

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 243.327 du 3 janvier 2019

A. 219.903/VI-20.828

En cause : **la société privée à responsabilité limitée SANTO COLINA,**

ayant élu domicile chez
M^e Olivier VERHOEVEN, avocat,
rue du Parc 49
6000 Charleroi,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée SAMBRE ET BIESME,

ayant élu domicile chez
M^e Gauthier ERVYN, avocat,
avenue de la Toison d'Or 77
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 juillet 2016, la société privée à responsabilité limitée SANTO COLINA demande l'annulation de "la décision du conseil d'administration de la SCRL SAMBRE ET BIESME du 21 janvier 2016 de ne pas sélectionner son offre, d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit DUJACQUIER, Cité de l'Argilière, 41 à 7170 FAYT-LEZ-MANAGE, de classer en deuxième position la société COBARDI SA, en troisième position la société THERET & FILS, en quatrième position la société CBD, en cinquième position la société DE COCK SA et la décision implicite de ne pas lui attribuer le marché".

II. Procédure

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 4 septembre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 10 octobre 2018 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'État ont été acquittés.

M^{me} Nathalie VAN LAER, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Eric MARON, *loco* M^e Olivier VERHOEVEN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Gauthier ERVYN, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Elisabeth WILLEMART, auditeur, 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. Exposé des faits utiles

Le 5 octobre 2015 est paru au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à la construction de 6 logements, cité Sainte Face à 6250 Pont-de-Loup.

Le mode de passation choisi est celui de l'adjudication ouverte. L'avis indique que le marché est évalué à un montant de 625.463,59€ HTVA et annonce les critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière et à la capacité technique suivants :

" III.2.2) Capacité économique et financière

Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies : <ul style="list-style-type: none"> - Une déclaration bancaire ; - 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 x le montant de l'offre ; 	Niveau(s) spécifique(s) minimal(aux) exigé(s) <i>(le cas échéant)</i> Les assurances devront atteindre 3x le montant de l'offre.
---	--

III.2.2) Capacité technique

Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies : <ul style="list-style-type: none"> - une fiche par sous-traitant dûment remplie (voir annexe au présent CSC) reprenant l'identité du ou des sous-traitants(s), la part du marché sous-traitée, l'agrégation détenue. En cas d'appel à des sous-traitants, il est rappelé que ces derniers ne peuvent se trouver dans une des causes d'exclusion. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de vérifier la capacité des sous-traitants et l'absence de causes d'exclusion dans leur chef à tout moment et de demander, le cas échéant, à ce que ces derniers n'interviennent pas ou plus sur le chantier. Tout changement de sous-traitant par rapport à ceux indiqués dans l'offre remise sera soumis pour approbation au Pouvoir adjudicateur avant l'intervention sur le chantier et ce, afin notamment de vérifier que ce dernier dispose bien de la capacité requise et n'entre pas dans une cause d'exclusion (art. 12 et 81 – AR 15/07/11 ; art. 12-13 – AR 14/02/13) ; - preuve de l'agrégation Catégorie D Classe 4. 	Niveau(s) spécifique(s) minimal(aux) exigé(s) <i>(le cas échéant)</i> Agrégation Catégorie D Classe 4
---	---

".

Le cahier spécial des charges définit les critères relatifs à la sélection qualitative comme suit :

- " Pour l'appréciation des capacités financière et technique du soumissionnaire, les références suivantes sont requises [...]:
- une déclaration bancaire dont le modèle figure en annexe au présent cahier spécial des charges ;
 - 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 ;
 - une fiche par sous-traitant dûment remplie (voir annexe au présent CSC) reprenant l'identité du ou des sous-traitants(s), la part du marché sous-traitée, l'agrégation détenue. En cas d'appel à des sous-traitants, il est rappelé que ces derniers ne peuvent se trouver dans une des causes d'exclusion. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de vérifier la capacité des sous-traitants et l'absence de causes d'exclusion dans leur chef à tout moment et de demander, le cas échéant, à ce que ces derniers n'interviennent pas ou plus sur le chantier. Tout changement de sous-traitant par rapport à ceux indiqués dans l'offre remise sera soumis pour approbation au Pouvoir adjudicateur avant l'intervention sur le chantier et ce, afin notamment de vérifier que ce dernier dispose bien de la capacité requise et n'entre pas dans une cause d'exclusion (art. 12 et 81 – AR 15/07/11 ; art. 12-13 – AR 14/02/13) ;
 - la preuve de l'agrégation requise (correspondante aux travaux obtenus, tous lots confondus) [...]"

