'attribution doit reposer sur une motivation exacte, pertinente et suffisante, elle ne doit pas énoncer les «mots des mots» (Jurisprudence constante. Cf. notamment : C.E., n° 218.844 du 10 avril 2012, N.V. Schindler ; C.E., n° 218.323 du 6 mars 2012, S.A. Eurovia Belgium; C.E., n° 214.385 du 1^{er} juillet 2011, Commune de Schaerbeek); ceux-ci peuvent donc être explicités ultérieurement. Il s'ensuit que le pouvoir adjudicateur n'a pas l'obligation de répondre par anticipation dans la décision même à tous les arguments contraires que pourrait soulever l'une ou l'autre partie intéressée contre cette décision (C.E., 13 mai 1998, A.P.M., 1998, p. 95; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP 2016*, Kluwer, Waterloo, 2015, n° 641, p. 712).

En outre, et toujours selon la jurisprudence de votre Conseil, lorsque la sélection n'appelle pas d'observation, la motivation formelle peut être succincte (C.E., n° 222.109 du 17 janvier 2013; C.E., n° 224.400 du 26 juin 2013; P. THIEL, *Mémento des marchés publics et PPP 2016*, Kluwer, Waterloo, 2015, n° 642, p. 715).

Enfin, votre Conseil a jugé que si, en dépit d'une motivation prétendument insuffisante, la requérante formule des critiques démontrant qu'elle a compris les motifs de la (non-)sélection, la motivation est en définitive suffisante et adéquate (C.E., n° 97.319 du 29 juin 2001, A.P.M., p. 160).

c) Réplique (suite) : véritable grief des requérantes

23. Les requérantes prétendent ne pas «comprendre pourquoi la candidature du soumissionnaire retenu répondait aux exigences de capacité technique» (Requête en suspension, page 7).

La suite de la requête permet de constater que ce grief n'est pas celui des requérantes. Elles prétendent en effet qu'il serait en l'espèce «impossible ... de comprendre les raisons pour lesquelles le soumissionnaire retenu a été sélectionné», alors que (i) «la production de références à titre de critères d'appréciation est expressément exigée dans l'avis de marché et le cahier spécial des charges» (Requête en suspension, page 11) et que (ii) le site internet du soumissionnaire retenu «met en avant une trentaine de références [concernant] quasi-exclusivement une intervention en électricité générale ... alors qu'une seule référence concerne une construction, manifestement non classée dans la catégorie "travaux publics"» (Ibidem, page 12). Autrement dit, les requérantes ne se plaignent pas d'une motivation insuffisante, mais soutiennent en réalité que la motivation serait erronée : la lecture de la requête permet en effet de comprendre que, selon les requérantes, le soumissionnaire retenu ne dispose pas des références requises, contrairement à ce qu'énonce la décision attaquée.

24. L'examen du dossier administratif et, plus particulièrement, de l'offre de la S.A. MIGNONE permettra à votre Conseil de constater que, parmi les références mises en avant par ce soumissionnaire, les références suivantes attestent de sa capacité technique.

Au préalable, il convient de rappeler qu'une attestation de bonne exécution n'était pas indispensable, le cahier des charges admettant expressément les références pour des projets « en chantier » et donc en cours :

«Une liste de références reprenant les principales missions similaires exécutées au cours des cinq dernières années en indiquant leur date de réalisation, leur destinataire, le type de maîtrise d'œuvre (association momentanée, sous-traitance, collaboration extérieure, etc.), leur montant, la précision du type

d'intervention (rénovation, nouvelle construction, etc.) et le statut du projet (réalisé, en chantier, concours non remporté, etc.)».

Les références de la S.A. MIGNONE qui ont été jugées pertinentes sont les suivantes :

