

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 236.937 du 27 décembre 2016

G./A.220.914/VI-20.919

En cause : **la société anonyme FALCO,**

ayant élu domicile chez
Mes France GUERENNE et
Kevin POLET, avocats,
chemin du Stocquoy, n° 1,
1300 Wavre,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
HAUTE SENNE LOGEMENT,**

ayant élu domicile chez
Me Pierre TACHENION, avocat,
place du Parc, n° 7,
7000 Mons.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 9 décembre 2016, la société anonyme FALCO sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du conseil d'administration de la s.c.r.l. Haute Senne Logement du 26 octobre 2016 d'attribuer le lot n° 2 intitulé «Façades & divers» du marché public de travaux relatif à la «rénovation de logements (Pivert 2) sur 6 sites en 5 lots» à la s.a. Hullbridge".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 12 décembre 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 21 décembre 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 Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Kevin POLET, *loco* Mes France GUERENNE et Olivier JAUNIAUX, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Alain GUERITTE, *loco* Me Pierre TACHENON, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Geneviève MARTOU, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. Le 16 décembre 2015, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé d'approuver les conditions, le montant et le mode passation (adjudication ouverte) d'un marché de travaux relatif à la "rénovation de logements (Pivert 2) sur 6 sites en 5 lots".

III. 2. Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications, le 2 mai 2016. Aux termes de ce document, les offres devaient parvenir à la partie adverse au plus tard le 9 juin 2016 à 10h00.

Tant l'avis de marché que les clauses administratives du cahier spécial des charges (article 3.2) mentionnent, en ce qui concerne la sélection qualitative, que pour l'appréciation des capacités financière et technique du soumissionnaire, les références suivantes sont requises :

" Une copie de l'assurance des risques professionnels et la mention des montants assurés, la garantie minimale par sinistre pour les dommages corporels, matériels et immatériels confondus devant atteindre trois fois le montant de son offre".

III. 3. En ce qui concerne le lot n° 2 "Façades & divers", trois soumissionnaires ont déposé une offre :

- la société HULLBRIDGE ASSOCIATED pour un montant de 990.155,31 euros HTVA ;

- la société THERET & FILS pour un montant de 1.036.223,10 euros HTVA ;
- la requérante pour un montant de 956.779,50 euros HTVA.

III. 4. Un rapport d'attribution a été rédigé par l'auteur de projet, la société privée à responsabilité limitée AXI(h)ome, le 25 août 2016.

III. 5. Le 31 août 2016, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé, notamment, d'approuver le rapport d'examen des offres du 25 août 2016 rédigé par l'auteur de projet, de considérer ce rapport d'examen des offres comme faisant partie de la délibération et d'attribuer le lot n° 2 du marché à la société FALCO pour le montant d'offre contrôlé de 1.018.923,27 euros TVAC.

Cette décision prévoit également ce qui suit :

" de transmettre la présente délibération à la tutelle. Cette délibération sera exécutoire le jour de sa transmission à l'autorité de tutelle".

III. 6. Pour ce qui concerne le lot n° 2, la Société wallonne du Logement, en tant qu'autorité de tutelle, a constaté, le 19 septembre 2016, que même si la requérante avait remis une attestation d'assurance, celle-ci ne visait que les dommages corporels et matériels mais ne faisait pas mention d'une couverture des dommages immatériels. Elle a estimé qu'il y avait lieu d'interroger la requérante afin de savoir si ces dommages étaient couverts ou non. Elle a également considéré qu'il convenait de vérifier si la garantie minimale par sinistre souscrite par la requérante pour les dommages corporels, matériels et immatériels atteignait bien trois fois le montant de son offre.

III. 7. Par un courrier du 28 septembre 2016, l'auteur de projet a demandé à la requérante de fournir, au plus tard pour le 11 octobre 2016, la confirmation que les dommages immatériels étaient bien couverts par sa compagnie d'assurances.

