

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 240.254 du 20 décembre 2017

A.223.948/VI-21.137

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
SAMYN AND PARTNERS,**

ayant élu domicile chez
M^e Philippe COENRAETS, avocat,
boulevard de La Cambre 36
1000 Bruxelles,

contre :

l'Etat belge, représenté par le Vice-Premier ministre et
ministre des Affaires étrangères et européennes, chargé de
Beliris et des Institutions culturelles fédérales,

ayant élu domicile chez
M^{es} Valentine DE FRANQUEN et
Sarah BEN MESSAOUD, avocats,
Place Eugène Flagey 18/5
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 11 décembre 2017, la société privée à responsabilité limitée SAMYN AND PARTNERS demande, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de "la décision du Vice-Premier Ministre et Ministre des Affaires étrangères et européennes, chargé de Beliris, du 28 novembre 2017 de ne pas sélectionner la candidature de la requérante dans le cadre du marché de services référencé au Bulletin des Adjudications sous le numéro 2017-504406".

II. Procédure

Par une ordonnance du 12 décembre 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 décembre 2017 à 11 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

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'État ont été acquittés.

M^{me} Diane DÉOM, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e Ilias NAJEM, *loco* M^e Philippe COENRAETS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Valentine DE FRANQUEN, avocat, comparaissant pour la partie adverse ont été entendus en leurs observations.

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

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

Les faits utiles à l'examen du recours sont résumés comme suit par la partie adverse, sans que la requête ne comporte de contestation à cet égard :

- " [...]. La présente procédure concerne un marché public portant sur une mission complète d'auteur de projet, précédée de l'établissement d'un plan directeur détaillé. Il est passé par procédure négociée avec publicité. Ce marché se compose d'une tranche ferme et d'une tranche conditionnelle.
[...]. Le 13 février 2017, la partie adverse publia un avis de marché au Bulletin des adjudications belge. La publication eut lieu au Journal Officiel de l'Union européenne en date du 18 février 2017.
L'appel à candidat, définissait en son chapitre 3, les conditions minimales de sélection imposées :
- en matière de capacité économique et financière (point 3.1.) et
 - de capacité technique et professionnelle (3.2.), laquelle était évaluée sur base de deux aspects :
 - o d'une part, la compétence de l'équipe chargée de l'exécution du marché (3.2.1.), et
 - o d'autre part, les références de projets similaires (3.2.2.).

Le chapitre 4 de l'appel à candidats définissait les critères d'évaluation applicables en vue du classement des seuls candidats répondant aux exigences en matière de droit d'accès ainsi qu'à l'ensemble des conditions minimum définies au chapitre 3.
[...]. Le 5 avril 2017, la partie adverse publia un avis rectificatif au Bulletin des adjudications belge, portant e.a. modification de certains critères de sélection. La publication eut lieu au Journal Officiel de l'Union européenne en date du 8 avril 2017.

L'appel à candidat, tel que modifié par l'avis rectificatif n°1 imposait notamment ce qui suit concernant l'équipe chargée de l'exécution du marché (p.20 à 22) :

Le candidat indique dans sa demande de participation les noms ainsi que les titres d'études et les qualifications professionnelles des personnes (physiques) chargées de l'exécution du marché.

Informations complémentaires :

- S'agissant de personnes physiques, le candidat peut se prévaloir d'expériences dont cette personne dispose indépendamment du bureau dans lequel elle l'a acquise. Ainsi, les expériences imposées peuvent avoir été exécutées par la personne physique présentée à l'occasion d'une collaboration antérieure, dans un autre bureau que celui par lequel elle est présentée aujourd'hui.

- La preuve de la bonne connaissance du français et du néerlandais est apportée par la simple mention au CV (voir *infra*, déclaration sur l'honneur implicite de véracité)

Exigences minimales quant à la compétence de l'équipe

Le candidat devra faire la preuve par les moyens décrits qu'il dispose dans son équipe d'au moins :

1. Un responsable (gestionnaire) de projet répondant aux conditions minimales suivantes :

(...)

2. Un auteur de projet répondant aux conditions minimales suivantes :

(...)

3. Un spécialiste « stabilité » répondant aux conditions minimales suivantes :

(...)

4. Un spécialiste « techniques spéciales » répondant aux conditions minimales suivantes :

(...)

5. Un spécialiste en acoustique répondant aux conditions minimales suivantes :

(...)

6. Un architecte paysagiste

Le candidat démontrera en outre qu'un membre de l'équipe est agréé comme conseiller PEB.

