

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 243.932 du 13 mars 2019

A. 219.031/VI-20.768

En cause : **la société anonyme ARIES CONSULTANTS,**

ayant élu domicile chez
M^e Jean-Marc WOLTER, avocat,
avenue de la Couronne 340
1050 Bruxelles,

contre :

Bruxelles Environnement, anciennement
l'Institut Bruxellois pour la Gestion de
l'Environnement (I.B.G.E.),

ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 14 avril 2016, la société anonyme ARIES CONSULTANTS demande l'annulation de :

- " - la décision de l'IBGE du 29 octobre 2015 de ne pas sélectionner la requérante en vue de l'attribution d'un marché public portant sur «la réalisation de constats relatifs à l'environnement sonore et vibratoire de sites en Région de Bruxelles-Capitale» (CSC 2015 B 0599);
- la décision de l'IBGE du 1^{er} février 2016 d'attribuer ce marché public de services à un autre soumissionnaire, dont l'identité n'est pas connue de la requérante".

II. Procédure

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.

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 des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 12 octobre 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 14 novembre 2018 à 10 heures.

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

M^e Laurent HOUSEN, *loco* M^e Jean-Marc WOLTER, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Marie SCULIER, *loco* M^e Marie VASTMANS, 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

La partie adverse a lancé un marché public de services ayant pour objet "la réalisation de constats relatifs à l'environnement sonore et vibratoire de sites en Région de Bruxelles-Capitale". Le mode de passation choisi est la procédure négociée sans publicité, sur la base de l'article 26, § 1^{er}, 1^o, a), de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services. Le marché a une durée de 12 mois reconductible trois fois.

Le cahier spécial des charges énonce, en ce qui concerne la capacité technique, les exigences suivantes :

- " Une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.

Niveau(x) minimal(aux) : * 3 appareils de mesures acoustiques et 4 appareils de mesures vibratoires (2 pour la DIN-4150/2 et 2 pour la DIN-4150/3) pouvant, chacun, réaliser au minimum 7 jours consécutifs de mesures".

Les critères d'attribution sont annoncés comme suit :

- " Aucun critère d'attribution n'a été spécifié. Après les négociations éventuelles, le pouvoir adjudicateur choisit l'offre économiquement la plus avantageuse. L'offre sera entre autres évaluée sur :
- * Le prix pour une campagne de mesure «type». Celle-ci comprend : 2 points de mesures acoustique de 7 jours chacun + 2 points de mesures vibratoire contrôle DIN 4150-2 de 7 jours chacun + 1 point de mesure vibratoire DIN 4150-3 de 7 jours + un système de validation des événements mesurés durant 24 heures + un rapport d'analyse des mesures ;
 - * Le délai d'exécution par mission entre le moment où les mesures commencent et le moment où le rapport est fourni par le bureau d'étude"

Plusieurs entreprises, dont la requérante, sont invitées à remettre une offre avant le 29 septembre 2015 à 11 heures. Cinq soumissionnaires ont déposé une offre.

L'offre de la requérante comporte, en ce qui concerne l'outillage, la déclaration suivante :

- " ARIES Consultants dispose actuellement du matériel suivant :

- 2 sonomètres Svantek (SVAN957) muni d'un microphone à condensateur 7052H, 20mV/Pa, prepolarisé avec un préamplificateur SV 12L IEPE;
- 1 sonomètre O1dB-Stell (SIP95) muni d'un microphone Microtech Gefell (modèle MK250) omnidirectionnel à condensateur à polarisation permanente ;
- 1 calibre O1dB-Stell (modèle CAL01) 1000 Hz ;
- Divers : trépieds, bonnette anti-pluie et anti-vent, stations météo, plaques de comptage automatique de circulation.

Tout le matériel est conforme aux normes en vigueur et fait l'objet d'un entretien régulier et des calibrations systématiques sont opérées à chaque utilisation.

ARIES Consultants s'engage à acquérir au minimum le matériel suivant si le présent marché lui est attribué :

- 4 appareils de mesures acoustiques et vibratoires de la marque Svantek (modèle SVAN977) muni chacun d'un accéléromètre et d'une masse adaptés aux mesures de la norme DIN 4150.

ARIES Consultants alimente ces appareils à l'aide de batteries (12V) assurant une autonomie de 10 jours. Ce système prémunit la campagne du risque de coupure de

courant par le riverain ou sur le réseau de distribution.