III. 8. La requérante a produit à l'audience du 21 décembre 2016 une attestation de sa compagnie d'assurances, datée du 4 octobre 2016, qu'elle explique avoir communiquée en temps utile à la partie adverse et qui mentionne ce qui suit :

" Les garanties (par évènement) de la police sont fixées comme suit :
[...] Risques en cours d'exploitation :
[...] Dommages corporels et matériels confondus y compris dommages immatériels consécutifs : 2.500.000 EUR".

III. 9. Un rapport d'analyse et de révision du dossier eu égard aux exigences en matière d'assurance est rédigé par l'auteur de projet. Ce rapport fait apparaître d'abord que toutes les offres – à l'exception de celle d'AES – sont sélectionnées et que les offres des sociétés BEKAERT, MOSABOIS, HULLBRIDGE

ASSOCIATED, ENVISYS, FLABELEC, SOTRELCO, TROIANI, GAUME, CFA, THERET & FILS, PALUMBO, PIERRET, JACOBS et FALCO "seront intégrées au classement", "ceci sous condition que le montant d'assurance garanti soit au moins égal à trois fois le montant du ou des lots qui leur seront attribués". Après avoir constaté que, pour le lot n° 2, l'offre de la société FALCO est classée première suite à la comparaison des offres, ce rapport propose d'attribuer ledit lot au soumissionnaire HULLBRIDGE ASSOCIATED en exposant ce qui suit :

" Toutefois, concernant le lot 2, l'assurance de Falco ne garantit pas un montant au minimum trois fois supérieur à son offre. L'offre de Falco doit donc être rejetée et passer [sic] au soumissionnaire suivant : Hullbridge. Le classement du lot 2 est donc modifié comme suit :
Lot 2 : Façades et divers :
1 : Hullbridge
2 : Theret
Pour tous les autres lots, l'entreprise classée en première position répond bien aux demandes de l'assurance".

III. 10. Par une délibération du 26 octobre 2016, le conseil d'administration de la partie adverse, faisant sien le rapport d'analyse et de révision du dossier, a décidé d'attribuer le lot n° 2 du marché litigieux au soumissionnaire HULLBRIDGE ASSOCIATED pour le montant de 1.049.280,61 euros TVAC.

Cette décision constitue l'acte attaqué dans le présent recours.

III. 11. Le 21 novembre 2016, la partie adverse a été informée par l'autorité de tutelle de ce que, notamment pour le lot n° 2, la décision d'attribution à la société HULLBRIDGE était avalisée.

III. 12. Par courrier recommandé envoyé le 25 novembre 2016, la partie adverse a informé la partie requérante de ce que le lot n° 2 du marché avait été attribué le 26 octobre 2016 à la société HULLBRIDGE ASSOCIATED. En annexe à ce courrier étaient jointes les deux décisions prises par le conseil d'administration les 31 août et 26 octobre 2016.

IV. PREMIER MOYEN

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un premier moyen "de la violation de l'article 5 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 8 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 2 et 3 de la loi

du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs ; des principes de bonne administration et, plus particulièrement, du devoir de minutie et de l'obligation de motivation matérielle ; de l'erreur dans les motifs ; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

En une première branche, elle fait grief à la décision attaquée de viser, selon ses termes, à "modifier" la décision du 31 août 2016 attribuant le lot litigieux à la requérante alors que la décision attaquée n'expose pas les raisons qui ont poussé la partie adverse à procéder de la sorte. Elle développe cette branche comme suit :

" 10.- Tout d'abord, il faut constater que par son courrier du 24 novembre 2016, la partie adverse a communiqué sa décision d'attribution du 31 août 2016 et l'acte attaqué.

Etant donné que l'article 8, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2013 impose au pouvoir adjudicateur de communiquer sa décision motivée aux soumissionnaires évincés et retenus «dès qu'il l'a prise», la requérante est perplexe quant au fait que la partie adverse a attendu plusieurs mois avant de lui communiquer sa première décision d'attribution.