À l'exception du responsable de projet (gestionnaire de projet), une même personne (physique) peut être présentée pour plusieurs des « rôles » imposés ci-dessus.

L'équipe répondant à ces conditions minimales peut être complétée par le candidat par la présentation d'une ou plusieurs personnes (physiques) dont le savoir-faire et l'expérience pourront utilement être valorisés dans le cadre du classement des candidats (voir *infra* – « décision de sélection »).

Parmi les documents à fournir, l'appel à candidats imposait notamment :

1. Présentation de l'équipe chargée de l'exécution du marché

(maximum 6 pages au format A4 + les conventions et engagements écrits + la liste du personnel des bureaux)

4. a. Une note descriptive détaillant la composition de l'équipe proposée pour répondre à cette candidature et la répartition du rôle de chaque partenaire avec la plus-value de chaque compétence pour l'équipe (illustré par un organigramme). La note mentionne expressément le nom des bureaux et des personnes (physiques) présentées pour chacun des « rôles », imposés dans l'avis de marché et décrits ci-dessus.

En cas d'association de plusieurs prestataires de service, il sera spécifié le type d'association et les relations contractuelles entre les partenaires (association momentanée, groupement conjoint, groupement solidaire, sous-traitance, etc.).

2. Engagement sur l'honneur

À transmettre en annexe 5 au dossier de candidature.

Le candidat joint un document écrit par lequel il s'engage à confier la réalisation des études au chef de projet et à l'équipe dont il a fourni les références personnelles.

Pour ce faire, il joint un document écrit sur lequel il mentionne et signe la formule suivante : «Je soussigné,....., représentant légal de la société....., m'engage formellement à confier la mission prévue dans le marché 6.14.1.1. à Monsieur/Madame (Messieurs/Mesdames) dont les références personnelles sont jointes au présent document ».

Les personnes mentionnées dans l'organigramme ne pourront être remplacées qu'en cas de force majeure, par des personnes dont les compétences sont jugées équivalentes, ce dont le M.O. est seul juge.

3. CV et attestations

À transmettre en annexe 6 au dossier de candidature :

(maximum 2 pages au format A4 par personne + les diplômes et attestations demandés – maximum 9 personnes. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de ne pas tenir compte des CV supplémentaires transmis en dépassement de ce plafond).

- Le CV de chaque membre de l'équipe, établissant qu'il dispose des compétences et de l'expérience requise. Par la remise du dossier de candidature, le candidat s'engage sur l'honneur quant à la véracité des informations du dossier, en ce compris les expériences et références mentionnées dans les CV ;
- (...)
- l'agrément du conseiller PEB;
- (...)

[...]. En date du 24 novembre 2017, la partie adverse prit une décision relative à la sélection et la non-sélection des différents candidats. Cette décision est motivée comme suit :

« Les candidats n° 1,2,3,4,5,9,10,11 et 13 ne répondent pas aux conditions minimum de capacité financière et technique et ne peuvent être sélectionnés.

Les candidats n° 6, 7, 8, et 12 répondent aux conditions minimum de capacité financière et technique et peuvent être sélectionnés sous réserve du contrôle des causes d'exclusion.
--

[...].DECISION

Considérant ce qui précède, les candidats suivants sont sélectionnés et seront invités à introduire une offre pour le marché N° 6.14.1.1 Pla, directeur et mission complète d'auteur de projet en vue de la restauration/rénovation du Conservatoire Royal de Musique de Bruxelles:

N°	Candidats
6	Association momentanée Conservat_2.0 : Sum Project Architecture & Engineering CVBA-Xaveer De Geyter Architects – Barbara Van Der Wee Architecten BVBA – BVBA – M&R Engineering NV – Aries Architecture & Real Estate Solutions NV
7	Association momentanée Sweco Belgium SA – Pierre Hebbelinck Atelier d'Architecture SCRL
8	Association momentanée Cryz Y Ortiz – VK Engineering – MA ² Project
12	Association momentanée Origin Architecture Engineering sc –A2RC Architects - FVWW

».