À côté du matériel technique, ARIES dispose des moyens informatiques nécessaires au bon déroulement des études".

Le responsable du projet a, le 21 octobre 2015, établi un rapport d'analyse des offres présentant les cinq offres reçues de la manière suivante :

N°	Nom	CP	Localité/Ville	Prix TVAC	Délai
1	Aries Consultants SA	1301	Bierges	6.450,00€	7 jc
2	VK Engineering	1070	Bruxelles	17.605,50€	21 jc
3	TECHNUM	2800	Mechelen	7.368,90€	5 jc
4	AIB Vinçotte International sa_BU Environnement, Safety and Sustainability	1800 (sic)	Bruxelles	8.500,25€	7 jc
5	Acoustic Technologies (ATECH)	1081	Bruxelles	9.740,50€	10 jc

En ce qui concerne la sélection qualitative, et plus particulièrement la capacité technique, l'auteur du rapport estime que l'offre de la requérante n'est "pas OK". Cette appréciation est motivée comme il suit :

" CAPACITE TECHNIQUE : PAS OK

Une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.

* 3 appareils de mesures acoustiques et 4 appareils de mesures vibratoires (2 pour la DIN-4150/2 et 2 pour la DIN-4150/3) pouvant, chacun réaliser au minimum 7 jours consécutifs de mesures.

ARIES Consultants dispose du matériel de mesure suivant :

- 2 sonomètres Svantek (SVAN957) muni d'un microphone à condenseur 7052H, 20mV/Pa, prepolarisé avec un préamplificateur SV 12L IEPE;
- 1 sonomètre O1dB-Stell (SIP95) muni d'un microphone Microtech Gefell (modèle MK250) omnidirectionnel à condensateur à polarisation permanente ;
- 1 calibre O1dB-Stell (modèle CAL01) 1000 Hz;

ARIES Consultants s'engage à acquérir au minimum le matériel suivant si le présent marché lui est attribué : 4 appareils de mesures acoustiques et vibratoires de la marque Svantek (modèle SVAN977) muni chacun d'un accéléromètre et d'une masse adaptés aux mesures de la norme DIN 4150.

ARIES est donc écarté étant donné qu'il n'a pas l'appareillage nécessaire au moment de la remise d'offre".

Tous les autres soumissionnaires ont été sélectionnés. L'offre de la société AIB VINCOTTE est, toutefois, écartée au stade de l'examen de la régularité, les conditions générales – contraires aux conditions d'exécution du marché – étant insérées dans l'offre.

À l'issue de l'examen des critères d'attribution, le rapport d'analyse des offres aboutit au classement suivant :

"

N°	Nom	Prix TVAC*	Délai com. ¹
3	TECHNUM	7.368,90 €	5 jc
5	Acoustic Technologies (ATECH)	9.740,50 €	10 jc
2	VK ENGINEERING	17.605,50 €	21 jc
Motivation additionnelle : De par son grand parc de matériel de mesure, son prix le moins élevé pour la campagne de mesure type, son contrôle de qualité du rapport, son délai de réalisation du rapport après mesures et le fait de facturer les mesures 24 h au même prix que les mesures de 7 jours, le bureau Technum présente l'offre économiquement la plus avantageuse.			

* Montants contrôlés

¹ Délai entre la fin d'une campagne de mesures et la remise du rapport (en jours calendrier)".

Le 1^{er} février 2016, la ministre de l'Environnement de la Région de Bruxelles-Capitale a décidé de ne pas sélectionner la requérante et d'attribuer le marché à TECHNUM.

La requérante a été informée de sa non-sélection et de l'attribution du marché à un autre soumissionnaire par un courrier daté du 19 février 2016.

La requérante indique avoir sollicité la communication de la décision d'attribution le 24 février 2016. La partie adverse lui a notifié les motifs de non-sélection, extraits de la décision d'attribution, par une lettre datée du 23 mars 2016.

IV. Première branche du premier moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante prend un premier moyen de "la violation du cahier spécial des charges, du principe général de droit *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, 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, du principe général de bonne administration et plus particulièrement, des principes de transparence, d'égalité et de proportionnalité".