- «2013 : Commune de Manage – Démolition et reconstruction d'un bâtiment place de La Hestre à La Hestre – Montant total HTVA : 1.021.450,59 €». Cette référence a été jugée pertinente parce qu'elle porte sur des travaux de démolition et de reconstruction, d'un montant important et pour un pouvoir adjudicateur public.
- «2013 : SETCA Nivelles – Transformation d'un immeuble en bureau à Nivelles – Montant total HTVA : 546.838,05 €». Cette référence a été jugée pertinente en ce qui concerne la finition exigée au regard de la fonction (bureaux).
- «2013 : Ville de Merbes-le-Château – Aménagement d'une cure en bureau pour le CPAS à Merbes-le-Château – Montant total HTVA : 701.126,39 €». Cette référence a été jugée pertinente en ce qui concerne la finition exigée au regard de la fonction (bureaux) et en ce qui concerne le destinataire (public).
- «2015 : L-Carré – Réhabilitation et transformation d'un immeuble dédié aux arts de la musique à Strépy-Bracquegnies (en cours) – Montant total HTVA : 1.319.394,22 €». Cette référence a été jugée pertinente en ce qui concerne la finition exigée (acoustique) et en ce qui concerne le destinataire (école).
- «2015 : Le Forem – Marché de travaux relatif au désamiantage et à la rénovation de la Direction régionale de Mouscron (en cours) – Montant total HTVA : 608.855,39 €». Cette référence a été jugée pertinente en ce qui concerne la finition exigée au regard de la fonction (bureaux).

L'analyse qui précède s'est donc concentrée, pour admettre le caractère pertinent ou similaire d'une référence, sur la qualité du destinataire (public; école), sur le degré de finition et sur les fonctions similaires (accueil du public, gestion de groupes) de l'ouvrage visé par la référence. Cette façon de procéder est indemne de toute erreur manifeste d'appréciation et est parfaitement licite, puisque :

- la partie adverse dispose d'un pouvoir d'appréciation discrétionnaire dans la vérification du caractère similaire existant entre l'ouvrage projeté et les références produites (C.E. (6^e ch.), n° 150.292 du 17 octobre 2005, S.A. Yvan Paque e.a.; C.E. (6^e ch.), n° 202.195 du 22 mars 2010, S.A. Yvan Paque e.a.; C.E., (12^e ch.), n° 232.011 du 30 juillet 2015, B.V. IPS Group Benelux),
- et puisque l'exigence de références similaires ne signifie pas nécessairement que seules les références relatives à des montants proches de celui du marché litigieux doivent être admises (C.E. (6^e ch.), n° 223.741 du 5 juin 2013, S.A. Gestanet. Cf. également C.E., (12^e ch.), n° 220.490 du 30 août 1992, B.V.B.A. André Martens Gronden Kraanwerken e.a.).

d) Réplique (suite et fin) : prétendue contradiction dans les motifs

26. Enfin, les requérantes croient pouvoir déceler «des motifs contradictoires» dans la décision de sélectionner la S.A. MIGNONE, au motif que «le rapport d'attribution et les précisions du pouvoir adjudicateur apportées le 18 janvier [contrediraient] la délibération du collège communal du 30 décembre 2015» (Requête en suspension, page 13).

La contradiction est inexistante. Une lecture des passages pertinents suffit à l'établir :

- le rapport d'examen des offres énonce que : «Il ressort des documents produits que les trois soumissionnaires disposent de références jugées satisfaisantes et suffisantes pour démontrer leur capacité technique en termes de réalisation» (Rapport d'examen des offres, page 4);
- le courrier de la partie adverse du 18 janvier 2016 énonce que : «Les documents fournis en matière de "bâtiment" ont permis au pouvoir adjudicateur de considérer que l'entreprise MIGNONE dispose de références suffisantes et satisfaisantes afin d'attester de la réalisation de travaux similaires à ceux faisant l'objet de ce marché, en termes notamment de destinataires, de fonctions et d'exigences de qualité des finitions» (Courrier du 18 janvier 2016 de la commune de Chapelle-lez-Herlaimont);
- et la délibération du collège communal du 30 décembre 2015 énonce que : «DÉCIDE ... de sélectionner les soumissionnaires ... pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative; ... d'approuver le rapport d'examen des offres du 22 décembre 2015 ...; de considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération» (Délibération du collège communal).

Les différents documents épinglés par les requérantes ne contiennent aucune contradiction : ils concluent tous à la sélection de tous les soumissionnaires.

27. Pour le surplus, et à supposer qu'il y ait une contradiction, *quod non*, dans la mesure où la délibération du collège du 30 décembre 2015 et le courrier du 18 janvier 2016 renvoient tous deux au rapport d'examen des offres pour le détail de la motivation, c'est évidemment ce dernier qui prévaut".