Les offres devaient être déposées au plus tard le 13 novembre 2015 à 10 heures.

Huit offres sont reçues, dont celle de la requérante et celle de la société privée à responsabilité limitée DUJACQUIER.

Par un courrier recommandé déposé à la poste le 25 novembre 2015, la partie adverse a invité la requérante à transmettre "une déclaration bancaire récente et une attestation d'assurance correspondant à un montant assuré de 3x le montant de l'offre" ainsi qu'à "justifier les prix unitaires anormalement bas" de 15 postes.

Dans sa requête en annulation, la requérante fait, en outre, part des éléments suivants :

- " L'analyse des offres a été confiée au Bureau d'architecture Jean-Marc HUBERT, rue Albert I^{er} à 6240 FARCIENNES, auteur de projet.

Par mail du 19 novembre 2015, l'architecte HUBERT a écrit à la requérante :

- «Dans le cadre de cette adjudication, merci de nous faire parvenir de toute urgence :
- Déclaration bancaire récente (6 mois minimum);

- Attestation d'assurance qui couvre 3X le montant des travaux (ici au minimum 2.000.000 et pas 1.500.000). Ces documents sont indispensables pour la sélection qualitative et l'accès au marché».

Par mail du 24 novembre 2015, il a écrit à la requérante :

«Vous avez été sélectionné parmi les plus bas soumissionnaires. Quelques prix estimés très bas sont à justifier pour la bonne forme.
Ne pas oublier les pièces de sélection».

Le 30 novembre 2015, l'architecte HUBERT a adressé un rappel de son mail du 24 novembre 2015.

Par mail du 7 octobre 2015, la concluyente a écrit à l'architecte HUBERT :

«Ci-joint, vous trouverez les documents demandés pour l'adjudication du 13 novembre 2015.

Si besoin d'information complémentaire, n'hésitez pas à me contacter par retour du courrier ou par téléphone.

Merci de bien vouloir nous confirmer par retour de mail la réception de celui-ci avec les documents y attachés».

Parmi les pièces, figura une attestation d'assurance émise par AXA d'un montant de 2.500.000 €, datée du 25 novembre 2015 et relative à la même police 010.720.039.708 que celle faisant l'objet de l'attestation du 4 septembre 2015 jointe à l'offre.

Par mail du 7 décembre 2015, l'architecte HUBERT a répondu à la requérante «OK tout me semble correct !»".

Ces pièces ne figurent ni dans le dossier administratif, ni dans le dossier de pièces déposé par la requérante. Seule est déposée au dossier administratif une attestation d'assurance émise le 25 novembre 2015 par AXA qui se présente comme suit :

- " La compagnie d'assurance AXA Belgium, agréée sous le code n° 0039 et ayant son siège social à 1170 Bruxelles, boulevard du Souverain, 25, certifie que conformément aux dispositions de la police n° 010.720.039.708, elle garantit pour la personne morale ou physique désignée ci-dessous :

S.P.R.L. COLINA
Rue de Forchies, 12
6140 fontaine-L'Eveque

ACTIVITE : TRAVAUX DE MAÇONNERIE (MAXIMUM 5 NIVEAUX AU-DESSUS DU SOL) AVEC PETITES DÉMOLITIONS PRÉPARATOIRES À LA RECONSTRUCTION, AVEC TRAVAUX DE TERRASSEMENT (PROFONDEUR MAXIMUM DE 4 MÈTRES)

- la responsabilité civile extra-contractuelle qui pourrait lui incomber à raison de dommages causés à des tiers au cours de l'exploitation de son entreprise. Cette garantie est acquise dans les limites des dispositions de la police jusqu'à concurrence des sommes suivantes :

Dommages corporels par sinistre
2.500.000,00 EUR
Dommages matériels par sinistre
2.500.000,00 EUR

- la responsabilité civile extra-contractuelle et contractuelle régie par les dispositions des droits belges et étrangers et qui pourrait lui incomber à raison de dommages causés à des tiers par des produits après leur livraison ou par des travaux après leur exécution. Cette garantie est acquise des les limites de la police jusqu'à concurrence des sommes suivantes :

Dommages corporels par sinistre et par année d'assurance
2.500.000,00 EUR
Dommages matériels par sinistre et par année d'assurance
2.500.000,00 EUR

Il est précisé que la présente attestation ne saurait engager la compagnie au-delà des clauses et limites du contrat auquel elle se réfère".