Dans la première branche de ce moyen, elle reproche à la partie adverse de ne pas l'avoir sélectionnée au motif qu'"elle n'a pas l'appareillage nécessaire au moment de la remise d'offre" et d'avoir attribué le marché à l'un des soumissionnaires, sans l'avoir impliquée dans les négociations éventuelles et sans avoir comparé son offre avec celles des autres soumissionnaires. Elle y voit une violation du cahier spécial des charges et du principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti*.

La requérante rappelle que le marché a été passé par procédure négociée sans publicité, conformément à l'article 26, § 1^{er}, 1^o, a), de la loi du 15 juin 2006 précitée. Après avoir reproduit les termes du cahier spécial des charges relatifs à la capacité technique, elle rappelle que, conformément à l'article 106, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le chapitre V du même arrêté contenant des dispositions relatives à la sélection des candidats et des soumissionnaires, ne s'applique pas à la procédure négociée sans publicité, "sauf disposition contraire dans les documents du marché". Elle observe qu'en l'espèce, "le critère de capacité technique choisi et utilisé dans le cadre de la procédure négociée poursuivie est justement formulé de manière strictement identique à l'article 72, 6^o, de l'A.R. précité". Selon la requérante, "l'utilisation de l'indicatif du futur simple à l'article 72, 6^o, précité comme dans la disposition du cahier spécial des charges régissant le marché public, «dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché», vise nécessairement la vérification de l'aptitude technique des soumissionnaires à exécuter le marché à attribuer, au moment de l'exécution de celui-ci (confirmant ainsi ici le rapport nécessaire et raisonnable devant exister entre un critère de sélection et l'objet du marché)".

Elle souligne que son offre contient une déclaration concernant le matériel, l'outillage et l'équipement technique visée par le cahier spécial des charges, dont elle reproduit les termes et expose qu'elle y "déclare disposer de certains appareils requis au minimum pour l'exécution du marché concerné au moment de la remise de son offre et s'engage de manière expresse à acquérir au minimum les autres appareils visés par le cahier spécial des charges, si le marché devait lui être attribué" et qu'elle "atteste ainsi, au niveau technique, être apte à réaliser le marché concerné au moment prévu pour son exécution, conformément aux exigences formulées à cet égard par l'IBGE dans ce document du marché". Selon elle, "ne pas en tenir compte viole l'ensemble des dispositions visées au moyen et en particulier, l'article 1.5 du cahier spécial des charges".

La requérante estime que "l'IBGE a ainsi ajouté un critère de sélection non prévu par le cahier spécial des charges" et que "l'appréciation de la capacité technique des soumissionnaires faite par l'IBGE déroge dans tous les cas, à l'appréciation telle que prévue par le cahier spécial des charges".

Elle souligne que la liberté plus large qu'offre la procédure négociée au pouvoir adjudicateur est limitée par le respect des principes généraux de droit administratif et notamment du principe général *patere legem quam ipse fecisti*.

B. Mémoire en réponse

Se référant à l'article 14, § 1^{er}, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, la partie adverse conteste l'intérêt de la requérante au moyen au motif qu'il "ressort du rapport d'examen des offres ainsi que de l'offre déposée par la requérante qu'à supposer — *quod non* —, que la partie adverse aurait illégalement écarté l'offre de la requérante au stade de la sélection, le fait de corriger la prétendue illégalité n'apporterait aucune modification au classement des offres à son profit", car "l'offre de l'attributaire du marché constituerait toujours l'offre la plus avantageuse". Elle renvoie, à cet égard, aux critères d'attribution prévus par le cahier spécial des charges, qui ont pour effet "de classer l'offre de l'attributaire du marché devant celles des autres soumissionnaires, en ce compris celle de la requérante".

Sur le fond, la partie adverse rappelle tout d'abord le cadre légal applicable à la sélection qualitative en procédure négociée sans publicité, puis les termes du cahier spécial des charges en ce qui concerne la preuve de la capacité technique (article 1.5.), ainsi que la déclaration jointe à l'offre de la requérante.

Elle estime qu'elle ne pouvait que constater que la requérante ne satisfaisait pas au niveau minimum requis et que son offre était "manifestement non sélectionnable au moment de son dépôt et de l'attribution du marché".

