CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n^o 244.162 du 3 avril 2019

A. 217.465/VI-20.641

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

ayant élu domicile chez
M^e Kim MORIC, avocat,
avenue Louise 106
1050 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne, représentée par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
M^e Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne 62
5000 Namur.

Parties intervenantes :

1. **la société anonyme GALERE**,
2. **la société anonyme ETABLISSEMENTS MAURICE WANTY**,

ayant élu domicile chez
M^es Virginie DOR et
Florence CAILLOL, avocats,
chaussée de La Hulpe 178,
1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 décembre 2015, la société anonyme BESIX demande l'annulation de "la décision du 21 octobre 2015 de la Partie adverse d'attribuer le marché public de travaux concernant la «Modernisation de la traversée de Tournai à la classe CEMT Va - Aménagements de la zone du pont à Ponts - Phase 1» aux sociétés constituant la société momentanée GALERE S.A. - Etablissements Maurice WANTY S.A. et dès lors de ne pas attribuer le marché public précité à la

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

Partie requérante".

II. Procédure

Par une requête introduite le 26 novembre 2015, la société anonyme GALERE et la société anonyme ETABLISSEMENTS MAURICE WANTY demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

Un arrêt n° 233.127 du 3 décembre 2015 a accueilli la requête en intervention précitée et a décrété le désistement de la partie requérante en ce qui concerne sa demande de suspension. Il a été notifié aux parties.

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, premier 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 requérante et adverse ont déposé des derniers mémoires.

Par une ordonnance du 4 janvier 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 février 2019 à 10 heures.

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

M^es^ Kim Eric MORIC et Alain DELFOSSE, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^e^ Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Elisabeth WILLEMART, premier auditeur, a été entendue en son avis contraire.

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

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 4 août 2015 est paru au Bulletin des adjudications un avis relatif à un marché de travaux portant l'intitulé suivant "Seine-Escaut Est. Haut-Escaut - Modernisation de la traversée de Tournai à la classe Va - Travaux de Génie-civil (Aménagements dans la zone du Pont à Ponts - Phase 1)". Un avis a également été publié au Journal Officiel de l'Union européenne le 8 août 2015.

Le mode de passation choisi est l'appel d'offres ouvert.

Les soumissionnaires suivants ont déposé offre :

- société momentanée ERAERTS Dragages & Entreprise – JAN DE NUL;
- société momentanée TRBA – CFE Succursale BAGECI – Ateliers Roger PONCIN & Cie ;
- société momentanée GALERE – Etablissements Maurice WANTY;
- société anonyme BESIX;
- société momentanée ASWEBO – ARTES DEPRET;
- société momentanée FRANKI – FRANKI CONSTRUCT;
- société momentanée DUCHENE – Victor BUYCK Steel Construction.

Un rapport d'analyse des offres détaillé est établi le 16 octobre 2015 par l'Ingénieur en Chef-Directeur des Ponts et Chaussées et conclut que :

- tous les soumissionnaires sont en ordre pour le paiement des cotisations sociales et en règle pour leurs obligations fiscales ;
- tous répondent aux critères de capacité économique et financière ;
- tous les soumissionnaires, à l'exception de la société momentanée FRANKI – FRANKI CONSTRUCT, répondent aux critères de capacité technique ou professionnelle ;
- tous disposent de l'agréation requise ;
- tous les soumissionnaires, à l'exception de la société momentanée FRANKI – FRANKI CONSTRUCT sont donc sélectionnés ;