Au cours de sa séance du 10 décembre 2015, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la requérante, celle-ci ayant remis l'offre régulière la plus basse. En ce qui concerne la sélection qualitative, cette décision porte notamment le passage suivant :

"

SPRL SANTO COLINA	Les documents suivants ont été réclamés par mail : la déclaration bancaire, attestation d'assurance plus élevée (3X le montant de l'offre). Tous les documents réclamés ont été transmis. Le soumissionnaire est sélectionné (manquements éventuels non essentiels) étant donné que celui-ci a rentré tous les documents et sont conformes au cahier des charges.
DUJACQUIER	Les documents suivants ont été réclamés par mail : ONSS, l'agrément et l'attestation d'assurance plus élevée (3X le montant de l'offre). Tous les documents réclamés ont été transmis. Le soumissionnaire est sélectionné (manquements éventuels non-essentiels) étant donné que celui-ci a rentré tous les documents et sont conformes au cahier des charges.

".

Le 18 janvier 2016, un membre de la Direction des marchés publics et de droit immobilier de la Société Wallonne du Logement a adressé à la partie adverse le courrier électronique suivant :

- " Je reviens une nouvelle fois vers vous concernant le dossier de construction de 6 logements à la Cité Sainte-Face à Pont-de-Loup.
Lors de l'analyse approfondie de ce dossier, il a été constaté que le pouvoir adjudicateur a réclamé aux entreprises Santo-Colina et Dujacquier (classées respectivement 1^{ère} et 2^{ème} au terme de l'analyse des offres) des attestations d'assurance correspondant à un montant minimum 3 fois le montant de leur offre, étant donné que les attestations jointes n'étaient pas suffisantes.
Comme le précise l'article 58, § 1^{er}, 2° de l'A.R. du 15.07/2011, « ... En procédure ouverte ... la fixation d'un niveau minimum est obligatoire. »

Vu cette obligation, toute offre qui ne présente pas les capacités minimales de sélection ne passe pas le cap de la sélection qualitative et doit, de ce fait, être écartée du marché.

En conclusion :

Soit, les entreprises Santo-Colina et/ou Dujacquier arrivent à prouver que l'assurance couvrant minimum 3X le montant de leur offre est effective avant la date d'ouverture des offres soit avant le 13/11/2015.

Soit, elles doivent être déclarées irrégulières et écartées du présent marché.

Dans le 2^{ème} cas, il y aura lieu de revoir le rapport d'analyse des offres et de reprendre une nouvelle décision d'attribution.

En espérant avoir été assez clair. Dans le cas contraire n'hésitez pas à me contacter".

Au cours de sa séance du 21 janvier 2016, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé de ne pas sélectionner la requérante et d'attribuer le marché à la société privée à responsabilité limitée DUJACQUIER qui a remis l'offre régulière la plus basse. La non sélection de la requérante est motivée de la manière suivante :

" Les documents suivants ont été réclamés par mail : la déclaration bancaire, attestation assurance plus élevée (3 x le montant de l'offre). Tous les documents réclamés ont été transmis. L'attestation d'assurance n'est valable car elle est datée du 25 novembre 2015, soit après l'ouverture des offres. Cette dernière devait être en ordre à l'ouverture des offres (13.11.2015). Le Candidat n'est donc pas sélectionné".

Il s'agit du premier acte attaqué qui a été notifié à la requérante par un courrier daté du 20 juin 2016.

La décision implicite de ne pas attribuer le marché à la requérante constitue le deuxième acte attaqué.

IV. Recevabilité du recours en annulation dirigé contre la décision implicite de ne pas attribuer le marché litigieux à la partie requérante

Il ne peut certes être admis qu'est nécessairement irrecevable le recours formé contre la décision implicite de ne pas attribuer un marché à un candidat ou soumissionnaire qui, par ailleurs, conteste la décision d'attribution dudit marché à l'un de ses concurrents.