Elle rappelle la jurisprudence du Conseil d'État, selon laquelle le pouvoir adjudicateur ne peut se départir des "exigences et des niveaux fixés en matière de sélection" une fois qu'elles ont été fixées, notamment pour les assouplir, en sélectionnant un candidat n'ayant fourni que deux références alors que les documents du marché exigent la production de trois références similaires et souligne également que le Conseil d'État a reconnu la distinction entre un critère de sélection et un niveau

d'exigence et qu'il a admis que le pouvoir adjudicateur écarte une offre, au stade de la sélection, au motif que celle-ci ne répond pas au niveau minimum d'exigence imposé par le cahier spécial des charges.

Elle remarque que "le raisonnement tenu par la requérante [...] résulte, à l'évidence, d'une confusion entre les notions de critères de sélection et de niveau d'exigence" et répond qu'"à supposer que l'on admette qu'il ressort de l'article 1.5 du cahier spécial des charges et de l'article 72, 6°, de l'arrêté royal précité que la vérification de la capacité technique des soumissionnaires doit avoir lieu au moment de l'exécution du marché, il n'en est, *a fortiori*, pas de même pour le niveau d'exigence qui détermine la prise en considération de l'offre lors de la sélection et doit donc, en toute logique, être apprécié au moment de la remise des offres".

Elle souligne que la requérante ne conteste pas ne pas avoir fourni de preuve qu'elle disposait de l'outillage requis pour pouvoir être prise en considération lors de la sélection et ajoute "qu'en prévoyant des critères de sélection et leur niveau d'exigence, préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires, alors qu'aucune obligation ne lui incombait à ce titre, la partie adverse a entendu permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents de comprendre la portée exacte des éléments qu'elle entendait prendre en considération pour décider de la régularité des offres et de déposer leur dossier de candidature en connaissance de cause".

La partie adverse conclut qu'elle a fait une correcte application de l'article 1.5 du cahier spécial des charges ainsi que du principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti* et que si elle avait procédé à la vérification de la capacité technique de la requérante au moment de l'exécution du marché et non au moment de la remise des offres, elle aurait rompu l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et violé le prescrit de l'article 1.5 du cahier spécial des charges ainsi que le principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti* en ce qu'elle n'aurait pas tenu compte du niveau minimum d'exigence imposé par les documents du marché.

C. Mémoire en réplique

Sur l'intérêt au moyen, la requérante rappelle, après avoir reproduit le tableau figurant dans le rapport d'examen des offres, que "selon l'article 1.10 du cahier spécial des charges, le marché est attribué, après des négociations éventuelles et une analyse des offres sur base, entre autres, du prix proposé pour une campagne de

mesures «type» [...] et du délai d'exécution par mission [...], au soumissionnaire qui a remis l'offre économiquement la plus avantageuse".

Elle déduit du rapport d'examen des offres qu'elle a remis le prix le plus intéressant pour une campagne de mesures type et que TECHNUM a proposé le délai le plus court par mission et souligne qu'en tenant compte des critères d'attribution énoncés à l'article 10.1., "la réparation de l'illégalité invoquée par la requérante au premier moyen serait de toute évidence de nature à modifier le classement des offres à son profit".

Elle ajoute qu'il faut encore tenir compte des particularités du mode de passation du marché choisi, en l'occurrence la procédure négociée sans publicité. Elle rappelle que "cette procédure permet au pouvoir adjudicateur d'entrer en négociations avec un ou plusieurs soumissionnaires, négociations au cours desquelles des modifications aux offres initiales sont permises et même souhaitées" et constate que "l'issue de telles négociations est [...] par définition imprévisible".

Se référant à un arrêt du Conseil d'État selon lequel l'intérêt au moyen est apprécié plus soupagement dans le cadre d'une procédure négociée, elle observe que son offre était proche de celle de l'adjudicataire et que ces deux offres étaient de loin plus intéressantes que les autres. Elle comprend, qu'après avoir écarté son offre, la partie adverse n'ait pas mené de négociations, mais elle estime que si elle avait été sélectionnée, il aurait été intéressant pour la partie adverse de mener des négociations afin de départager leurs offres à son meilleur profit.

Elle en conclut que "la réparation de l'illégalité invoquée par la requérante dans son premier moyen est clairement de nature, lors d'une nouvelle analyse et évaluation des offres, à rétablir sa chance d'être classée première, de sorte que, tenant compte de la jurisprudence de Votre Conseil précitée, la requérante a bien un intérêt au moyen".