11.- Ensuite, c'est l'objet de la décision attaquée qui étonne plus encore. Celui-ci est décrit de la façon suivante : «Objet : Pivert 2 – Lot 2 façades – désignation de l'adjudicataire – modification – décision» (page 1).

Si maladroitement la partie adverse utilise le terme «modifier», en réalité, elle a expressément procédé au retrait de sa décision du 31 août 2016.

La partie adverse ne pouvait toutefois procéder au retrait de sa première décision d'attribution sans s'en expliquer. En effet, «le retrait d'un acte administratif est, lui-même, un acte administratif soumis [...] aux conditions de validité de tout acte administratif. Lorsqu'il est exprès, il doit être, notamment, formellement et adéquatement motivé».

Dans une autre affaire, le Conseil d'Etat a observé à ce sujet que «par sa décision du 29 mars 2006, qui constitue l'acte attaqué, le ministre, d'une part, retire son arrêté précédent du 13 mars 2006 refusant le permis et, d'autre part, statue sur le recours en réformation et accorde le permis demandé ; qu'il apparaît que la motivation de la décision attaquée consiste uniquement à supprimer les considérants de la décision initiale de refus de permis, prise le 13 mars 2006, qui motivaient ce refus par l'incompatibilité manifeste du projet avec la destination générale de la zone forestière et par l'absence de mécanisme dérogatoire applicable à la demande, ainsi qu'à ajouter laconiquement que la demande porte sur un simple déménagement avec remise en état du site initial; que les raisons pour lesquelles l'acte initial pouvait être retiré et, à tout le moins, le constat de son irrégularité ne ressortent nullement de cette motivation; qu'en effet, le ministre ne soutient aucunement que son arrêté du 13 mars 2006 était irrégulier; que la lecture des motifs de l'acte attaqué ne permet pas de comprendre pourquoi la première appréciation portée par la partie adverse était constitutive d'une erreur de nature à vicier l'acte initial; [...] Le premier moyen est dès lors fondé» [...].

Les enseignements de l'arrêt précité sont transposables au cas d'espèce puisque la décision attaquée ne contient aucun motif concernant la décision de la partie adverse de retirer sa décision d'attribution du 31 août 2016.

La première branche du premier moyen est donc manifestement sérieuse et fondée".

En une seconde branche, elle relève que l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 précitée prévoit que "les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des

participants [...] et reproche à la partie adverse d'avoir confondu les phases de sélection des soumissionnaires et d'examen des offres. Elle développe cette branche comme suit :

- " 12.- Les motifs de l'acte attaqué sont manifestement contradictoires.
A la page 4 de l'acte attaqué, l'on peut lire ce qui suit : «Sélection qualitative : toutes les offres, sauf celles d'AES sont considérées comme complètes et sont donc sélectionnées».
Et à la page 6 : « En conclusion, seules les offres suivantes seront intégrées au classement : Bekaert – Mosabois – Hullbridge [...] – Falco».
A la lecture de ce qui précède, l'on peut raisonnablement comprendre que l'offre de la requérante a été non seulement sélectionnée mais aussi comparée avec les autres au regard du critère d'attribution du prix.
Cependant, à la page 7, sous le point 6 intitulé «Classement final», la partie adverse relève que «concernant le lot n° 2, l'assurance de Falco ne garantit pas un montant au minimum trois fois supérieur à son offre. L'offre de Falco doit donc être rejetée et passer au soumissionnaire suivant : Hullbridge [...]».
Le raisonnement de la partie adverse n'est pas cohérent : elle ne peut pas, dans un premier temps, décider de comparer l'offre de la requérante avec les autres et, dans un second temps, «la rejeter». Cela d'autant plus qu'elle a explicitement rejeté l'offre de la société AES au stade de la sélection qualitative et non celle de la requérante.
L'on rappelle à ce propos que l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 prévoit que «les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des participants [...]».
Ayant décidé de sélectionner l'offre de la requérante et, ensuite, de la comparer avec les offres des autres soumissionnaires, la partie adverse n'avait d'autre choix que d'attribuer le lot litigieux au soumissionnaire qui a déposé l'offre la plus basse, soit la requérante. En cela, la partie adverse a donc commis une erreur manifeste d'appréciation.
En outre, en procédant de la sorte, la partie adverse a violé le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires.
La seconde branche du premier moyen est dès lors sérieuse et fondée".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