Si, en règle générale, la décision d'attribution fait apparaître, *ipso facto*, que le marché litigieux n'est pas accordé aux autres soumissionnaires, de sorte que la censure éventuelle de cette décision d'attribution affecte nécessairement le refus implicite d'attribuer le marché à d'autres candidats ou soumissionnaires, il n'en reste pas moins qu'un candidat ou soumissionnaire malheureux peut obtenir la censure du

refus implicite - résultant de l'attribution - de lui attribuer l'avantage en cause, s'il démontre, de manière convaincante et pertinente, que le marché passé avec un tiers devait lui être attribué.

En l'espèce, aucun élément concret n'a été invoqué par la requérante, qui permettrait d'aboutir à la constatation que la partie adverse n'avait d'autre option que de lui attribuer le marché litigieux.

Il s'ensuit qu'en tant qu'il est dirigé contre le refus implicite d'attribuer le marché litigieux à la requérante, le recours est irrecevable.

V. Moyen unique

V.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante prend un moyen unique de la violation de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 59 et 67, 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, des articles 3.2 et 3.3 des clauses administratives générales du cahier spécial des charges, de la règle qu'exprime l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe général de motivation interne des actes administratifs, du principe général de la motivation interne des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, du devoir de minutie et de l'excès de pouvoir.

Après avoir reproduit les termes de l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 précitée, de l'article 67, § 1^{er}, 1^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité et de l'article 3.2 des clauses administratives du cahier des charges, elle expose qu'elle avait joint à son offre "une attestation d'assurance émise par AXA datée du 4 septembre 2015 pour un montant de 1.240.000 €, soit inférieur à trois fois le montant de l'offre".

Elle fait valoir que l'article 67 de l'arrêté royal laisse un pouvoir discrétionnaire à l'autorité quant à l'évaluation de la capacité économique et financière et que l'article 59 lui donne la faculté d'inviter à compléter ou expliciter les renseignements et documents visés à l'article 67. Elle souligne que le cahier spécial

des charges n'imposait pas de joindre l'attestation d'assurance à peine de nullité de l'offre, mais confirmait, au contraire, la possibilité d'inviter à compléter ou expliciter les documents présentés.

Elle constate que la partie adverse a fait usage de cette faculté puisqu'elle a demandé la production d'une attestation d'assurance pour un montant minimum de 2.000.000 € et souligne avoir fait droit à cette demande en produisant une attestation datée du 25 novembre 2015, relative à la même police que l'attestation initiale, pour un montant de 2.500.000 €.

Elle soutient que la partie adverse ne pouvait, sans violer les articles 59 et 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les articles 3.2 et 3.3 des clauses administratives du cahier spécial des charges et la règle qu'exprime l'adage *patere legem quam ipse fecisti*, décider de ne pas sélectionner son offre au seul motif que "l'attestation d'assurance n'est pas valable car elle est datée du 25 novembre 2015, soit après l'ouverture des offres. Cette dernière devait être en ordre à l'ouverture des offres (13.11.2015)".

Elle souligne qu'à partir du moment où la partie adverse fait usage de la faculté de l'inviter à produire une attestation d'assurance complémentaire, cette attestation est nécessairement établie après cette demande et porte la date à laquelle elle a été rédigée, qui ne peut pas être antérieure, et pour cause, à l'ouverture des offres.

Elle en déduit que la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation, une erreur que n'aurait pas commise toute autre autorité administrative normalement prudente et diligente et a adopté une motivation qui n'est pas adéquate en la forme.

Enfin, elle estime que la partie adverse a violé l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 en ne lui attribuant pas le marché alors qu'elle était la moins-disante à l'ouverture des offres.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond que l'article 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques laisse à l'autorité administrative le pouvoir d'apprécier la capacité économique et financière du

soumissionnaire par des déclarations bancaires appropriées ou, le cas échéant, par la preuve d'une assurance des risques professionnels. Elle rappelle que si le pouvoir adjudicateur dispose d'une compétence discrétionnaire pour déterminer les critères de sélection qualitative, ces critères doivent néanmoins être justifiés au regard de l'objet du marché et être pertinents afin d'assurer tout à la fois le jeu normal de la concurrence et l'efficacité du mécanisme de sélection qualitative. Elle ajoute que l'article 58, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté du 15 juillet 2011 impose la fixation d'un montant minimum afin d'apprécier la capacité économique et financière du soumissionnaire.