Sur le fond, la requérante réplique qu'il ressort de l'article 72, 6°, de l'arrêté royal précité du 15 juillet 2011 ainsi que du libellé de l'article 1.5. du cahier spécial des charges – et spécialement du niveau minimum d'exigence – que "les soumissionnaires devront disposer au minimum de 3 appareils de mesures acoustiques et 4 appareils de mesures vibratoires (2 pour la DIN-4150-2 et 2 pour la DIN-4150-3), pouvant chacun réaliser au minimum 7 jours consécutifs de mesures, pour la réalisation du marché" et que "la preuve de leur capacité technique et de l'atteinte du niveau minimum

d'exigence y relatif devait être fournie par une déclaration des soumissionnaires à cet égard".

Elle conteste que le critère de sélection, son mode de justification et le niveau minimum d'exigence à atteindre doivent, d'une manière générale, être appréciés à des moments différents. Selon elle, "le moment de l'évaluation de la capacité technique des soumissionnaires dépend [...] du mode de justification retenu parmi les modes prévus par l'article 72 de l'A.R. du 15 juillet 2011 ainsi que du libellé du niveau minimum d'exigence par le pouvoir adjudicateur dans le cahier spécial des charges régissant le marché concerné et nécessite dès lors systématiquement une appréciation *in concreto* dudit cahier spécial des charges".

En ce qui concerne l'évaluation de la capacité technique des soumissionnaires sur base d'une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché, la requérante admet que "le pouvoir adjudicateur pourrait, en déterminant le niveau minimum d'exigence à atteindre pour être sélectionné, exiger que les soumissionnaires disposent d'un certain outillage au moment de la remise de l'offre si cette exigence était liée et proportionnée à l'objet du marché". Elle considère toutefois qu'en l'espèce, "l'IBGE, en déterminant le niveau minimum d'exigence quant à l'outillage requis pour la réalisation du marché, n'a pas procédé de cette manière" puisqu'il "a simplement décrit l'outillage dont les soumissionnaires devront disposer au minimum pour la réalisation du marché".

La requérante estime que, par sa déclaration relative à l'outillage dont elle disposait déjà et par l'engagement à acquérir l'outillage minimum exigé, elle a prouvé qu'elle disposait de la capacité technique nécessaire à l'exécution du marché, conformément au cahier spécial des charges. Selon elle, "tenant compte de ladite déclaration de la requérante, une décision de non-sélection de celle-ci au motif qu'elle ne disposait pas de la capacité technique requise, ne pouvait que résulter de l'établissement explicite de l'impossibilité pour la requérante de disposer du matériel minimum exigé pour la réalisation du marché". Elle constate que l'IBGE reste en défaut de rapporter cette preuve.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Après s'être livrée à un examen du prix et des délais d'exécution proposés par la requérante, la partie adverse constate "qu'à supposer même que la partie adverse

ait écarté illégalement l'offre de la requérante au stade de la sélection — *quod certe non* —, le fait de corriger la prétendue illégalité, et donc de sélectionner l'offre de la requérante et de la comparer à celles des autres soumissionnaires, n'apporterait aucune modification au classement des offres, en ce que l'offre de l'attributaire du marché serait toujours l'offre la plus intéressante pour les critères relatifs au prix et aux délais d'exécution". Elle relève, à cet égard, que le point 3 du rapport d'examen des offres "contient une erreur matérielle en ce qu'il mentionne le prix TVAC des offres des différents soumissionnaires, à l'exception de celui de la requérante qui est mentionné HTVA".

Elle souligne, en outre, que la partie adverse a également tenu compte, afin d'attribuer le marché à la société TECHNUM, de la motivation additionnelle suivante :

" Motivation additionnelle: De par son grand parc de matériel de mesure, son prix le moins élevé pour la campagne de mesure type, son contrôle qualité du rapport, son délai de réalisation du rapport après mesures et le fait de facturer les mesures 24h au même prix que les mesures de 7 jours, le bureau Technum présente l'offre économiquement la plus avantageuse".