La décision de l'acte attaqué qui a pour objet d'attribuer le lot n° 2 du marché litigieux à la société HULLBRIDGE ASSOCIATED qui était classée en deuxième position, soit après la requérante, est motivée comme suit:

- " Toutefois, concernant le lot 2, l'assurance de Falco ne garantit pas un montant au minimum trois fois supérieur à son offre. L'offre de Falco doit donc être rejetée et passer [sic] au soumissionnaire suivant Hullbridge. Le classement du lot 2 est donc modifié comme suit:
Lot 2: Façades et divers:
1: Hullbridge
2: Theret.
Pour tous les autres lots, l'entreprise classée en première position répond bien aux demandes de l'assurance".

A supposer que l'acte attaqué doive être lu en ce sens qu'il a également pour objet de retirer la décision initiale d'attribution du marché litigieux, prise le

31 août 2016, le motif précité permet de comprendre que le vice dont était entachée la décision initiale d'attribution, et qui justifie que la partie adverse procède au retrait de celle-ci, était l'attribution du marché à un soumissionnaire qui ne satisfaisait pas à l'une des exigences édictées par les documents du marché en vue de la sélection qualitative des soumissionnaires.

Le moyen, qui, en sa première branche, fait grief à l'acte attaqué de ne contenir "aucun motif concernant la décision de la partie adverse de retirer sa décision d'attribution du 31 août 2016", ne peut, en conséquence, être déclaré sérieux.

B. Quant à la seconde branche

En sa seconde branche, le moyen repose sur deux griefs dénonçant une contradiction entre les motifs de l'acte attaqué, d'une part, et l'incohérence dont aurait fait preuve la partie adverse, d'autre part.

S'agissant de la contradiction entre les motifs de l'acte attaqué, à supposer qu'elle puisse être vérifiée, on n'aperçoit pas, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, en quoi elle aurait pu faire grief à la requérante, dès lors, d'une part, que le motif évoqué en réponse à la première branche du moyen lui permet de comprendre la raison pour laquelle le lot n° 2 ne lui a pas été attribué et, d'autre part, qu'elle ne conteste nullement qu'elle ne répondait pas à l'exigence relative au montant de la garantie minimale de son assurance des risques professionnels.

Le moyen paraît donc, *prima facie*, irrecevable à défaut d'intérêt.

En outre, et à ne pas s'en tenir à ce seul constat, les motifs que la requérante présente comme contradictoires ne peuvent être dissociés de l'ensemble du rapport d'analyse duquel ils sont extraits. Sans doute est-il relevé, dans un premier temps, que toutes les offres, à l'exception de celle d'AES, sont sélectionnées et que celle de la requérante – parmi d'autres qui sont identifiées – sera intégrée au classement, pour constater ensuite que la requérante ne satisfaisait pas à une exigence édictée en vue de la sélection qualitative. Il ne peut toutefois être perdu de vue que l'intégration des soumissionnaires au classement est expressément subordonnée à la "condition que le montant d'assurance garanti soit au moins égal à trois fois le montant du ou des lots qui leur seront attribués". Vérification faite, l'auteur de projet constate que la requérante ne satisfait pas à cette exigence et que le marché ne peut lui être attribué.

Ainsi lus dans l'ensemble du rapport d'analyse des offres sur lequel prend appui l'acte attaqué, les motifs visés par la requérante ne sont, *prima facie*, pas

contradictoires. Il s'ensuit que, dans la mesure où il en fait grief à la partie adverse, le moyen, en sa seconde branche, ne peut être déclaré sérieux.