C. Répliques des parties à l'audience

S'agissant de la première branche, les requérantes mettent à nouveau l'accent sur la spécificité du projet telle que mise en avant par le pouvoir adjudicateur, à savoir la "conception/construction" d'une école devant accueillir à la fois des élèves de maternelle et des élèves de primaire et pouvant encore être utilisée à d'autres fins telles que des activités de bibliothèque. Face à ces exigences, les requérantes estiment avoir joint à leur offre une très longue liste de références utiles et ont l'impression que l'on a caché cet aspect de leur offre en comparaison avec la liste fournie par d'autres soumissionnaires dont l'adjudicataire. Pour éviter une telle situation, il convenait que le pouvoir adjudicateur, en application de ce que prévoit l'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, fixe préalablement le ou les seuils minimums auxquels devaient répondre les références produites. Il s'agissait en d'autres termes de préciser dans les documents du marché à partir de quand les références produites pourraient être considérées comme suffisantes. Il ne suffit à cet égard pas de considérer, comme le fait valoir la partie adverse, que la seule exigence minimale imposée est l'agrément, et *a fortiori* pas le seul agrément relatif à la catégorie D, classe 5. La production conjointe d'une liste de références similaires était aussi de toute évidence une exigence de capacité technique et il y a bien eu à ce stade une appréciation par le pouvoir adjudicateur des références produites par les différents soumissionnaires.

S'agissant de la seconde branche, les requérantes réaffirment qu'au regard des pièces pouvant être consultées dans le dossier administratif, et notamment des précisions complémentaires apportées par l'adjudicataire suite à la demande du pouvoir adjudicateur, on ne comprend toujours pas ce qui a été pris en compte par le pouvoir adjudicateur dans l'appréciation des références pour considérer que ce qui était produit est suffisant, alors que la plupart des références portent sur des travaux d'électricité et que la plupart des marchés de référence concernent des montants bien inférieurs à celui du marché en cause.

Au regard des deux branches, la partie adverse maintient, pour sa part, que l'agrégation est bien une exigence minimale au sens de l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et que cette exigence n'a rien à voir avec la nécessité de faire également la preuve d'une certaine expérience. Il n'y avait donc pas lieu de fixer également un seuil minimum pour les références demandées et la demande de production de références relatives à des marchés «similaires» à celui en cause suffit au regard de la jurisprudence antérieure du Conseil d'Etat, le pouvoir adjudicateur ayant par ailleurs pu estimer suffisantes les références produites par l'adjudicataire. Il ressort en effet des cinq références produites et dont il est fait état dans la note d'observations que ces références attestent, à suffisance de droit, du caractère similaire des travaux réalisés, du degré de finition comparables de ceux-ci, ainsi que la qualité semblable des destinataires concernés par ces travaux. La partie adverse consent par ailleurs à l'audience à lever la confidentialité sur les différentes listes de référence produites par l'adjudicataire, listes qui ont, en conséquence, pu être consultées par les requérantes lors d'une suspension d'audience.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 44 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, lequel article constitue la disposition de référence dans le cas d'espèce, dispose comme suit, en ses paragraphes 1 et 2:

- " 1. L'attribution des marchés se fait sur la base des critères prévus aux articles 53 et 55, compte tenu de l'article 24, après vérification de l'aptitude des opérateurs économiques non exclus en vertu des articles 45 et 46, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément aux critères relatifs à la capacité économique et financière, aux connaissances ou capacités professionnelles et techniques visés aux articles 47 à 52 et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés au paragraphe 3.
2. Les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des niveaux minimaux de capacités, conformément aux articles 47 et 48, auxquels les candidats et les soumissionnaires doivent satisfaire.

L'étendue des informations visées aux articles 47 et 48 ainsi que les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché.
Ces niveaux minimaux sont indiqués dans l'avis de marché".

L'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qui concourt à la transposition de l'article 44 de la directive en droit interne, précise que 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. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire".

Il résulte de cette disposition, qu'en l'espèce, le pouvoir adjudicateur se devait de fixer un seuil minimum d'exigence pour les critères de sélection de capacité technique qu'il avait choisi de retenir. Les parties ne s'opposent d'ailleurs pas sur ce point, mais bien, d'une part, sur la question de savoir si ce seuil minimum a bien ou non été fixé dans le cas d'espèce et, d'autre part, si tel est bien le cas, sur la question de savoir si le pouvoir adjudicateur a ou non adéquatement motivé sa décision de retenir l'offre de l'adjudicataire au regard des exigences ainsi fixées en matière de critères de sélection relatifs à la capacité technique des soumissionnaires.