Après avoir examiné ces éléments additionnels dans l'offre de la requérante, elle estime que "le fait de corriger la prétendue illégalité, et donc de sélectionner l'offre de la requérante et de la comparer à celles des autres soumissionnaires, n'apporterait aucune modification au classement des offres, en ce que l'offre de l'attributaire constituerait toujours l'offre la plus intéressante au regard de l'ensemble des éléments qui ont été pris en considération par la partie adverse dans le cadre de l'examen des offres".

Concernant l'argument selon lequel il résulterait des termes du cahier spécial des charges que d'autres éléments auraient pu être pris en considération dans le cadre de l'examen des offres, la partie adverse rappelle que "l'offre de l'attributaire est plus avantageuse que celle de la requérante tant au niveau du prix proposé pour une campagne de mesures «type» que des délais d'exécution" et souligne qu'à "supposer même que des éléments autres que le prix ou les délais d'exécution aient pu être pris en considération dans le cadre de l'examen des offres dans l'hypothèse où l'offre de la requérante aurait été sélectionnée — *quod certe non* —, encore faudrait-il que celle-ci ait mis ces éléments en évidence et ait apporté la preuve que lesdits éléments auraient éventuellement permis à son offre de se classer en première position — ce que celle-ci est manifestement restée en défaut de faire".

Elle relève également qu'elle "a manifestement fait le choix de ne pas négocier avec les différents soumissionnaires et d'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse, ce qu'elle était parfaitement autorisée à faire" et rappelle qu'en présence d'une faculté de négociation, les soumissionnaires "avaient été avertis du fait qu'ils devaient tout de suite proposer leur meilleure offre et prenaient un risque s'ils se réservaient une marge pour d'éventuelles négociations". Elle observe que si la nouvelle réglementation relative aux marchés publics prévoit désormais expressément qu'en procédure concurrentielle avec négociation, le pouvoir adjudicateur est tenu de négocier avec les soumissionnaires les offres finales et ultérieures, sauf s'il s'est réservé la possibilité de ne pas négocier dans l'avis de marché (article 38, § 5, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics), une telle obligation n'existait pas sous l'empire de l'ancienne réglementation relative aux marchés publics. Elle souligne "qu'en considérant [...] qu'il «aurait été intéressant» pour la partie adverse, au vu du faible écart entre les offres, de négocier avec la requérante et l'attributaire, Votre Conseil substituerait, en réalité, son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, lequel a choisi de ne pas négocier avec les différents soumissionnaires, comme l'autorisait expressément le cahier spécial des charges" et n'aperçoit pas "ce qui permettrait de considérer qu'il aurait été plus «intéressant» pour la partie adverse de négocier avec la requérante et l'attributaire du marché que de négocier avec l'attributaire et le soumissionnaire classé en deuxième position".

Elle note que la requérante reste, par ailleurs, en défaut de démontrer en quoi elle aurait pu, en cas de BAFO, améliorer son offre au regard des autres éléments qui l'ont amenée à attribuer le marché à la société TECHNUM, à savoir l'importance du parc de matériel de mesure; le contrôle de qualité du rapport; le délai de réalisation du rapport et la possibilité de facturer les mesures de 24 heures au même prix que les mesures de 7 jours.

Elle rappelle qu'il "appartient à la requérante — et à elle seule — de démontrer que le moyen soulevé serait de nature à modifier le classement des offres" et observe que le premier argument invoqué par celle-ci et "tiré du classement des offres est manifestement erroné puisqu'il se fonde sur l'erreur matérielle contenue dans le rapport d'examen des offres" tandis que son deuxième argument lié à des négociations invite à substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur.

Elle en conclut que "la requérante reste en défaut de démontrer en quoi les griefs développés au premier moyen seraient de nature à lui restituer une chance

d'obtenir le marché de sorte qu'elle n'a pas d'intérêt au moyen et que celui-ci doit, en conséquence, être déclaré irrecevable".