Particulièrement concernant la décision de non sélection de la partie requérante, la décision de la partie adverse se lit comme suit :

« Le candidat n°4 a fourni les principaux documents demandés par l'avis de marché : la présentation de l'équipe et la liste du personnel (annexe 4), certains

engagements de confier la mission aux personnes présentées (annexe 5) ainsi que les CV et attestations (annexe 6).
 Les informations communiquées ne permettaient pas à la Direction de confirmer le respect des conditions minimum imposées par l'avis de marché. Compte tenu de l'analyse détaillée de son dossier, le candidat a été invité à clarifier les points suivants :

- La confirmation de la connaissance active et passive du français et du néerlandais par le responsable de projet et l'auteur de projet;
- La démonstration du respect des exigences minimum en terme d'expérience par le biais des références imposées pour l'ingénieur stabilité et le spécialiste acoustique;
- Les engagements sur l'honneur manquants (annexe 5);
- La preuve de l'agrément de la personne proposée comme conseiller PEB en tant que personne physique.

Le candidat a transmis les compléments d'information demandés dans le délai fixé. Leur analyse fait apparaître les remarques suivantes :

N°	Rôle	Nom	Analyse
1	responsable de projet	Denis Mélotte	Pas de remarque
2	auteur de projet	Philippe Samyn	Pas de remarque
3	ingénieur stabilité	Benjamin Verbeek	Pas de remarque
4	ingénieur TS	François Nicolas Breuls de Tiecken (SGI)	Pas de remarque
5	spécialiste acoustique	Eckard Khale	Pas de remarque
6	architecte paysagiste	Laurent Miers (JNC)	Pas de remarque
7	profil supplémentaire 1	Philippe Warrand	Pas de remarque
8	profil supplémentaire 2	Richard Denayrou	Pas de remarque
9	profil supplémentaire 3	Vincent Lepape	Pas de remarque
PEB	Conseiller PEB	Vincent Lepape (SGI)	Le candidat propose de remplacer M. Nicolas Rossion (administrateur de OZE SCRL appartenant au groupe SGI, présenté dans le dossier initial comme conseiller PEB-personne morale) par Vincent Lepape, conseiller PEB agréé en tant que personne physique. A cet égard, le candidat estime que l'avis de marché n'imposait pas formellement l'exigence d'un agrément en tant que personne physique. Or, au vu de la formulation de l'appel à candidat tel que précisé par l'avis rectificatif n°1, la Direction confirme l'imposition d'un agrément en tant que personne physique (ajout

			explicite de la mention de "personne physique" concernant les membres de l'équipe.) La Direction constate que Monsieur Lepape dispose en effet de l'agrément comme conseiller PEB en tant que personne physique. Néanmoins, cette personne n'était pas présentée parmi les 9 membres de l'équipe initiale (cadre fixé à tous les candidats par le courrier de complément du 20/6) ni même dans le reste du dossier (cv non joint, aucune mention dans la liste du personnel de SGI,...). L'ajout d'un profil implique donc une modification du dossier de candidature après la date de dépôt, qui ne pourrait être autorisée sans porter atteinte au principe d'égalité. Cette modification de la composition de l'équipe ne peut dès lors être approuvée par la Direction, et partant, aucun profil présenté ne répond aux exigences fixées pour le conseiller PEB.
--	--	--	---

Conclusion : l'équipe présentée par le candidat n° 4 ne répond pas aux conditions minimum en matière de capacité technique en raison de l'absence de conseiller PEB agréé en tant que personne physique. Le candidat ne peut dès lors être sélectionné ».

Il s'agit de l'acte attaqué."

Il ressort du dossier administratif que la candidature initiale de la requérante mentionnait comme conseiller PEB le nom de Nicolas Rossion et comportait une déclaration d'engagement de la société S.G.I. en tant que sous-traitant pour les techniques spéciales et la PEB.

La partie adverse a notamment demandé à la requérante, par un courrier du 20 juin 2017, de transmettre la preuve de l'agrément de Nicolas Rossion pour la Région de Bruxelles-Capitale en tant que personne physique. Ce courrier précisait ce qui suit :

- " Par la présente, il vous est demandé de [...] confirmer ou corriger la répartition des rôles décrite dans le tableau ci-dessus. Votre attention est attirée sur le fait qu'aucun nouveau membre ne peut être proposé. Les adaptations autorisées sont limitées à interchanger entre les rôles une ou plusieurs des 9 personnes susmentionnées."

En réponse, la requérante a indiqué ce qui suit dans son courrier du 7 juillet 2017 :

- " Correction de la répartition des rôles au sein de l'équipe : [...] le conseiller PEB au sein de l'équipe SGI est Vincent Le Pape, qui a l'agrément en tant que personne physique. Dans l'organigramme précédent, croyant bien faire, nous avons indiqué Nicolas Rossion en charge de la PEB puisqu'il est administrateur de la société OZE srl, du groupe SGI, qui a l'agrément en tant que personne morale, puisque le cahier des charges ne spécifie pas formellement l'exigence d'un agrément en tant que personne physique."