S'agissant du grief d'incohérence du raisonnement de la partie adverse, il repose sur une approche de la procédure d'attribution du marché litigieux selon laquelle la partie adverse, qui aurait pris une première décision de sélection de la requérante et, "ensuite", une deuxième ayant pour objet de comparer son offre à celles des autres soumissionnaires, n'avait d'autre choix que de décider d'attribuer le lot litigieux à la requérante qui avait déposé l'offre la plus basse.

Ce faisant, la requérante raisonne comme si la partie adverse avait adopté plusieurs décisions portant successivement sur la sélection qualitative, la comparaison des offres et, finalement, l'éviction de la requérante.

Tel n'est toutefois pas le cas. Quel que soit, en effet, l'ordonnancement des constatations, appréciations et conclusions dont l'auteur de projet rend compte dans son rapport d'analyse, et même s'il apparaît que la partie adverse s'approprie la teneur de ce rapport, il n'en reste pas moins qu'en adoptant l'acte attaqué, elle n'a exercé son pouvoir décisionnel qu'une seule fois à l'égard de la requérante, en décidant que celle-ci ne pouvait être sélectionnée.

En tant qu'il reproche à la partie adverse d'avoir fait preuve d'incohérence au fil des décisions successives qu'elle aurait adoptées, le moyen, qui repose sur une approche inexacte du processus décisionnel ayant abouti à l'adoption de l'acte attaqué, ne peut davantage être déclaré sérieux à l'égard de ce grief.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèse de la requérante

La requérante prend un deuxième moyen de "l'incompétence de l'auteur de l'acte et de l'excès de pouvoir". Elle fait valoir que les deux administrateurs représentant la commune d'Ecaussinnes n'étaient pas présents le jour où la décision attaquée a été prise alors que l'article 23 des statuts de la partie adverse indique que son conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si "la représentation majoritaire des représentants des pouvoirs locaux est assurée". Elle souligne que la compétence d'une autorité collégiale impose qu'elle soit valablement composée lorsqu'elle statue. Après avoir cité les articles 22 et 23 des statuts de la partie adverse et énuméré l'appartenance de chacun des administrateurs du conseil d'administration de la partie adverse, elle développe le moyen comme suit :

- " 15.- Au vu de ce qui précède, il convient de souligner que les deux représentants de la commune d'Ecaussinnes, Messieurs Fabien Palmans et Philippe Dumortier, n'étaient pas présents lorsque la partie adverse a pris la décision attaquée. Or, l'article 23 des statuts de la partie adverse indique que son conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si «la représentation majoritaire des représentants des pouvoirs locaux est assurée». Si cette disposition est peu claire, il convient de l'interpréter en ce sens que la représentation majoritaire doit être assurée pour au sein de chaque commune [*sic*], sauf à considérer que le conseil d'administration de la partie adverse puisse valablement statuer sans que tous les pouvoirs locaux le composant soient représentés, ce qui ne se pourrait. La commune d'Ecaussinnes n'ayant pas pu prendre part à la délibération, la représentation majoritaire des représentants au sein des pouvoirs locaux n'est donc pas assurée. Il y a donc lieu de considérer que la partie adverse n'était pas compétente pour adopter l'acte attaqué. Cela est d'autant plus vrai que l'objet du marché, on le rappelle, consiste en la rénovation de logements sur 6 sites, dont l'un se trouve sur le territoire de commune d'Ecaussinnes (17 logements sis Rue Saint-Roch). En tout état de cause, la requérante souligne qu'il incombe à la partie adverse d'apporter la preuve de sa compétence. Le deuxième moyen est dès lors sérieux et fondé".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 23 des statuts de la partie adverse est libellé comme suit:

- " Le Conseil ne délibère valablement que si:
- la moitié au moins de ses membres est présente ou représentée
 - la représentation majoritaire des représentants des pouvoirs locaux est assurée".

Cette clause impose donc, d'une part, un quorum de présence et, d'autre part, que, parmi les administrateurs présents ou représentés, les représentants des pouvoirs locaux soient majoritaires. *Prima facie*, elle ne paraît pas devoir appeler l'interprétation que la requérante lui donne au soutien de son moyen.