Après avoir rappelé les termes du cahier spécial des charges et de l'avis de marché en ce qui concerne la capacité économique et financière, elle indique que, lors du dépôt de son offre, la requérante a déposé une attestation émise par AXA le 4 septembre 2015, faisant état d'une couverture à concurrence de 1.240.000 euros, soit un montant inférieur à trois fois le montant de l'offre. Elle estime que la requérante ne répondait pas aux exigences de sélection qualitative.

La partie adverse rappelle ensuite la faculté, consacrée à l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et rappelée au point 3.3 du cahier des charges, d'inviter un soumissionnaire à compléter un dossier de candidature incomplet et soutient que l'attestation datée du 25 novembre 2015 fournie suite à son invitation ne lui permettait, toutefois, pas de sélectionner l'offre de la requérante pour deux motifs :

- l'article 59 de l'arrêté royal ne pouvait pas être mis en œuvre, parce que l'offre de la requérante n'était pas incomplète, mais elle était non-conforme : la requérante avait déposé une attestation démontrant qu'elle n'avait pas la capacité financière requise, si bien que la nouvelle attestation revenait à modifier l'offre de la requérante;
- la seconde attestation ne permettait pas de considérer que la requérante remplissait les conditions de sélection qualitative puisque "dès lors que l'attestation d'assurances est utilisée pour démontrer la capacité financière du soumissionnaire pour être sélectionné dans le cadre du marché, cette attestation est nécessairement relative à la capacité du soumissionnaire avant la date de dépôt de son offre". Elle souligne que l'attestation d'assurance ne porte pas sur les services à prester dans le cadre du marché mais bien sur la capacité financière et économique du candidat antérieure au dépôt des offres et se réfère à l'arrêt 167.373 du 1^{er} février 2007 dont il résulterait qu'il y a lieu d'examiner la situation des soumissionnaires au moment de l'ouverture des offres. Elle constate que l'attestation qui a été déposée par la requérante ne fait pas état d'une couverture d'assurance suffisante à la date d'ouverture des offres ou durant la période antérieure à la date d'ouverture des

offres et que l'attestation datée du 25 novembre 2015 ne permet aucunement de déduire que la requérante aurait été couverte par une assurance suffisante au jour du dépôt des offres et antérieurement. Elle fait valoir que si la requérante soutient que la date de l'attestation ne pouvait être que postérieure à la date d'ouverture des offres, ayant été réclamée après celle-ci, ceci "ne convainc pas dans la mesure où, quand bien même l'attestation aurait été datée et signée après l'ouverture des offres, elle aurait pu faire état d'une couverture d'assurances suffisante, qui était déjà en cours avant l'ouverture des offres, *quod non* en l'espèce". Elle en déduit que l'attestation d'assurances transmise par la requérante ne répond pas aux exigences de la sélection qualitative et que l'offre de la requérante ne peut être sélectionnée.

C. Mémoire en réplique

La requérante expose que si l'article 59, 1°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 donne une simple faculté au pouvoir adjudicateur, le pouvoir adjudicateur doit prendre en considération des documents complémentaires fournis par le soumissionnaire lorsqu'il a fait usage de cette faculté.

Elle estime l'argument selon lequel l'article 59, 1°, ne pouvait pas être mis en œuvre est contredit par l'attitude suivie par le pouvoir adjudicateur puisque la partie adverse l'a invitée à fournir "une attestation d'assurance qui couvre 3x le montant des travaux (ici au minimum 2.000.000 et pas 1.500.000)", restant ainsi dans les limites de l'article 59, 1°. Elle en déduit que la partie adverse se devait de prendre en considération l'attestation complémentaire qu'elle avait produite.

Elle considère également que "la circonstance que l'attestation complémentaire était postérieure à l'ouverture des offres ne permettait pas non plus d'écarter la sélection de la requérante", car la phase de sélection a pour but d'établir la capacité à exécuter le marché de telle sorte que des documents postérieurs à l'ouverture des offres peuvent être pris en considération "pourvu qu'ils permettent d'établir qu'à la date d'attribution du marché, le soumissionnaire est en mesure d'exécuter ce dernier". Elle se réfère à deux arrêts dans lesquels le Conseil d'État aurait admis que soit prise en considération une augmentation de capital réalisée après l'échéance du délai de remise des offres ainsi qu'à l'arrêt n° 232.685 du 23 octobre 2015, dans lequel le Conseil d'État a admis qu'une assurance "tous risques chantier" ne soit souscrite par le soumissionnaire qu'en cas d'attribution du marché. Elle estime qu'un raisonnement similaire mérite d'être suivi en l'espèce.