S'agissant de la première question, la partie adverse ne peut *prima facie* pas être suivie lorsqu'elle affirme que le simple fait d'avoir exigé une agrégation de "catégorie D classe 5" suffit à répondre à l'exigence de fixation d'un "niveau minimum" en ce qui concerne les exigences techniques formulées pour ce qui a trait à la partie "travaux" du marché public litigieux. S'il est vrai, en effet, que tant l'avis de marché que le cahier spécial des charges précisent que, pour attester d'une capacité technique suffisante, le candidat doit disposer au minimum de l'agrégation de "catégorie D classe 5", il n'en reste pas moins que le pouvoir adjudicateur a aussi expressément précisé au point III.2.3. ("Capacité technique") de l'avis de marché que les renseignements et formalités techniques qui sont nécessaires pour évaluer les exigences de capacité technique portent également, pour ce qui concerne toujours la partie "travaux" du marché, sur la production d' "une liste de références reprenant les principaux travaux similaires réalisés au cours des cinq dernières années en indiquant leur date de réalisation, leur destinataire, le type de maîtrise d'œuvre (association momentanée, sous-traitance, collaboration extérieure, etc.), leur montant, la précision du type d'intervention (rénovation, nouvelle construction, etc.) et le statut du projet

(réalisé, en chantier, concours non remporté, etc.)" (voir également, bien que moins explicite à ce sujet, le point I.7. ("Droit d'accès – Sélection qualitative"), rubrique "Capacité technique et références requises", du cahier spécial des charges).

Il y a donc lieu de considérer, contrairement à ce qu'affirme la partie adverse, que cette exigence de devoir également produire une liste de références reprenant les principaux travaux similaires réalisés au cours des cinq dernières années en indiquant les divers éléments dont il a été fait mention ci-dessus, constitue bien un critère de sélection qualitative de caractère technique au sens de l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Il s'ensuit qu'un niveau minimum d'exigence a également dû être fixé dans le cahier spécial des charges, du fait qu'un tel niveau minimum doit en effet être défini pour chaque critère de sélection qualitative retenu par le pouvoir adjudicateur.

En l'espèce, il y a donc bien eu, d'une part, une exigence minimale d'agrément, et, d'autre part, une exigence minimale de production de listes de références en application de l'article 69 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Les références ainsi produites par les soumissionnaires, tant pour ce qui concerne la partie "conception" du marché que pour ce qui a trait à sa partie "travaux", se rapportent bien à un critère de capacité technique distinct, lequel nécessitait en conséquence une appréciation distincte de la part du pouvoir adjudicateur. Cette constatation est encore renforcée par le courrier qui a été adressé à l'adjudicataire en date du 2 décembre 2015 et par lequel il lui a été demandé, dans le cadre de l'analyse de la sélection qualitative des soumissionnaires et conformément à l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, de fournir, notamment au sujet de la liste des références qui avait déjà été jointe à l'offre concernant la partie "travaux", les éléments qui, d'après l'adjudicataire, permettent de considérer que les références présentées dans l'offre sont similaires au marché public à attribuer. Ceci ressort encore à l'évidence du point 4 ("Sélection qualitative") du rapport d'analyse des offres établi le 22 décembre 2015, et plus particulièrement de la rubrique 4.2. ("Capacités techniques"), dont il résulte que la société anonyme M.I.G.N.O.N.E. a été invitée, tant pour la partie "conception" que pour la partie "travaux" du marché, à préciser les références produites en application de l'article 59 précité. S'agissant de la partie "travaux", il est d'ailleurs fait état de ce qui suit concernant les références relatives à cette partie: "En ce qui concerne les références communiquées, la société MIGNONE a également été invitée à préciser son offre à cet égard. Ce soumissionnaire a donc produit les compléments d'informations demandés. Il ressort des documents produits que les trois soumissionnaires disposent de références jugées satisfaisantes et suffisantes pour démontrer leur capacité technique en termes de réalisation", la conclusion en étant (rubrique 4.3. "Conclusion de la sélection qualitative" du rapport d'analyse des offres) que "[t]ous les soumissionnaires sont sélectionnés pour la suite de la procédure".