A la lecture du procès-verbal de la séance du conseil d'administration de la partie adverse au cours de laquelle a été adopté l'acte attaqué et de la composition de ce conseil d'administration, telle que s'y réfère la requérante elle-même, il ne paraît pas contestable – et il n'est d'ailleurs pas contesté en fait – qu'il a été satisfait aux exigences édictées par l'article 23 des statuts précités.

Il s'ensuit que le moyen ne peut être déclaré sérieux.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Thèse de la requérante

La requérante prend un troisième moyen de "la violation des articles 5, 20, 21 et 22 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains

marchés de travaux, de fournitures et de services ; des articles 58, 59 et 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ; des principes généraux du droit et de bonne administration, plus particulièrement, de l'obligation de motivation matérielle, du devoir de minutie, du principe de proportionnalité, du principe de concurrence, du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires, du principe de non-discrimination et du principe de transparence ; de l'erreur dans les motifs ; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

Elle fait grief à l'article 3.2 des clauses administratives du cahier spécial des charges de prévoir, afin d'apprécier la capacité financière et économique des soumissionnaires, l'obligation de déposer une "copie de l'assurance des risques professionnels et la mention des montants assurés, la garantie minimale par sinistre pour les dommages corporels, matériels et immatériels confondus devant atteindre 3 fois le montant de son offre" alors que les exigences minimales des critères de sélection qualitative doivent être proportionnelles avec l'importance du marché. Elle développe son moyen comme suit :

" 17.- L'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit, s'agissant des critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel, que le pouvoir adjudicateur doit préciser des critères et niveaux d'exigence de sorte qu'ils «soient liés et proportionnés à l'objet du marché».

Il s'agit de deux conditions cumulatives. Si ces conditions ne sont pas remplies, le cahier spécial des charges est irrégulier et le pouvoir adjudicateur doit tout reprendre à zéro. Le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur est donc à cet égard limité.

Pour le dire autrement, le niveau de capacité exigé doit être dans un lien proportionnel avec la nature, la complexité et l'importance du marché.

Un pouvoir adjudicateur ne peut donc pas retenir un niveau d'exigence particulièrement élevé sans rapport avec la nature et la valeur du marché. Le Conseil d'État a ainsi jugé que le pouvoir adjudicateur ne peut fixer un niveau d'exigence particulièrement élevé si l'exécution du marché n'est pas spécialement difficile ou n'implique pas d'aptitudes particulières.

Le niveau d'exigence exigé ne peut pas non plus avoir pour effet de fausser la procédure. En effet, «par l'utilisation d'un niveau déterminé le pouvoir adjudicateur pourrait viser une entreprise particulière en vue, soit de l'écarter, soit de le sélectionner, au mépris des autres. La motivation d'un niveau d'exigence peut donc s'avérer cruciale».

18.- En l'espèce, la décision attaquée semble justifier la non-sélection de l'offre de la requérante au seul motif que l'attestation d'assurance qui avait été jointe à l'offre était plafonnée à 2.500.000 €, soit un montant inférieur au triple de l'offre. L'article 3.2. des clauses administratives du cahier spécial des charges du marché concerné énonce en effet que :

«Pour l'appréciation des capacités financière et technique du soumissionnaire, les références suivantes sont requises :

[...]

- une copie de l'assurance des risques professionnels et la mention des montants assurés, la garantie minimale par sinistre pour les dommages corporels, matériels et immatériels confondus devant atteindre 3 fois le montant de son offre ;

[...].».

19.- L'exigence de produire une attestation d'assurance professionnelle dont la garantie minimale par sinistre tous dommages confondus doit atteindre 3 fois le montant de l'offre de la requérante – soit 1.018.903,27 € – est manifestement disproportionnée.

Il faut également rappeler que le montant estimé du marché (tous lots confondus) est de 3.669.927,67 €. Le niveau particulièrement élevé de cette exigence est donc sans rapport avec la nature et la valeur du marché.