E. Dernier mémoire de la partie requérante

Se référant à un arrêt n° 228.768 du 16 octobre 2014 qu'elle estime transposable, la requérante observe "qu'une partie requérante ne doit pas démontrer de manière incontournable que son offre serait classée comme étant la plus avantageuse pour avoir un intérêt à un moyen, mais qu'il suffit que celui-ci soit de nature, lors d'une nouvelle analyse et évaluation des offres, à rétablir sa chance d'être classée première" et qu'il "revient dès lors à la requérante de démontrer que la réparation de l'illégalité soulevée dans le cadre du premier moyen est de nature, lors d'une nouvelle analyse et évaluation des offres, à rétablir sa chance d'être classée première". Elle fait valoir que son offre "n'ayant pas fait l'objet d'une analyse et d'une comparaison avec les autres offres sélectionnées suite à l'éviction illégale de celle-ci, la réparation de cette illégalité est, *a fortiori*, de nature à restituer à la requérante une chance de se voir attribuer le marché". Elle souligne que si "selon le rapport d'examen des offres (après correction de l'erreur matérielle soulevée par l'IBGE et sous réserve d'éventuelles autres erreurs matérielles non décelées), l'on pourrait retenir que, sur base uniquement du prix pour une campagne de mesure «type» et du délai d'exécution par mission, et sans tenir compte d'éventuelles négociations, l'offre de l'attributaire du marché serait toujours classée devant celle de la requérante [...] il n'en reste pas moins que :

- l'offre de la requérante est proche de celle de l'attributaire du marché et ces deux offres se démarquent — ensemble — des autres soumissionnaires ;
- selon l'article 1.10 du cahier spécial des charges, les offres ne seront pas uniquement évaluées sur base du prix pour une campagne de mesure «type» et du délai d'exécution par mission, mais entre autres sur base de ces deux éléments ;
- selon l'article 1.10 du cahier spécial des charges, l'IBGE choisit l'offre économiquement la plus intéressante après des négociations éventuelles."

Elle en déduit qu'il "convenait pour l'IBGE, lors d'une analyse de l'offre de la requérante et de la comparaison de celle-ci avec les autres offres sélectionnées, de prendre en compte l'ensemble des éléments constitutifs des offres pour déterminer, après des négociations éventuelles, celle qui est économiquement la plus intéressante de son point de vue".

Elle s'interroge, par ailleurs, "quant au délai d'exécution par mission retenu dans le rapport d'évaluation des offres alors qu'elle a fourni dans son offre des

délais différents en fonction des types de mesures définis dans le cahier spécial des charges" et souligne que "son offre indique que les délais sont fournis à titre indicatif, ceux-ci pouvant être revus au cas par cas, en accord avec le fonctionnaire dirigeant et/ou son délégué, en fonction des conditions météorologiques et de la disponibilité des riverains dont le logement fait l'objet de l'étude acoustique et/ou vibratoire".

S'agissant de la motivation additionnelle, la requérante constate que les éléments retenus concernent des caractéristiques de l'offre de l'attributaire du marché qui faisaient de celle-ci l'offre économiquement la plus avantageuse des offres sélectionnées du point de vue de l'IBGE, mais que "[l']analyse de l'offre de la requérante et la comparaison de celle-ci avec les autres offres sélectionnées pourraient révéler des avantages pour l'IBGE par rapport aux autres offres qui font de celle-ci l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue de l'IBGE" et fait valoir que "les éléments soulevés par l'IBGE dans la motivation additionnelle [...] ne constituent en aucun cas des critères d'attribution pouvant servir de base pour l'analyse de l'offre de la requérante et de la comparaison de celle-ci avec l'offre de l'attributaire du marché comme l'IBGE semble vouloir le soutenir dans son dernier mémoire". Elle rappelle, à cet égard, qu'en vertu de l'article 1.10 du cahier spécial des charges, aucun critère d'attribution n'a été fixé et que la partie adverse ne peut en fixer *a posteriori*.

Elle remarque enfin que la "correction de l'illégalité soulevée dans le cadre du premier moyen et dès lors l'analyse de l'offre de la requérante et la comparaison de celle-ci avec les autres offres sélectionnées, en particulier celle de l'attributaire du marché, pourraient révéler des avantages par rapport aux autres offres, en particulier celle de l'attributaire du marché, qui aurait pu mener l'IBGE à recourir à la faculté des négociations qui lui est offerte par le mode de passation du marché retenu, pour départager les offres les plus intéressantes" et qu'il "ne s'agit pas pour Votre Conseil, de substituer son appréciation à la sienne mais uniquement de tenir compte des particularités du mode de passation du marché choisi, ce que préconise d'ailleurs Votre Conseil dans sa jurisprudence". Elle en conclut que la "réparation de l'illégalité soulevée dans le cadre du premier moyen restitue la chance pour la requérante, après l'analyse de son offre et la comparaison de celle-ci aux autres offres sélectionnées, d'être classée première de sorte qu'elle a bien un intérêt au moyen".