Etant donné qu'il y a ainsi lieu de considérer, du moins au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, que les listes de références de travaux similaires demandées par le pouvoir adjudicateur se rapportent bien aux exigences de capacité technique au sens de l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, il convient, avant même de se prononcer sur la question de savoir si la fixation des diverses exigences auxquelles devaient répondre ces travaux de référence répond bien à la fixation d'un "seuil minimum" au sens de ce même article, d'examiner si la partie adverse a ou non, au regard des circonstances du cas d'espèce, adéquatement motivé, tant sur le plan de la motivation formelle que sur celui de la motivation matérielle – et donc de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation à ce sujet –, sa décision de considérer comme "satisfaisante et suffisante" les diverses références produites par la société anonyme M.I.G.N.O.N.E. pour la partie "travaux" du marché.

A cet égard, s'il est également vrai que, selon la jurisprudence, le pouvoir adjudicateur peut se contenter d'une motivation formelle relativement succincte lorsqu'il peut être conclu, sans difficulté, à la sélection d'un soumissionnaire, notamment parce que les critères de sélection sont très précis et les offres remises très complètes sur ce plan, il n'en va pas de même lorsque la sélection ne va pas de soi, notamment lorsque la manière dont un critère de sélection est formulée laisse, même s'il peut être admis qu'elle fixe bien un niveau minimum d'exigence, une marge d'appréciation relativement large au pouvoir adjudicateur. *A fortiori* en va-t-il ainsi, en ce qui concerne l'exigence du caractère adéquat de la motivation de la décision d'attribution contestée, tant sur le plan formel que sur le plan matériel de celle-ci, lorsqu'il ressort clairement du dossier administratif produit, que les documents de référence joints à l'offre initiale ne suffisaient pas, sans demande d'explication complémentaire, à considérer que le soumissionnaire finalement sélectionné disposait d'emblée de la capacité technique requise au niveau du critère de sélection envisagé. Dans un tel cas de figure, il convient en effet que le pouvoir adjudicateur puisse faire état de son appréciation à ce sujet, tant au regard de la motivation formelle de sa décision qu'à celui de sa motivation matérielle.

Compte tenu de ce qui précède, il convient d'observer ce qui suit au regard du dossier administratif produit par la partie adverse et, plus spécialement, des pièces de ce dossier pour lesquelles cette partie n'a pas demandé la confidentialité ou à accepter de lever celle-ci lors de l'audience.

Les dispositions de l'avis de marché et du cahier spécial des charges relatives aux exigences à rencontrer par les soumissionnaires, s'agissant des listes de références à joindre à leur offre, ont déjà été largement exposées ci-avant.

Pour ce qui concerne la partie "conception", l'adjudicataire retenu a joint à son offre huit références, dont une est relative à l'aménagement d'une crèche dans un bâtiment existant et trois sont relatives à des travaux d'extension, de reconstruction ou de transformation d'écoles existantes. Ces références contenaient un descriptif d'ensemble des projets sans cependant reprendre les différents éléments énumérés dans les documents de marché. Pour ce qui concerne la partie "travaux", l'adjudicataire a joint à son offre une première liste énumérant divers "travaux de gros-œuvre - déjà effectués ou en cours", auxquels elle a participé et qui se répartissent sur une période allant de 2005 à 2013. Cinquante-six références ont ainsi été mentionnées, allant de la transformation ou de la rénovation de locaux ou de bâtiments à la construction de maisons ou d'appartements et ce, tant au profit de personnes privées que de personnes morales. L'une de ces références porte sur la transformation d'une crèche et une autre sur la réalisation d'un ensemble multifonctionnel. Une seconde liste fait ensuite état de références de "quelques travaux effectués" et comporte l'énumération de quatre-vingt huit références et ce, pour des travaux relatifs à des rénovations ou à des réalisations d'installations électriques. Parmi ces références, sept concernent des travaux dans des écoles et quatre des travaux dans des crèches. Diverses attestations de bonne exécution des travaux réalisés (Form. n° 4bis) ont par ailleurs été également annexées et ce, tant pour la partie "conception" que pour la partie "travaux" du marché.

Ainsi que cela a été exposé ci-avant, l'auteur du rapport d'analyse des offres n'a visiblement pas été convaincu par la prise de connaissance de ces différentes listes de référence, puisqu'il a invité l'adjudicataire retenu à compléter ces listes de référence et ce, en tenant compte des exigences formulées dans les documents du marché.