Elle en conclut qu' "en produisant l'attestation complémentaire sollicitée par le pouvoir adjudicateur, [elle] a démontré dès avant l'attribution du marché qu'elle disposait bien de l'assurance requise en matière de risques professionnels et qu'elle répondait donc au critère de sélection fixé par le cahier spécial des charges".

D. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse explique s'il est exact que certains critères de capacité technique ou professionnelle peuvent avoir pour objet de démontrer la capacité dont disposera le soumissionnaire au moment de l'exécution du marché, tel n'est pas le cas en ce qui concerne la capacité économique et financière des soumissionnaires, car c'est l'expérience passée du soumissionnaire qui est analysée lors de cette étape.

Elle observe que l'article 67 énumère les critères qui peuvent être exigés au titre de la capacité économique et financière des soumissionnaires et constate que chacun de ceux-ci est relatif à la capacité existante du soumissionnaire avant le moment du dépôt de son offre et jusqu'à la date de celle-ci. Elle se réfère ainsi aux "déclarations bancaires appropriées établies conformément au modèle figurant à l'annexe 3", aux "comptes annuels" ou "comptes annuels déposés" et à la "déclaration concernant le chiffre d'affaires global et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, pour au maximum les trois derniers exercices disponibles". Elle considère que dès lors que l'ensemble de ces critères d'appréciation de capacité financière et économique du candidat ont trait à la situation de ce candidat avant le dépôt de son offre, ceci doit également être le cas du critère relatif à l'assurance des risques professionnels et souligne que cette interprétation est renforcée par le fait que "la preuve d'une assurance des risques professionnels" qui figure au point 1° de l'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques constitue une alternative à la déclaration bancaire. Elle estime qu'il serait incohérent de considérer que la capacité économique d'un candidat puisse être attestée soit par une déclaration bancaire ayant trait à la capacité financière du soumissionnaire avant le dépôt de son offre, soit par une attestation d'assurances relative à sa situation après dépôt de son offre. Elle explique que, dans un arrêt n° 224.584 du 10 septembre 2013, le Conseil d'État a jugé que la transmission tardive d'une déclaration bancaire, exigée à titre de preuve de la capacité financière, est insuffisante dès lors qu'elle ne permet pas d'attester de la capacité financière du soumissionnaire au moment de la date de dépôt des offres.

Elle estime que cette interprétation est corroborée par l'arrêté royal du 14 janvier 2013 relatif à l'exécution des marchés publics dont l'article 24 impose expressément à tout attributaire de disposer d'une assurance de risques professionnels pendant l'exécution du marché public. Elle demande quel serait le sens pour un pouvoir adjudicateur de sélectionner des soumissionnaires sur base d'une exigence d'assurance de risques professionnels qui ne devrait être contractée que pour le futur et qui, par ailleurs, constitue en tout état de cause une condition d'exécution du marché. Elle souligne que si l'attestation d'assurances exigée, au titre de la sélection qualitative, avait également pour objectif de démontrer une couverture d'assurances pendant l'exécution du marché, l'article 24 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 constituerait un doublon inutile.

Elle rappelle que le pouvoir adjudicateur doit exiger, pour les critères de sélection qualitative, un seuil proportionné à l'objet et l'ampleur du marché et note que c'est ce qu'elle a fait en imposant que les soumissionnaires puissent justifier d'une assurance de risques professionnels dont le montant de la couverture est au moins égal à trois fois le montant du marché de manière à s'assurer que les soumissionnaires qui participent au marché développaient, avant le dépôt de l'offre, une activité d'entrepreneur de travaux dont le volume annuel est trois fois supérieur au montant du marché, eu égard à la couverture de risques professionnels dont ils bénéficient.