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

- les six offres sélectionnées sont formellement régulières ;
- ces six offres comprennent les annexes exigées par le cahier des charges ;
- le coordinateur sécurité-santé estime les documents conformes à l'article 30 de l'arrêté royal du 25 janvier 2001 concernant les chantiers temporaires et mobiles ;
- les prix unitaires des six offres sont normaux ;
- les six offres sélectionnées sont donc régulières ;
- après analyse au regard des critères d'attribution, le classement s'établit comme suit :
  - société momentanée GALERE – Etablissements Maurice WANTY : 85,7 points
  - société anonyme BESIX : 75,2 points
  - société momentanée DUCHENE – Victor BUYCK Steel Construction : 70,7 points
  - société momentanée ASWEBO – ARTES DEPRET : 68, 6 points
  - société momentanée TRBA–CFE BAGECI–Ats Roger PONCIN & Cie : 64,7 points
  - société momentanée ERAERTS Dragages &Entreprise – JAN DE NUL : 63, 1 points

Le rapport propose donc d'attribuer le marché à la société momentanée GALERE – Etablissements Maurice WANTY dont l'offre apparaît comme étant l'offre régulière la plus intéressante.

Le 21 octobre 2015, le ministre des Travaux publics de la Région wallonne a décidé d'attribuer le marché à la société momentanée GALERE – Etablissements Maurice WANTY. Cette décision précise que le rapport d'analyse des offres en fait partie intégrante.

Il s'agit de l'acte attaqué qui a été communiqué à la requérante par un courrier électronique du 21 octobre 2015 ainsi que par un courrier daté du même jour.

IV. Recevabilité de la requête en tant qu'elle est dirigée contre le second acte attaqué

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

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

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. Quatrième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

La requérante prend un quatrième moyen de la violation de l'article 58, § 1er, alinéa 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Elle justifie d'emblée son intérêt au moyen en faisant valoir que "si la partie adverse n'avait pas enfreint la disposition précitée et avait fixé un niveau minimum d'exigence, les sociétés constituant la société momentanée GALERE – Etablissements Maurice WANTY, n'auraient peut être pas été sélectionnées". Elle rappelle qu'elle est la deuxième classée et qu'elle aurait alors été désignée comme l'offre économiquement la plus avantageuse.

Elle fait valoir que "la partie adverse se limite à énoncer les documents qui doivent être produits pour satisfaire au critère de sélection économique et financier et au critère de sélection technique et professionnel et ne fixe pas de niveau d'exigence

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

spécifique minimal […] ni dans l'avis de marché, ni dans le cahier spécial des charges".

Après avoir reproduit l'article 58, § 1er, alinéa 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et fait état de la jurisprudence du Conseil d'État, la requérante indique que la partie adverse ne s'est pas satisfaite de l'agréation, mais qu'elle a exigé la production de documents démontrant la capacité économique et financière et la capacité technique et professionnelle.

Elle observe que la partie adverse a requis la production d'une déclaration bancaire ou d'une attestation d'engagement de constitution de cautionnement, mais qu'elle a omis de préciser un niveau minimal dans l'avis de marché. Elle s'interroge, par ailleurs, "sur la capacité à exécuter le marché que démontre une attestation d'engagement de constitution de cautionnement ou une déclaration bancaire alors que les documents du marché n'informent pas les soumissionnaires de la valeur estimée du marché public discuté et alors qu'aucun niveau d'exigence minimum n'est défini pour la capacité économique et financière".

En ce qui concerne la capacité technique et professionnelle, la requérante observe que la partie adverse "se limite à demander la production d'une liste de références et d'un certificat d'agréation sans fixer de niveau d'exigence minimal dans l'avis de marché". Elle considère que "les caractéristiques des références auxquelles celles-ci doivent satisfaire ne peuvent être confondues avec le niveau d'exigence minimum en terme de capacité technique et professionnelle qui peut différer des caractéristiques que ces références doivent respecter pour être prises en considération".

Elle fait valoir que, selon la jurisprudence du Conseil d'État, demander la production de documents ne suffit pas pour fixer un niveau d'exigence minimal, qu'il s'agisse de la déclaration bancaire ou de la liste de références. Quant au cautionnement, elle observe que l'attestation "se réfère à 5% d'un montant indéterminé".