L'exigence minimale du critère de sélection critiqué ne se justifie donc ni au regard du montant de l'offre de la requérante (et des autres soumissionnaires concernés pour le lot n° 2), ni au regard de la nature et la valeur du marché.

Par ailleurs, même si à ce jour aucun litige similaire n'a été soumis à Votre Conseil, à tout le moins à la connaissance de la requérante, l'on peut valablement se référer à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne qui a considéré comme excessive l'exigence au rang de la capacité économique et financière d'un chiffre d'affaires pour des prestations identiques durant les trois dernières années d'au moins le triple du montant du marché considéré.

L'on peut également se référer à la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE qui prévoit que les montants exigés ne peuvent être supérieurs au double de la valeur estimée du marché.

Ainsi, le considérant 83 du préambule de la directive précise que :

«Les exigences disproportionnées relatives à la capacité économique et financière de l'opérateur constituent souvent un obstacle injustifié à la participation des PME aux marchés publics. Il conviendrait que toute exigence de cet ordre soit liée et proportionnée à l'objet du marché. En particulier, les pouvoirs adjudicateurs ne devraient pas être autorisés à exiger que les opérateurs économiques aient un chiffre d'affaires minimum qui serait disproportionné par rapport à l'objet du marché ; en règle générale, le montant exigé ne devrait pas être supérieur au double de la valeur estimée du marché».

L'article 58.3. de la directive prévoit donc que:

«En ce qui concerne la capacité économique et financière, les pouvoirs adjudicateurs peuvent imposer aux opérateurs économiques des conditions garantissant que ceux-ci possèdent la capacité économique et financière nécessaire pour exécuter le marché. A cette fin, les pouvoirs adjudicateurs peuvent en particulier exiger que les opérateurs économiques réalisent un chiffre d'affaires annuel minimal donné, notamment un chiffre d'affaires minimal donné dans le domaine concerné par le marché. En outre, les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger que les opérateurs économiques fournissent des informations sur leurs comptes annuels indiquant le rapport, par exemple, entre les éléments d'actif et de passif. Ils peuvent également exiger un niveau approprié d'assurance des risques professionnels.

Le chiffre d'affaires annuel minimal que les opérateurs économiques sont tenus de réaliser ne dépasse pas le double de la valeur estimée du marché, sauf dans des cas dûment justifiés tels que ceux ayant trait aux risques particuliers inhérents à la nature des travaux, services ou fournitures. Le pouvoir adjudicateur indique les principales raisons justifiant une telle exigence dans les documents de marché ou le rapport individuel visé à l'article 84.

Le ratio, par exemple, entre les éléments d'actif et de passif peut être pris en compte lorsque le pouvoir adjudicateur précise les méthodes et les critères de cette prise en compte dans les documents de marché. Ces méthodes et critères sont transparents, objectifs et non discriminatoires».

Certes, cette directive transposée en droit belge par la loi du 17 juin 2016 n'est pas encore d'application. Elle fait néanmoins application de la jurisprudence déjà en vigueur et transposable au cas d'espèce. Elle donne en outre une ligne directrice de ce que l'on peut entendre par «en lien avec l'objet du marché» et le critère de proportionnalité qui y est lié.

Au vu de ce qui précède, il faut donc retenir qu'il a été jugé qu'une exigence liée au chiffre d'affaires devant s'élever au triple de la valeur du marché était disproportionnée. De même, la directive 2014/24/UE donne comme ligne de

conduite le double du marché considéré s'agissant de fixer un chiffre d'affaires minimal.

Or, on l'a souligné, l'exigence minimale du critère de sélection critiqué s'élève au triple du montant de l'offre de la requérante pour le lot n° 2, soit environ le montant total estimé du marché. Une telle exigence est manifestement disproportionnée et ne se justifie en rien au regard de la nature et de la valeur du lot concerné.