L'adjudicataire retenu a répondu à cette demande par courrier du 11 décembre 2015. S'agissant de la liste de références relative à la partie "conception", les mêmes références que celles déjà produites lors du dépôt des offres ont été remises, mais chaque référence a été dûment complétée par un tableau reprenant les divers éléments mentionnés dans les documents de marché. S'agissant de la partie "travaux", une première liste de références a été produite, intitulée "Liste de références des travaux en bâtiment MIGNONE SA – Déjà effectués ou en cours". Les références portent cette fois sur la période 2011 à 2015 et sont les mêmes, pour certaines, que celles dont il a déjà été fait état lors du dépôt de l'offre. Chacune des références fait état du bénéficiaire des travaux, personne privée ou personne morale, de la nature des travaux, ainsi que, pour certaines des références, du montant des travaux hors taxe sur la valeur ajoutée. Trente-neuf références ont, cette fois, été produites, dont aucune ne porte sur un travail de construction d'une école dans sa

totalité. Une seconde liste de références est également produite, intitulée "Liste de références des travaux en électricité MIGNONE SA", qui comprend, cette fois, soixante-trois références, dont la plupart sont des références déjà produites lors du dépôt de l'offre. Les nouvelles références portent sur des travaux réalisés depuis le dépôt de l'offre, mais aucune ne concerne la transformation ou la construction d'une école. L'adjudicataire a par ailleurs à nouveau produit les mêmes attestations (Form. n° 4bis) que celles déjà envoyées antérieurement, de même que quelques attestations relatives à des travaux postérieurs à la remise des offres.

C'est donc dans le contexte ainsi décrit qu'il est simplement fait état dans le rapport d'analyse des offres, s'agissant de la partie "travaux", que "Ce soumissionnaire [la société M.I.G.N.O.N.E.] a donc produit les compléments d'informations demandés. Il ressort des documents produits que les trois soumissionnaires disposent de références jugées satisfaisantes et suffisantes pour démontrer leur capacité technique en termes de réalisation". De même, la décision d'attribution présentement attaquée, outre qu'elle se limite à approuver le rapport d'analyse des offres et à le considérer comme faisant partie intégrante de la délibération, se contente de sélectionner les trois soumissionnaires retenus dans le rapport d'analyse des offres et de considérer que leurs offres sont complètes et régulières.

Au regard de ce qui précède, le Conseil d'Etat n'aperçoit tout d'abord pas, au regard de la motivation formelle de la décision attaquée, les motifs pour lesquels la partie adverse a finalement pu considérer que l'adjudicataire a bien produit les compléments d'informations demandés par courrier du 2 décembre 2015 et qu'il peut être considéré que cet adjudicataire, de par les documents qu'il a produits, dispose bien "de références jugées satisfaisantes et suffisantes pour démontrer sa capacité technique en termes de réalisation" du marché public à attribuer.

Plus fondamentalement encore, le Conseil d'Etat n'aperçoit pas, au regard de la motivation matérielle, ce qui a pu, compte tenu du dossier administratif produit par la partie adverse, amener à cette conclusion, l'auteur du rapport d'analyse des offres, tout d'abord, et le pouvoir adjudicateur, ensuite, et ce, alors même qu'il avait été clairement considéré, dans un premier temps, que les listes de références jointes à l'offre ne suffisaient pas à arriver à cette même conclusion.

La partie adverse tente bien d'indiquer, dans sa note d'observations, les cinq références qui auraient été finalement estimées pertinentes tant par l'auteur du rapport d'analyse des offres que par le pouvoir adjudicateur. Mais, outre que cette motivation n'apparaît formellement que sur un -voire même des documents si l'on tient compte des échanges de courriers intervenus en janvier 2016-, qui sont tous

postérieurs à la décision attaquée, il convient d'observer qu'une telle motivation ne ressort d'aucune pièce du dossier administratif établie préalablement à l'adoption de la décision attaquée.

Force est en outre de constater que, parmi les cinq références ainsi mises en avant dans la note d'observations, trois étaient déjà invoquées, de manière pratiquement identique, dans les listes initialement annexées à l'offre. Le Conseil d'Etat n'aperçoit donc pas comment ce qui avait été dans un premier temps considéré comme clairement insuffisant, serait, par la suite, devenu pertinent, sans que rien n'ait fondamentalement changé au regard du contenu de ces trois références et sans qu'aucune motivation ne puisse être trouvée à ce sujet.