Elle expose que cette exigence de fixation d'un seuil proportionné à la valeur du marché n'a de sens que si le critère de capacité économique et financière qui est requis porte sur la période avant le dépôt de l'offre, car si ce critère n'avait d'autre but que de garantir le pouvoir adjudicateur de l'existence d'une assurance pendant le cours de l'exécution du marché, tel que le ferait une condition d'exécution, le seuil maximal exigé pour le critère de capacité économique et financière devrait être limité au montant du marché, et non à son double ou triple.

Elle se réfère à un arrêt de la Cour de Justice de l'Union européenne C-336/12 du 10 octobre 2013 dont elle déduit que l'attestation d'assurances transmise par la requérante, après interrogation, ne pouvait pas être prise en compte.

Elle souligne que si la demande de complément d'informations a été transmise tant à la requérante qu'à l'attributaire du marché, ce dernier a transmis une attestation d'assurance faisant état d'une couverture d'assurance existante depuis le 20 février 2014, soit avant la date de dépôt des offres et a donc simplement attesté de l'existence d'une couverture d'assurances effectivement souscrite à la date de dépôt

des offres. Elle note que tel n'est pas le cas de la requérante qui n'a pas démontré l'existence "objectivement vérifiable" d'une telle couverture "avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature". Elle soutient que la requérante a, après la date de dépôt de son offre, conclu une nouvelle couverture d'assurances en vue de répondre aux exigences du marché, mais que cette couverture d'assurance n'existait pas au moment du dépôt de son offre, puisque l'attestation d'assurance du 4 septembre 2015 jointe à l'offre portait sur un montant largement inférieur à celle transmise par la suite.

Elle remarque enfin que l'arrêt n° 232.685 du 23 octobre 2015, auquel fait référence la requérante dans son mémoire en réplique, n'implique pas *de facto* que la preuve d'une assurance, exigée au titre de critère économique et financier, ne devrait pas exister au moment du dépôt de l'offre puisqu'il se limite à constater que le pouvoir adjudicateur pouvait admettre, faute d'attestation d'assurance, qu'une preuve alternative de la capacité économique et financière soit fournie par le soumissionnaire et qu'il n'appartient pas au Conseil d'État de s'immiscer dans l'appréciation souveraine du pouvoir adjudicateur quant à la nature de la preuve déposée.

Elle en conclut qu'il ne pouvait pas être tenu compte de l'attestation d'assurances transmise après dépôt de l'offre de la requérante, dès lors que :

- 1° celle-ci ne constituait pas la communication d'un document dont "l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable";
- 2° celle-ci aurait dû avoir trait à la période précédant la date de dépôt de l'offre et qu'elle ne pouvait pas être uniquement postérieure à la date de dépôt de l'offre.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme suit :

" Le pouvoir adjudicateur peut :

- 1° inviter les candidats ou les soumissionnaires à compléter ou à expliciter les renseignements et documents visés aux articles 61 à 79. Il peut également, s'il l'estime nécessaire, leur demander une traduction des documents sauf s'il s'agit d'un document officiel émanant d'une autorité publique et rédigé dans une des langues officielles belges;
- 2° à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, s'informer, par tous moyens qu'il juge utiles, de la situation de tout candidat ou soumissionnaire visée à l'article 58, § 1^{er};
- 3° à quelque stade que ce soit de la procédure de passation, exiger de toute

personne morale la production de ses statuts ou actes de société, accompagnée éventuellement d'une traduction lorsque ceux-ci ne sont pas établis dans la ou les langues du pouvoir adjudicateur, ainsi que de toute modification des informations relatives à ses administrateurs ou gérants".

Conformément à la faculté qui lui est ainsi octroyée par cet article, le pouvoir adjudicateur a, par un courrier recommandé déposé à la poste le 25 novembre 2015, invité la requérante à notamment transmettre "une déclaration bancaire récente et une attestation d'assurance correspondant à un montant assuré de 3x le montant de l'offre". Cette demande implique que la partie adverse a considéré que le dossier de sélection de la requérante était imprécis ou incomplet et qu'elle a fait choix, le cahier spécial des charges ne prescrivant pas que les documents concernés devaient être joints à peine de nullité absolue des offres, d'user de la faculté que lui laissait cette disposition de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dans le respect du principe d'égalité puisqu'une invitation à compléter les documents de sélection a également été adressée à d'autres soumissionnaires dont la société privée à responsabilité limitée DUJACQUIER. La partie adverse ne peut, dans son mémoire en réponse, soutenir que l'offre de la requérante n'était pas incomplète ou imprécise, mais "non conforme" en raison d'une attestation d'assurance portant sur un montant inférieur à celui exigé par le cahier spécial des charges. Tel n'est, en effet, pas le motif retenu par l'acte attaqué dont il ressort, au contraire, que le pouvoir adjudicateur a estimé qu'il convenait de faire usage de la faculté qui lui est octroyée par l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité.