IV. Recevabilité

La recevabilité de la demande de suspension n'est pas contestée.

V. Premier moyen

V.1. Argumentation de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, plus particulièrement en son article 20, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses articles 58 et 72, de la loi du 21 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur dans les motifs, de l'excès de pouvoir, du principe du raisonnable, du principe de motivation interne, du principe de transparence, en ce que l'acte querellé "fait de la condition d'être détenteur d'un agrément pour le conseiller PEB présenté par les candidats un critère de sélection et non un critère d'attribution", alors que "d'après les dispositions et principes visés au moyen, l'agrément du conseiller PEB est un critère d'attribution du marché et non un critère de sélection des candidats".

Elle fait tout d'abord valoir que l'agrément, ou la preuve d'une capacité équivalente, est une condition de la conclusion du marché et non une condition de régularité de l'offre ou de la candidature. Elle cite la jurisprudence en ce sens.

Elle expose que les termes "agrération" et "agrément" sont synonymes et que tous deux visent "un acte administratif unilatéral par lequel l'administration associe une personne de droit privé ou de droit public à la gestion d'un service public, ou du moins à l'accomplissement d'une mission jugée d'utilité publique, et à cette fin, lui confère, certains pouvoirs et lui impose certaines obligations (J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3^e ed. Liège, 1978, p. 131) "

Elle estime que vérifier la possession d'une agrération ou d'un agrément n'a de sens qu'au moment où le marché est attribué, puisqu'il s'agit d'une autorisation qui peut être retirée, suspendue ou obtenue entre le moment où le marché est lancé et celui où il est attribué. Selon elle, exiger des soumissionnaires qu'ils soient en possession d'agréments ou d'agrérations au moment où ils soumissionnent est donc dénué de sens et d'utilité, au contraire des autres éléments qui justifient la capacité technique et professionnelle d'un candidat, comme l'expérience et les qualifications.

Selon elle, s'il fallait admettre que l'agrération des entrepreneurs est un critère d'attribution, mais que les autres types d'agréments peuvent être considérés comme des critères de sélection, cela créerait une différence de traitement discriminatoire entre les entrepreneurs et les autres prestataires, seuls les premiers pouvant soumissionner sans être à ce jour détenteurs de l'agrération requise pour l'exécution du marché.

Elle en déduit qu'il ne se conçoit pas que la détention d'un agrément puisse être un critère de sélection qui conditionne la régularité d'une candidature, et que c'est au stade de l'attribution du marché que la partie adverse devait vérifier le respect de cette exigence.

En un autre aspect du moyen, la requérante constate qu'à la lecture de la décision attaquée, on pourrait croire que la partie adverse a érigé *expressis verbis* la preuve de l'agrément du conseiller PEB comme critère de sélection et non comme critère d'attribution, alors que selon elle il ne ressort pas des documents du marché que cette exigence constituerait un critère de sélection sur la base duquel une candidature pouvait être écartée. Elle cite le point 3.2.1 de l'avis de marché ("équipe chargée de l'exécution du marché") et le point 4.2 ("critères d'évaluation en vue du classement des candidats") et rappelle que le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter les critères d'évaluation relatifs à la sélection qualitative des candidats tels que présentés dans les documents du marché. Elle invoque le principe de transparence exprimé dans le 39^{ème} considérant de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et de Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services.

Elle affirme que l'avis de marché ne laisse pas apparaître que l'exigence d'un agrément pour le conseiller PEB est un critère de sélection d'une importance telle que son absence peut entraîner à elle seule l'écartement d'une candidature, et qu'à l'inverse, les critères d'évaluation mis en avant par la partie adverse ne font aucune allusion à l'agrément, lequel semble être un élément accessoire des candidatures. Elle en déduit que la décision attaquée n'est pas conforme à l'avis de marché et ne respecte pas l'exigence de transparence prescrite par le droit européen.

Enfin, elle estime que même si l'agrément d'un conseiller PEB pouvait être considéré comme un critère de sélection et que l'avis de marché l'ait fixé au rang des critères d'évaluation, *quod non*, le manquement à cette exigence ne pourrait justifier l'écartement d'un candidat, au risque de méconnaître le principe de proportionnalité. Elle dit avoir respecté toutes les conditions imposées par la partie adverse aux termes de son avis de marché et avoir introduit une candidature qui répondait à l'intégralité des critères d'évaluation cités au point 4.2 de l'avis de marché. Elle qualifie l'attitude de la partie adverse de déraisonnable et par trop rigide.