Quant aux deux références restantes dont fait également état la partie adverse dans sa note d'observations, il convient d'observer que celles-ci ne présentent aucun rapport direct avec l'objet spécifique du marché à attribuer: l'une est, en effet, relative à des travaux en cours de transformation d'un immeuble dédié aux arts de la musique; l'autre à des travaux en cours de désamiantage et de rénovation de bureaux de l'administration. Il convenait donc, à tout le moins, que le dossier administratif fasse ressortir les raisons pour lesquelles ces deux références, combinées aux trois références déjà produites et dûment complétées, permettent finalement de considérer que l'adjudicataire retenu répond bien aux exigences minimales fixées en terme de capacité technique.

Au regard de ce qui précède et sans qu'il soit besoin de se prononcer au stade de l'examen de la présente demande de suspension, sur le caractère ou non sérieux de la première branche du premier moyen, il suffit de constater que la seconde branche de ce moyen est sérieuse, en ce qu'elle se fonde tant sur une motivation formelle de la décision attaquée que sur celui pris de l'erreur manifeste d'appréciation dans la motivation matérielle de cette même décision.

La première branche du moyen n'est, en conséquence, pas examinée.

VII. DEUXIEME ET TROISIEME MOYENS

La seconde branche du premier moyen étant reconnue sérieuse, il n'y a pas lieu d'examiner dès à présent les deuxième et troisième moyens de la requête qui, à les supposer sérieux, ne sont pas de nature à conduire à une suspension d'extrême urgence plus étendue de l'exécution de la décision querellée.

VIII. ETENDUE DE L'OBJET DE LA DEMANDE DE SUSPENSION

VIII. 1. Demande des parties requérantes

Outre la demande de suspension dirigée contre la décision du 30 décembre 2015 d'attribuer le marché à la société anonyme M.I.G.NO.N.E., les requérantes postulent également la suspension d'extrême urgence de l'exécution de la décision de ne pas leur attribuer ce marché.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'apparaît pas qu'en cas de suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché à la société anonyme M.I.G.NO.N.E, la partie adverse serait *de jure* tenue d'attribuer ce marché aux requérantes, quel que soit le moyen qui serait déclaré sérieux.

Ainsi, la partie adverse pourrait, à titre d'exemple, décider de retirer la décision expresse attaquée et de procéder à un nouvel examen des soumissions, ou encore renoncer à passer le marché.

Compte tenu des possibilités qui demeureraient ouvertes à la partie adverse à la suite d'un éventuel arrêt de suspension de l'exécution de la décision d'attribuer le marché à la société anonyme M.I.G.NO.N.E, la requête ne paraît pas recevable en son second objet.

IX. BALANCE DES INTERETS

Il n'y a plus lieu pour le Conseil d'Etat de se prononcer sur la balance des intérêts dès lors que la partie adverse, à l'audience, a expressément déclaré se désister sur ce point de sa note d'observations.

X. CONFIDENTIALITE DES PIECES

Les parties requérantes joignent à leur requête, à titre confidentiel, des extraits de l'offre qu'elles ont déposée dans le cadre du présent marché.

La partie adverse dépose à titre confidentiel les offres de tous les soumissionnaires ainsi que le courrier du 11 décembre 2015 de la société M.I.G.N.O.N.E. à IDEA.

A l'audience du 11 février 2016, le conseil de la partie adverse a accepté de lever la confidentialité de cette dernière pièce, ainsi que des fiches techniques relatives aux portes alvéolaires fournies par la société M.I.G.N.O.N.E..

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

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise le 30 décembre 2015 par le collège communal de la commune de Chapelle-Lez-Herlaimont, d'attribuer le marché public de services et de travaux, ayant pour objet la conception/construction d'une école à Godarville, à la société anonyme M.I.G.N.O.N.E.

Article 2.

La demande de suspension est rejetée pour le surplus.

Article 3.

La pièce 12 des annexes à la requête et les pièces A, C et D du dossier administratif (offres des soumissionnaires), demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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.

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
vingt-six février deux mille seize par :

M. Jacques JAUMOTTE, Président de chambre,
M^{me} Caroline HUGÉ, Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques JAUMOTTE.