B. Mémoire en réponse

La partie adverse reproduit les termes du cahier spécial des charges, relatifs à la capacité technique ou professionnelle et répond que "l'article 58, § 1er, al.

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

1, 2°, de l'A.R. du 15 juillet 2011 est dès lors parfaitement respecté en ce qui concerne la capacité technique".

Elle reproduit ensuite les critères de sélection relatifs à la capacité financière et économique et répond que la déclaration bancaire exigée est conforme en tous points à l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, puisqu'elle figure parmi les références autorisées par l'article 67 de cet arrêté et qu'elle doit être le reflet fidèle de l'annexe 3 de l'arrêté. Elle n'aperçoit, dès lors, pas comment la déclaration bancaire exigée pourrait être contraire à l'article 58 de l'arrêté "sauf à déceler une contradiction entre l'article 58 et l'article 67, et à faire primer le premier sur le second". Elle en déduit que l'exigence du "niveau minimum d'exigence" n'est pas applicable à la déclaration bancaire.

La partie adverse indique également que l'"attestation d'engagement de constitution de cautionnement" exigée "renvoie implicitement mais nécessairement aux règles applicables en matière de cautionnement". Elle expose que celui-ci est "fixé à 5 % du montant de la commande" par le cahier spécial des charges si bien que l'obligation de fixer un "niveau minimum d'exigence" est respectée.

La partie adverse note encore, "de manière surabondante", que "la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux et son principal arrêté d'exécution contiennent des exigences minimales précises et quantitatives concernant les aspects techniques, économiques et financiers qui s'appliquent à tous les marchés publics de travaux (et donc au présent marché)". Selon elle, l'exigence de disposer d'une agréation en catégorie E, classe 8, impose de constater que l'exigence d'un "niveau minimum" prévue par l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est remplie en l'espèce. À ses yeux, la jurisprudence citée par la requérante n'empêche nullement de considérer que l'agréation des entrepreneurs de travaux constitue à elle seule un "niveau minimum" d'exigence en matière de capacité financière, économique, technique et professionnelle.

C. Mémoire en réplique

La requérante constate que "les cases de l'avis de marché consacrées au niveau d'exigence minimale concernant les capacités économique ou financière et technique ou professionnelle sont vides".

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

Après avoir reproduit les dispositions du cahier spécial des charges relatives à la capacité économique et financière, ainsi que le modèle de déclaration bancaire figurant en annexe 3 de l'arrêté royal, elle explique qu'"une telle déclaration bancaire ne se réfère à aucun montant et ne fixe aucun niveau d'exigence" et invoque l'arrêt n° 227.074 du 27 février 2014 dans lequel le Conseil d'État constatait que l'exigence de présenter "des déclarations bancaires appropriées justifiant une bonne santé financière, les comptes de résultats et bilans des deux dernières années comptables", ne fixait aucun niveau d'exigence, en considérant notamment que "la notion de «bonne santé financière» n'est nullement précisée au moyen de critères précis avec indication de niveaux d'exigence et fixation d'un niveau minimum". La requérante en déduit que "la déclaration bancaire conforme à l'annexe 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 est effectivement un mode de preuve de la capacité économique et financière prévu par l'article 67 de l'arrêté royal précité mais ne permet pas de considérer qu'un niveau d'exigence minimal a été fixé". Elle répète que l'attestation d'engagement de constitution de cautionnement ne se réfère pas à un montant déterminé, puisqu'"aucune indication n'est donnée sur le montant de la commande" et que, par conséquent, la demande de production d'une telle attestation ne fixe aucun niveau d'exigence minimal.

Après avoir reproduit les dispositions du cahier spécial des charges relatives à la capacité technique et professionnelle, la requérante expose que "le cahier spécial des charges se réfère ainsi à une «liste de références de travaux exécutés» sans préciser le nombre minimal de références exigées".