Elle soutient que la partie adverse n'a pas justifié sa décision à suffisance et en adéquation avec l'avis de marché (plus précisément, le point 4.2). Elle considère que la partie adverse aurait dû évaluer les candidats au regard de chacun des critères qu'elle a fixés dans son avis de marché pour en déduire ensuite quelles candidatures satisfaisaient ou non à ces attentes, alors qu'au contraire elle s'est contentée de rejeter certaines candidatures dès qu'un élément, fût-il marginal, était manquant ou prétendument irrégulier. Elle estime que la partie adverse, contrainte de ne sélectionner que cinq candidats, a usé d'un formalisme excessif pour rejeter des candidatures pourtant conformes, dont la sienne, et qu'une telle façon de procéder ne lui permet pas de comprendre les raisons pour lesquelles sa candidature n'a pas été sélectionnée, alors même qu'elle présente toutes les qualités visées au point 4.2 de l'avis de marché.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Le marché litigieux est un marché de services d'architecture. La requérante conteste tout d'abord que la partie adverse ait pu exiger au stade de la sélection qualitative la présence, au sein de l'équipe chargée de l'exécution du marché, d'une personne disposant de l'agrément comme conseiller PEB.

Dans une procédure de passation de marché public, les étapes de la sélection qualitative des soumissionnaires et de leur comparaison au regard du ou des critères d'attribution sont nettement distinctes, qu'il s'agisse des secteurs classiques ou

des secteurs spéciaux. Ces deux opérations sont régies par des règles différentes et répondent à des objectifs différents. Cela implique notamment que les mêmes critères ne peuvent pas être utilisés indifféremment à l'un ou l'autre stade de la procédure. L'attribution du marché se fait après la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et, à ce stade, ce n'est plus le soumissionnaire qui est évalué mais la qualité de son offre. Les critères qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question ne peuvent par conséquent être intégrés dans les critères d'attribution. Ces derniers ont, en effet, pour seul objet d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Il ressort des articles 58, 2°, 68, 2° et 72, 3°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, applicables en l'espèce, que le pouvoir adjudicateur peut prévoir au stade de la sélection qualitative que la capacité technique ou professionnelle d'un candidat soit justifiée par l'indication des titres d'études ou professionnels du prestataire de services ou des cadres de l'entreprise et, en particulier, du ou des responsables qui peuvent être chargés de la prestation de services.

La présence d'une personne agréée comme conseiller PEB au sein de l'équipe qui sera chargée de l'exécution d'un marché tel que celui qui fait l'objet de l'acte attaqué contribue à établir la capacité technique ou professionnelle du soumissionnaire à exécuter ce marché. Elle peut être exigée au stade de la sélection qualitative. Aucune disposition ne prévoit que la justification de cette condition ne pourrait être exigée qu'au moment de l'attribution du marché. En l'absence d'une disposition en ce sens, la partie adverse a pu intégrer cette exigence aux conditions minimales auxquelles chaque offre devait répondre en ce qui concerne la composition de l'équipe chargée de l'exécution du marché. Les aléas pouvant affecter le maintien de l'agrément entre le stade de la sélection qualitative et le stade de l'attribution du marché sont visés par l'article 58, § 5, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, qui permet au pouvoir adjudicateur de revoir la situation d'un candidat sélectionné s'il s'avère qu'au moment de l'attribution, sa situation personnelle ou sa capacité ne répondent plus aux conditions de sélection.

L'agrément des entrepreneurs de travaux, régie par la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs de travaux, n'est pas une autorisation conditionnant l'exercice d'une activité professionnelle en général, mais une exigence spécifiquement requise pour soumissionner à certains marchés publics de travaux. Elle est visée par l'article 70 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, relatif à la sélection qualitative. La différence de traitement dénoncée par la requérante résulte de l'article 3 de la loi précitée, qui permet à l'entrepreneur de justifier de son agrément seulement au moment de la conclusion du marché. La différence de nature entre cette agrément

et les autres agréments professionnels, de même que les différences entre les marchés publics de travaux et les autres marchés ainsi que l'existence de cadres normatifs différents, justifient *prima facie* la différence de traitement.

En ce qui concerne le respect du principe de transparence, il ressort du dossier administratif que l'avis de marché mentionnait ce qui suit en son point III.2.3) :

- " La capacité technique des candidats sera évaluée sur base de l'analyse des 2 aspects suivants:
— la compétence de l'équipe chargée de l'exécution du marché (art. 68 et 71, 3° AR 15.7.2011);
— les références de projets similaires (art. 68, 72, 7° et art. 73 AR 15.7.2011).