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le premier moyen conteste le motif de non sélection de la requérante qui a donc, en principe, intérêt à celui-ci dès lors que si son offre avait été sélectionnée, elle

aurait pu avoir une chance de se voir attribuer le marché.

Les affirmations de la partie adverse selon lesquelles, même en cas de sélection de la requérante, "l'offre de l'attributaire du marché constituerait toujours l'offre la plus avantageuse" et "l'offre de la requérante serait nécessairement classée derrière l'offre de ce dernier", ne peuvent être suivies.

S'il est exact que la partie adverse a fait choix de ne pas entamer des négociations avec les trois soumissionnaires sélectionnés et dont l'offre avait été déclarée régulière, il ne peut être exclu qu'elle n'aurait pas entamé de telles négociations si la requérante avait été sélectionnée, ni que la BAFO de celle-ci n'aurait pas pu se classer première.

La requérante justifie, dès lors, d'un intérêt suffisant à l'illégalité invoquée.

Le cahier spécial des charges définit les critères de capacité technique de la manière suivante :

- " Une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.

Niveau(x) minimal(aux) : * 3 appareils de mesures acoustiques et 4 appareils de mesures vibratoires (2 pour la DIN-4150/2 et 2 pour la DIN-4150/3) pouvant, chacun, réaliser au minimum 7 jours consécutifs de mesures."

Le fait qu'il s'agisse d'outillage, de matériel et d'équipement technique "dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché" implique que le soumissionnaire ne doit pas déjà nécessairement être en sa possession, mais qu'il doit établir, dès le dépôt de son offre, qu'il pourra en disposer pour la réalisation du marché.

En l'espèce, la requérante a joint à son offre la déclaration suivante :

- " ARIES Consultants dispose actuellement du matériel suivant :

- 2 sonomètres Svantek (SVAN957) muni d'un microphone à condenseur 7052H, 20mV/Pa, prepolarisé avec un préamplificateur SV 12L IEPE;
- 1 sonomètre O1dB-Stell (SIP95) muni d'un microphone Microtech Gefell (modèle MK250) omnidirectionnel à condensateur à polarisation permanente;
- 1 calibre O1dB-Stell (modèle CAL01) 1000 Hz;
- Divers : trépieds, bonnette anti-pluie et anti-vent, stations météo, plaques de comptage automatique de circulation.

Tout le matériel est conforme aux normes en vigueur et fait l'objet d'un entretien

régulier et des calibrations systématiques sont opérées à chaque utilisation.

ARIES Consultants s'engage à acquérir au minimum le matériel suivant si le présent marché lui est attribué :

- 4 appareils de mesures acoustiques et vibratoires de la marque Svantek (modèle SVAN977) muni chacun d'un accéléromètre et d'une masse adaptés aux mesures de la norme DIN 4150.

ARIES Consultants alimente ces appareils à l'aide de batteries (12V) assurant une autonomie de 10 jours. Ce système prémunit la campagne du risque de coupure de courant par le riverain ou sur le réseau de distribution.

À côté du matériel technique, ARIES dispose des moyens informatiques nécessaires au bon déroulement des études".

Il ressort de cette déclaration que la requérante s'est engagée à acquérir du matériel supplémentaire si le marché lui était attribué et à disposer, dès lors, de l'outillage, du matériel et de l'équipement technique requis, au titre de la capacité technique, pour la réalisation du marché, ce dont la partie adverse n'a pas tenu compte, se limitant à constater que la requérante "n'a pas l'appareillage nécessaire au moment de la remise d'offre".

La première branche du premier moyen est recevable et fondée.

V. Indemnité de procédure

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

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

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

VI. Confidentialité

La partie adverse sollicite le maintien de la confidentialité des offres des soumissionnaires.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État 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 1^{er} février 2016 de la ministre de l'Environnement de la Région de Bruxelles-Capitale de ne pas sélectionner la société anonyme ARIES CONSULTANTS et d'attribuer le marché à TECHNUM est annulée.

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 la charge de la partie adverse.

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

MM. Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
David DE ROY,	conseiller d'État,
M ^{me} Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État,
M. Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Imre KOVALOVSKY.