20.- Il faut également avoir égard au fait que l'article 58, § 4, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 autorise le pouvoir adjudicateur à exiger des soumissionnaires qu'ils répondent à des exigences minimales pour chaque lot qui les concerne vu que chaque lot peut être attribué séparément.

La requérante n'aperçoit pas pourquoi la partie adverse n'a pas eu recours à cette possibilité. En cela, la partie adverse a également commis une erreur manifeste d'appréciation.

En effet, outre son caractère disproportionné que l'on a évoqué ci-dessus, cette exigence minimale a pour effet de restreindre drastiquement le jeu de la concurrence et ce, de manière injustifiée.

21.- Pour autant que de besoin, il convient encore de souligner qu'en sa page 3, la décision attaquée indique ce qui suit :

«Après une remarque de la SWL, il a été constaté que même si les soumissionnaires avaient remis une attestation d'assurance, celle-ci n'était pas toujours conforme à ce qui était demandé, à savoir :

- Preuves d'assurance concernant les dommages corporels, matériels et immatériels ;

- La garantie minimale doit atteindre au moins trois fois le montant de l'offre».

Par un courrier recommandé du 28 septembre 2016 (pièce n° 5), l'auteur de projet a interrogé la requérante sur l'un de ces aspects en précisant qu' «il convient [...] d'obtenir de votre compagnie d'assurances la confirmation que les dommages immatériels sont bien couverts».

Si en vertu de l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, la partie adverse n'avait pas l'obligation d'interroger la requérante sur le second aspect, à savoir «la garantie minimale qui doit atteindre au moins trois fois le montant de l'offre», il conviendrait de vérifier qu'elle n'a pas interrogé d'autres soumissionnaires sur cette question.

Si cette circonstance devait se confirmer à l'examen du dossier administratif, il y aurait lieu de conclure que la partie adverse a violé le principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. En effet, si la partie adverse n'a pas l'obligation d'interroger les soumissionnaires, lorsqu'elle décide toutefois de le faire, elle doit les inviter à compléter ou à expliciter les renseignements et documents présentés dans le cadre de la sélection qualitative de la même manière. En d'autres termes, le respect du principe d'égalité imposait à la partie adverse d'offrir à tous les soumissionnaires les mêmes chances de s'expliquer.

22.- Au vu de ce qui précède, le troisième moyen est donc manifestement sérieux et fondé".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Au vu de la diversité des risques dont la partie adverse exige la couverture, il ne paraît pas manifestement déraisonnable d'imposer que la garantie minimale offerte par l'assurance des risques professionnels du soumissionnaire soit équivalente au triple de l'offre déposée par celui-ci. Il ne peut, à tout le moins, être sérieusement soutenu le contraire sur la seule base d'une référence à la limite de ce qui pourrait être exigé d'un candidat, en matière de chiffre d'affaires réalisé, un montant

de couverture d'assurance n'étant, *prima facie*, pas comparable – pour les besoins de la sélection qualitative – à un montant de chiffre d'affaires réalisé.

Quant au grief de l'atteinte à l'égalité des soumissionnaires, il est formulé dans l'hypothèse où il ressortirait du dossier administratif que certains soumissionnaires auraient été interrogés sur la conformité de leur candidature à l'exigence de couverture de l'assurance des risques professionnels dont la garantie devait atteindre au minimum trois fois le montant de leur offre. Au terme d'un examen effectué en extrême urgence, cette hypothèse n'a pu être vérifiée, le dossier administratif ne faisant pas apparaître que d'autres soumissionnaires auraient été interrogés à propos de cette même question.

Il suit de ces considérations que le moyen ne peut être déclaré sérieux.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie requérante dépose son offre à titre confidentiel (pièce A de son dossier de pièces). Cette offre est également déposée par la partie adverse (pièce 2 du dossier administratif).

En vue de préserver le secret des affaires et dès lors que la divulgation de cette offre n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

La pièce A du dossier de pièces de la requérante et la pièce 2 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 4.

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

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

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.