1. Équipe chargée de l'exécution du marché

Le candidat indique dans sa demande de participation les noms ainsi que les titres d'études et les qualifications professionnelles des personnes chargées de l'exécution du marché.

[...]

Exigences minimales quant à la compétence de l'équipe

Le candidat devra faire la preuve par les moyens décrits qu'il dispose dans son équipe d'au moins:

[...]

Le candidat démontrera en outre qu'un membre de l'équipe est agréé comme conseiller PEB.

[...]

L'équipe répondant à ces conditions minimales peut être complétée par le candidat par la présentation d'une ou plusieurs personnes dont le savoir-faire et l'expérience pourront utilement être valorisées dans le cadre du classement des candidats (voir ci-dessous, au point IV.1.2)

[...]

Seuls les candidats qui répondent aux conditions minimum de capacité financière et économique et de capacité technique (composition de l'équipe) seront soumis à l'analyse des références".

Il précise en son point IV.1.2), avant d'indiquer les critères de sélection :

«Les candidats invités à remettre offre sont ceux qui:

1. Ont introduit valablement le dossier de candidature.
2. Répondent aux exigences de droit d'accès.
3. Répondent aux conditions minimum en matière de capacité financière.
4. Répondent aux exigences minimum en matière de capacité des membres de l'équipe.
5. Répondent aux exigences minimum en matière de références.
6. Sont classés en ordre utile (voir infra).»."

Ces indications sont claires. Elles permettent de comprendre qu'une candidature présentant une équipe qui ne comprend pas de conseiller PEB agréé ne répond pas aux exigences minimum en matière de capacité des membres de l'équipe et ne sera donc pas examinée en ce qui concerne les références qu'elle produit, ni évaluée au regard des critères de sélection. Le principe de transparence n'a pas été méconnu.

En ce qui concerne le respect du principe de proportionnalité, la requérante n'allègue pas que l'agrément comme conseiller PEB serait sans relation avec l'objet du marché et ne démontre pas en quoi l'exigence d'un tel agrément serait affectée d'une erreur manifeste d'appréciation. Même s'il peut paraître mineur, le motif de l'acte attaqué applique avec rigueur une condition légalement imposée comme exigence minimale d'examen des candidatures. Le principe de proportionnalité n'a pas été méconnu.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VI. Second moyen

VI.1. Argumentation de la partie requérante

La requérante prend un second moyen de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en son article 74, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'erreur dans les motifs, de l'excès de pouvoir et du principe de transparence, en ce que, première branche, l'acte querellé impose aux candidats qu'ils fassent état d'un agrément pour le conseiller PEB qui soit détenu par une personne physique et non par une personne morale, alors que, suivant les dispositions et principes visés au moyen, les documents du marché n'exigent en rien que l'agrément pour le conseiller PEB soit détenu exclusivement par une personne physique; et en ce que, seconde branche, la partie adverse n'a pas pris en considération l'agrément en tant que personne physique détenu par Vincent LE PAPE, administrateur-délégué de la S.C.R.L. OZE, alors que les dispositions et principes visés au moyen imposaient de considérer qu'elle disposait bien de l'agrément en tant que personne physique de ce dernier.

V.2.1.1.. Première branche

La requérante développe la première branche en contestant l'affirmation figurant dans l'acte attaqué, selon laquelle l'avis de marché imposait aux candidats de présenter un conseiller PEB qui dispose d'un agrément en tant que personne physique et non d'un agrément en tant que personne morale. Elle cite le passage de l'avis de marché qui fait référence au conseiller PEB, stipulant que "le candidat démontrera en outre qu'un membre de l'équipe est agréé comme conseiller PEB".

Elle expose :

- qu'elle comprend, au sein de son équipe, le sous-traitant S.A. SGI INGENIEURS (S.G.I.),
- que Nicolas ROSSION, mentionné comme conseiller PEB agréé, n'est autre que l'administrateur-délégué de la S.C.R.L. Objectif Zéro Energie (en abrégé, "OZE"), appartenant au groupe S.G.I.,
- que l'agrément de Nicolas ROSSION a été délivré par l'I.B.G.E. à la société dont il est administrateur-délégué, la S.C.R.L. OZE.