Enfin, selon elle, "en exigeant la production de documents supplémentaires et en ne se limitant pas à exiger un certificat d'agréation, la partie adverse a imposé des conditions de sélection qualitative supplémentaires pour lesquelles elle devait définir un niveau d'exigence minimal, ce qu'elle n'a pas fait en l'espèce".

D. Dernier mémoire de la partie requérante

La requérante se réfère à sa requête en annulation et à son mémoire en réplique en ce qui concerne la capacité technique ou professionnelle.

En ce qui concerne la capacité financière et économique, la requérante, après avoir constaté que son intérêt au moyen n'est pas contesté, reproduit les articles

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

58, § 1er, alinéa 1er, 2° et 67, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et des extraits du rapport au Roi précédant cet arrêté. Elle fait également état de la jurisprudence du Conseil d'État dont elle conclut que "l'arrêt n° 233.263 du 16 décembre 2015 et l'arrêt n° 233.956 du 26 février 2016 précisent tous deux expressément qu'une exigence minimale doit être fixée pour chacun des critères de sélection qualitative utilisés par le pouvoir adjudicateur, tant en procédure ouverte qu'en procédure restreinte, et que le pouvoir adjudicateur ne pourra pas faire valoir qu'un niveau a été fixé pour un des critères de capacité technique – en l'espèce, l'agréation – pour se dispenser de fixer un niveau pour un autre critère utilisé dans le cadre du même marché – à savoir en l'espèce, une liste de références". Elle souligne qu'en "présence d'un critère pour lequel il est impossible de fixer un niveau d'exigence, le pouvoir adjudicateur devra s'assurer que ce critère est accompagné d'un second critère de même type (critère de capacité économique si le critère pour lequel il est impossible de fixer un niveau est un critère de capacité économique; critère technique, si le critère pour lequel il est impossible de fixer un niveau est un critère de capacité technique) permettant de fixer un tel niveau".

La requérante explique ensuite que la circulaire de la Région wallonne du 1er octobre 2014 ayant pour objet "la sélection qualitative et la fixation des niveaux d'exigence depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 et de ses arrêtés d'exécution" confirme l'interprétation qu'il convient de donner à l'article 58, § 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, spécialement à propos de la déclaration bancaire établie conformément à l'annexe 3 de celui-ci" et s'étonne "que la partie adverse n'ait pas respecté sa propre circulaire, pourtant adoptée peu avant le lancement de la procédure de marché public".

Concernant la production d'une "déclaration bancaire établie exclusivement sur base du modèle figurant en annexe 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011", la requérante reconnaît que ce critère "ne se prête pas à la fixation d'un «niveau requis»", mais soutient, d'une part, que la partie adverse "ne pouvait pas apprécier la capacité financière et économique des soumissionnaires sur base de ce seul critère, ce qui (i) était possible eu égard à l'alternative offerte aux soumissionnaires et (ii) s'est d'ailleurs produit, la plupart des soumissionnaires ayant opté pour la première branche de cette alternative et remis une déclaration bancaire" et, d'autre part, qu'elle "devait obligatoirement compléter ce premier critère par (au moins) un deuxième critère se prêtant, lui, à la fixation d'un niveau minimum d'exigence et exiger des soumissionnaires qu'ils satisfassent aux deux critères". Elle ajoute que la partie adverse "ne peut s'en remettre uniquement à la banque du soumissionnaire pour

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

vérifier la capacité économique et financière de celui-ci", car :

" - une telle délégation de pouvoir n'est pas autorisée par la législation sur les marchés publics et n'a d'ailleurs pas été formellement prévue en l'espèce par la partie adverse;
- rien ne prouve que la banque de l'adjudicataire disposait réellement des éléments d'information relatifs au marché litigieux lui permettant d'affirmer que celui-ci était à même de le «mener à bien» ; la déclaration bancaire a d'ailleurs été faite «sur la base des données dont (la) banque dispose actuellement», sans autre précision, ce qui ne confère aucune garantie quant à l'étendue de son information;
- au surplus, une banque n'est pas habilitée à vérifier la capacité d'un entrepreneur à exécuter un marché public de travaux, qui plus est particulièrement complexe;
- par ailleurs, il est légitimement permis de douter que la banque du soumissionnaire offre toutes les garanties d'indépendance requises à l'égard de son client pour attester de sa capacité;
- enfin, la banque n'est ni impartiale ni neutre, car elle a un intérêt personnel à ce que son client soit prospère et, partant, remporte des marchés; la banque est dès lors susceptible de délivrer une attestation de complaisance pour favoriser son client".