Dans un arrêt C-336/12 du 10 octobre 2013 (en cause *Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser contre Manova A/S*), la Cour de Justice de l'Union européenne a estimé que "le principe d'égalité de traitement doit être interprété en ce sens qu'il ne s'oppose pas à ce qu'un pouvoir adjudicateur demande à un candidat, après l'expiration du délai imparti pour le dépôt des candidatures à un marché public, la communication de documents descriptifs de la situation de ce candidat, tels que le bilan publié, dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour faire acte de candidature est objectivement vérifiable pour autant que les documents dudit marché n'aient pas imposé explicitement leur communication sous peine d'exclusion de la candidature. Une telle demande ne doit pas indûment favoriser ou défavoriser le ou les candidats auxquels ladite demande a été adressée". Cet enseignement est intégralement transposable en l'espèce.

S'il se conçoit, en effet, qu'au titre de la faculté que lui laisse l'article 59, 1°, précité, le pouvoir adjudicateur puisse inviter un soumissionnaire à produire un

document relatif à la sélection, encore faut-il - sauf à priver de sens les termes "compléter" ou "explicitier" - qu'à la date limite du dépôt de l'offre ou du dossier de candidature, l'élément attesté par ce document existe effectivement.

Un document portant une date postérieure à la date limite d'ouverture des offres et déposé dans le cadre de l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 peut, dès lors, être pris en considération par un pouvoir adjudicateur dans le cadre de la sélection s'il porte sur un élément dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour déposer offre est objectivement vérifiable.

En l'espèce, la non sélection de la requérante est motivée de la manière suivante :

" Les documents suivants ont été réclamés par mail : la déclaration bancaire, attestation assurance plus élevée (3 x le montant de l'offre). Tous les documents réclamés ont été transmis. L'attestation d'assurance n'est valable car elle est datée du 25 novembre 2015, soit après l'ouverture des offres. Cette dernière devait être en ordre à l'ouverture des offres (13.11.2015). Le Candidat n'est donc pas sélectionné".

Ainsi rédigé, ce passage signifie que le pouvoir adjudicateur a refusé de prendre en compte l'attestation d'assurance déposée par la requérante en raison de sa date postérieure au dépôt des offres et sans que ne soit vérifié si cette attestation permettait ou non d'établir l'existence, avant la date limite de dépôt des offres, d'une couverture conforme aux exigences du cahier spécial des charges. Si, dans son mémoire en réponse, la partie adverse fait valoir que cette "attestation ne permet (...) aucunement de déduire que la requérante aurait été couverte par une assurance suffisante au jour du dépôt des offres et antérieurement", ce motif lié au contenu de l'attestation et non à sa seule date ne ressort pas de l'acte attaqué dont la motivation n'est, dès lors, pas adéquate.

Le moyen est fondé.

VI. Indemnité de procédure

La requérante sollicite la condamnation de la partie adverse au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

La partie adverse n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité sollicitée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la requérante.

VII. Confidentialité

La partie adverse sollicite le maintien de la confidentialité de l'offre de la requérante et de celle de la société privée à responsabilité limitée DUJACQUIER.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'Etat et que les pièces concernées sont renvoyées aux parties, la demande de maintien de la confidentialité est devenue sans objet.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La décision du conseil d'administration de la SCRL SAMBRE ET BIESME du 21 janvier 2016 de ne pas sélectionner l'offre de la société privée à responsabilité limitée SANTO COLINA et d'attribuer le marché relatif à la construction de 6 logements, cité Sainte Face à 6250 Pont-de-Loup à la société privée à responsabilité limitée DUJACQUIER, est annulée.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 2.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie requérante, à charge de la partie adverse.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont également mis à charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
trois janvier deux mille dix-neuf par :

MM. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
David DE ROY,	conseiller d'État,
M ^{mes} Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État,
Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.