Elle estime que Nicolas Rossion peut être considéré comme un membre de l'équipe puisqu'il est rattaché à la société anonyme S.G.I. qui est un de ses sous-traitants, et que la partie adverse le confirme dans l'acte attaqué. Elle ajoute que l'intéressé est agréé par l'entremise de la société OZE, et qu'il avait le pouvoir d'engager celle-ci. Elle indique que cette société comprend trois administrateurs dont chacun peut valablement l'engager, conformément à l'article 378 du Code des sociétés, d'autant plus que la mission de conseiller PEB entre dans son objet social et constitue un acte de gestion journalière. Elle observe que bien qu'il ne puisse pas se prévaloir de son agrément en tant que personne physique, Nicolas ROSSION peut, dans les faits, établir des certificats et les signer conformément à la réglementation en vigueur en Région de Bruxelles-Capitale par application de l'arrêté du gouvernement de la Région de Bruxelles-Capitale du 10 octobre 2013 relatif à l'agrément des conseillers PEB.

Elle répète que l'avis de marché n'a pas explicitement mentionné qu'un agrément en tant que personne morale serait tenu pour irrecevable. Elle rappelle que, interrogée par la partie adverse, elle a clairement indiqué que, selon elle, "le cahier des charges ne spécifie pas formellement l'exigence d'un agrément en tant que personne physique" mais que, pour éviter d'être exclue, elle a proposé de remplacer Nicolas ROSSION par Vincent LE PAPE, lequel dispose d'un agrément en tant que personne physique.

Elle conteste que la substitution de Nicolas ROSSION par Vincent LE PAPE constitue une modification de la candidature, qui nuirait au principe d'égalité. Elle fait valoir que ces deux personnes sont administrateurs de la S.C.R.L. OZE, appartenant au groupe S.G.I., membre du groupement présenté dans sa candidature. Elle estime qu'il ne s'agit donc pas d'une modification de sa candidature, mais seulement de l'ajout d'une précision dont les autres candidats ne sauraient se plaindre, la substitution précitée n'affectant en rien la composition de l'équipe de la requérante, dont la S.C.R.L. OZE fait partie, et qu'il n'en aurait été autrement que si elle avait remplacé la S.C.R.L. OZE par une autre entité ne présentant aucun lien avec les

membres de son équipe. Elle observe que, s'il fallait suivre le raisonnement de la partie adverse, les deux seules options qui s'offraient à elle auraient inexorablement mené à une impasse.

Elle conclut qu'en soutenant que l'avis de marché requérait un agrément en tant que personne physique, à l'exclusion d'un agrément en tant que personne morale, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé les termes de l'avis de marché.

V.2.1.2.. Seconde branche

La requérante développe la seconde branche du moyen en observant que l'avis de marché autorise le recours aux capacités d'un tiers et en affirmant qu'eu égard à ces dispositions, elle pouvait valablement se prévaloir des capacités de la S.C.R.L. OZE, dont la partie adverse admet, dans l'acte attaqué, que cette entité tierce appartient au groupe S.G.I., sous-traitant de la requérante.

Elle considère qu'elle pouvait donc mobiliser les aptitudes de la S.C.R.L. OZE, en ce compris de ses administrateurs, dont Nicolas ROSSION et Vincent LE PAPE, en vue de satisfaire à la condition de l'agrément. Elle en conclut que, quand bien même il eut fallu un agrément en tant que personne physique — *quod non* —, elle pouvait se prévaloir de l'agrément de Vincent LE PAPE, lequel est agréé en tant que personne physique.

Elle invoque la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne dans les arrêts des 14 avril 1994, C-389/92, Ballast-Nedam Groep, 12 juillet 2001, C-399/98, Ordine degli Architetti e.a., 18 mars 2004, C-314/01, Siemens, 2 décembre 1999, C-176/98, Host Balla SpA. et 23 décembre 2009, C-305/08, Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare, pour conclure qu'il procède clairement des articles 47, § 2, et 48, § 3, de la directive 2004/18/CE qu'un opérateur économique peut se prévaloir des capacités techniques d'une tierce entité. Elle ajoute que ces dispositions sont transposées en droit belge par l'article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, selon lequel :

- " Un candidat ou un soumissionnaire peut, pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il prouve, dans ce cas, au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition du candidat ou du soumissionnaire. Ces entités sont soumises à l'application de l'article 61.

Dans les mêmes conditions, un groupement de candidats ou de soumissionnaires peut faire valoir les capacités des participants au groupement ou d'autres entités.