Concernant le deuxième critère de sélection qualitative, la requérante souligne que l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics fixe le montant du cautionnement à cinq pour cent du montant initial du marché (article 25, § 2, alinéa 1er) et oblige l'adjudicataire à constituer un cautionnement dans les trente jours suivant le jour de la conclusion du marché (article 27, § 1er, alinéa 1er). Elle constate que cette "règle est inhérente à l'exécution de tout marché et s'applique à tous les adjudicataires" et "ne permet donc pas d'opérer une sélection qualitative entre les différents soumissionnaires" puisque "l'engagement de respecter une obligation réglementaire imposée à tout adjudicataire au stade de l'exécution du marché, quel que soit celui-ci, ne préjuge en rien de la capacité du soumissionnaire à exécuter un marché déterminé et, partant, ne peut pas constituer un critère de sélection qualitative pertinent". Elle remarque, en outre, que "cet engagement est déjà pris, de manière implicite mais certaine, par tout soumissionnaire qui dépose une offre". Elle fait valoir qu'il faut vérifier si le critère de sélection qualitative est lié et proportionné à l'objet du marché et constate que tel n'est pas le cas du pourcentage de cinq pourcents puisque :

" - il est fixé *in abstracto* par l'article 25, § 2, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 ;
- la partie adverse ne l'a pas fixé en tenant compte *in concreto* des caractéristiques et particularités du marché litigieux".

Selon elle, le "montant initial du marché, au sens de l'article 25, § 2, alinéa 1er, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013, ne se confond pas avec l'objet du marché, au

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

sens de l'article 58, § 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, de sorte que le fait que le montant du cautionnement varie en fonction du montant initial du marché ne rend *ipso facto* le cautionnement lié et proportionné à l'objet du marché". Elle explique que le "pourcentage de cinq pour cent n'est pas un niveau minimum d'exigence fixé par le pouvoir adjudicateur et susceptible, comme tel, d'être dépassé par le soumissionnaire, mais un taux fixe arrêté par le Roi et invariable" à l'égard duquel le "pouvoir adjudicateur ne dispose d'aucune latitude" de telle sorte que "[l]'engagement de constitution d'un cautionnement ne saurait […] constituer un critère de sélection qualitative valable, à défaut pour le pouvoir adjudicateur de pouvoir fixer un niveau minimum d'exigence, afin qu'il soit lié et proportionné à l'objet du marché". Elle souligne, à cet égard, que l'attestation d'engagement de constitution d'un cautionnement ne figure pas parmi les références susceptibles de justifier la capacité financière et économique du soumissionnaire visées par l'article 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et que si cette disposition permet d'avoir recours à "tout autre document considéré comme approprié par le pouvoir adjudicateur", d'une part, il n'a pas été fait application de cette faculté en l'espèce et, d'autre part, "l'engagement de constituer un cautionnement ne peut être considéré comme un «document […] approprié» puisqu'il s'agit du simple respect d'une obligation réglementaire imposée à tout adjudicataire d'un marché".

La requérante reproche, dès lors, à la partie adverse "de n'avoir fixé de niveau minimum d'exigence pour aucun des deux critères – alternatifs – de sélection qualitative de caractère financier et économique et d'avoir de surcroît choisi comme second critère l'engagement de respecter une obligation réglementaire qui est imposée à tout adjudicataire au stade de l'exécution du marché".

E. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse ajoute, en ce qui concerne le critère alternatif de capacité économique et financière, que "la déclaration bancaire ne se prête pas à la fixation d'un niveau requis et le second critère, l'engagement de constitution d'un cautionnement contient bien un minimum (le seuil de 5%) ; le critère de capacité technique et professionnelle comporte bien les minima exigés par la réglementation".

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Les articles 58, § 1er, et 70 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques énoncent ce qui suit :

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

" Art. 58. § 1er. Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :

1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;
2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir".

" Art. 70. Dans le cas d'un marché de travaux, lorsqu'en vertu de l'article 3, § 1er, de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux, le marché ne peut être attribué qu'à des personnes qui, soit sont agréées à cet effet, soit ont fourni la preuve qu'elles remplissent les conditions fixées par ou en vertu de ladite loi pour être agréées, l'avis de marché doit mentionner l'agréation requise conformément à la loi précitée et à ses arrêtés d'exécution.

La demande de participation ou l'offre indique :
1° soit que le candidat ou le soumissionnaire dispose de l'agréation requise;
2° soit que le candidat ou le soumissionnaire est titulaire d'un certificat ou est inscrit sur une liste officielle d'entrepreneurs agréés dans un autre Etat membre de l'Union européenne. Dans ce cas, le candidat ou le soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre le certificat délivré par l'organisme de certification compétent ou la preuve de cette inscription certifiée par l'organisme compétent de l'Etat membre ainsi que tout document de nature à établir l'équivalence de cette certification ou inscription à l'agréation requise visée à l'alinéa 1er. Ce certificat ou cette inscription mentionnera les références ayant permis la certification ou l'inscription sur la liste;
3° soit que le candidat ou le soumissionnaire invoque l'application de l'article 3, § 1er, 2°, de la loi précitée du 20 mars 1991. Dans ce cas, le candidat ou le soumissionnaire joint à sa demande de participation ou à son offre les pièces justificatives nécessaires.

En procédure ouverte ou en procédure négociée directe avec publicité, s'il estime les conditions fixées par ou en vertu de la loi du 20 mars 1991 suffisantes pour opérer la sélection des soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur peut se limiter à la mention visée à l'alinéa 1er sans exiger des soumissionnaires d'autres renseignements ou documents concernant leur capacité économique, financière et technique ou professionnelle."

Il ressort de l'article 58, § 1er, précité, qu'en matière de critères de sélection qualitative, est imposée la fixation de niveaux d'exigence requis au regard des critères de caractère financier, économique, technique ou professionnel, étant entendu qu'en procédure ouverte et en procédure négociée avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire. Si le pouvoir adjudicateur dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer les critères de sélection et les seuils à atteindre,

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

l'exercice de sa compétence discrétionnaire est néanmoins soumis au respect de certaines conditions. Ainsi, les critères qu'il fixe et leur niveau d'exigence doivent être "liés et proportionnés à l'objet du marché". Les critères et leur niveau doivent, par ailleurs, respecter le principe de concurrence et l'efficacité du mécanisme de la sélection ainsi que le principe d'égalité. Ils doivent, en outre, être suffisamment précis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu.

Il se déduit, par ailleurs, de l'article 70, précité, qu'un pouvoir adjudicateur peut valablement, en plus de l'agréation, imposer des conditions de sélection qualitative supplémentaires portant sur la capacité financière, économique, technique ou professionnelle des soumissionnaires. L'usage de cette faculté suppose que le pouvoir adjudicateur ait estimé que les conditions liées à l'agréation ne sont pas suffisantes pour opérer la sélection qualitative et implique, en conséquence, que l'agréation ainsi requise ne peut constituer un niveau minimum. Le fait qu'une agréation soit requise en vertu de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agréation d'entrepreneurs de travaux ne dispense donc pas le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il choisit d'imposer de telles conditions supplémentaires, d'en fixer le niveau minimum requis. La partie adverse ne peut, dès lors, être suivie lorsqu'elle considère que l'agréation des entrepreneurs de travaux constitue à elle seule un "niveau minimum" d'exigence en matière de capacité financière, économique, technique et professionnelle.