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

Elle considère que, comme c'est le cas ici, le seul fait de participer directement et personnellement à un groupement de candidats ou de soumissionnaires (par exemple, constitué sous la forme d'une société momentanée), suffit à démontrer la mise à disposition des moyens des différents membres puisque, dans de tels groupements, tous les membres s'engagent personnellement et solidairement à l'exécution du marché, en vertu de l'article 51, § 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Et qu'il n'est alors pas nécessaire que chacun des membres du groupement remplisse l'ensemble des critères de capacité technique et financière.

Elle estime qu'il incombait donc à la partie adverse de prendre en considération la capacité de la S.C.R.L. OZE de mettre à disposition du groupement constitué par la requérante un conseiller PEB agréé en tant que personne physique. Selon elle, en faisant fi d'une telle considération, la partie adverse a excédé les limites de son pouvoir d'appréciation et a méconnu tant les termes du marché que les règles et principes visés au moyen.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Comme il est exposé à propos du premier moyen, les documents du marché indiquaient avec suffisamment de clarté la nécessité de présenter un membre de l'équipe comme conseiller PEB. Dans sa candidature initiale, la requérante a présenté à ce titre Nicolas Rossion, dont la présentation mentionnait qu'il avait travaillé dans le cadre de la s.c.r.l. OZE de 2010 à 2016 et ensuite, pour la société S.G.I.. Il n'est pas contesté que l'intéressé ne dispose pas de l'agrément en tant que personne physique. Dans son offre modifiée ou précisée le 7 juillet 2017, la requérante a présenté Vincent LE PAPE, également administrateur de la société OZE, qui n'était pas cité dans l'offre initiale. Si elle a indiqué à ce moment qu'elle estimait que le cahier des charges ne spécifiait pas formellement l'exigence d'un agrément en tant que personne physique, elle n'a cependant pas explicité sa candidature en ce sens que ce serait la société OZE qui avait été présentée.

Il y a lieu de constater par ailleurs que la requérante ne produit aucune pièce établissant à quel titre Nicolas ROSSION, Vincent LE PAPE, ou leur société OZE, doivent ou peuvent être considérés comme "faisant partie" de la société S.G.I., qui apparaît dans sa candidature comme le sous-traitant en charge de l'aspect PEB du dossier.

L'affirmation selon laquelle la société OZE appartient au groupe S.G.I. n'est pas étayée. Les pièces attestant d'une collaboration commerciale entre ces deux entités et d'un projet de fusion ne portent pas atteinte à leur identité juridique distincte et à leur autonomie de gestion. Le passage de la motivation de l'acte attaqué qui va dans ce sens ne constitue pas un motif de la décision, mais une citation de l'argumentation que la requérante avait fait valoir à l'appui de son courrier du 7 juillet 2017.

Cette circonstance ne suffirait du reste pas à conclure que l'agrément dont cette société dispose comme conseiller PEB pouvait conforter la candidature de la requérante, puisqu'il est constant que la société OZE n'est pas citée comme membre du groupement dans l'offre initiale et qu'elle n'a pas souscrit d'engagement en qualité de sous-traitant. Dès lors, la jurisprudence citée par la requérante ainsi que l'article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 sont sans application en l'espèce.

A aucun moment, la requérante n'a présenté en tant que conseiller PEB une personne morale valablement engagée pour participer à sa candidature. Il est dès lors sans intérêt de décider si l'obligation de proposer à ce titre une personne physique était suffisamment explicite dans les documents du marché ou si elle est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation.

Le second moyen n'est pas sérieux.

VII. Confidentialité

La partie adverse dépose à titre confidentiel les pièces portant les références 10 et 11 du dossier administratif qu'elle qualifie de "confidentiel", contenant les candidatures, ainsi que certains échanges de correspondances.

La partie requérante demande également que sa candidature, ainsi que le courrier du 7 juillet 2017 contenu à la pièce 4 de son dossier ainsi qu'à la pièce 7 du dossier administratif soient tenus pour confidentiels.

A l'exception du passage du courrier du 7 juillet 2017 (contenu aux pièces 4 du dossier de la requérante et 7 du dossier administratif) cité dans le présent arrêt et qui l'était déjà dans la note d'observations de la partie adverse, et dès lors que, pour le surplus, la divulgation des autres pièces n'est, à ce stade de la procédure, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu de faire droit à ces demandes et de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces 7, 10 et 11 du dossier administratif et de la pièce 4 du dossier de la requérante.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les pièces 7, 10 et 11 du dossier administratif et de la pièce 4 du dossier de la requérante sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

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

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

M ^{mes} . Diane DÉOM,	conseiller d'État, président f.f.,
Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Diane DÉOM.