Enfin, dans l'hypothèse où, en procédure ouverte, le pouvoir adjudicateur choisit d'évaluer tant la capacité financière/économique que la capacité technique/professionnelle des soumissionnaires et énonce des critères qu'il mettra en œuvre à cette fin, il ne satisfait pas à l'exigence de fixation de niveaux *minima* imposée par l'article 58, § 1er, précité, lorsque ceux-ci ne sont fixés que pour les seuls critères de capacité technique ou professionnelle, et non pour ceux de capacité financière ou économique, ou inversement. Toujours dans la même hypothèse, le pouvoir adjudicateur ne satisfait pas davantage à la même exigence imposée par l'article 58, § 1er, lorsque – la fixation d'un niveau minimal s'avérant impossible pour un critère destiné à évaluer la capacité financière/économique ou technique/professionnelle – il ne recourt à aucun autre critère pour lequel un niveau minimal est fixé.

En l'espèce, le cahier spécial des charges définit les exigences de capacité technique ou professionnelle de la manière suivante :

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

" Pour vérifier qu'il dispose de la capacité technique nécessaire, le soumissionnaire joint impérativement à son dossier de soumission, pour lui et pour ses sous-traitants, une liste de références de travaux exécutés au cours des cinq dernières années (date d'achèvement), afin de démontrer que l'entreprise a réalisé :

- un chantier de réalisation d'un pont métallique de 50 m de portée au minimum, situé au-dessus d'une voie d'eau, dont le coût de la structure métallique dépasse un million d'euros (1.000.000 €) HTVA réalisé au cours des cinq dernières années précédant la date d'adjudication du présent marché ;

- un chantier de réalisation d'un mur de quai avec fondations profondes, dont le coût dépasse un million d'euros (1.000.000 €) HTVA réalisé au cours des cinq dernières années précédant la date d'adjudication du présent marché (…)".

Si, dans l'avis tel que publié dans le Bulletin des adjudications, la colonne de droite intitulée "niveau(x) spécifique(s) minimal(aux) exigé(s) (le cas échéant)" ne comporte aucune indication, les niveaux minima sont clairement mentionnés dans la colonne de gauche consacrée à l'énoncé même du critère et qui reprend les termes mentionnés ci-dessus. La requérante n'expose pas en quoi ces niveaux minima ne répondraient pas aux exigences de l'article 58, § 1er, alinéa 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Le moyen ne peut donc être accueilli dans la mesure où les griefs qu'il formule sont dirigés contre les critères choisis pour évaluer la capacité technique/professionnelle des soumissionnaires.

Par ailleurs, le cahier spécial des charges définit les exigences de capacité économique et financière de la manière suivante :

" Sous peine de non sélection, les soumissionnaires doivent transmettre, pour démontrer leur capacité financière et économique, un des documents suivants :

▻ Une déclaration bancaire établie exclusivement sur base du modèle figurant en annexe 3 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés dans les secteurs classiques (Moniteur belge du 09/08/2011, p. 45.010); ce modèle est annexé au présent cahier spécial des charges

REMARQUE : l'attention du soumissionnaire est attirée sur le fait que certains organismes fournissent une déclaration bancaire non conforme en tous points au modèle prévu par le présent cahier spécial des charges, auquel cas elle ne sera pas prise en compte.

OU

▻ Une attestation d'engagement de constitution de cautionnement, établie conformément au modèle repris en annexe du présent cahier spécial des charges et signée par un (ou des) établissement(s) financier(s) reconnu(s) établis dans l'Union européenne valide pour une période minimum de trois mois, postérieure à la date d'ouverture des offres".

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

Le modèle d'attestation d'engagement de cautionnement joint au cahier spécial des charges se présente comme suit :

"

MODELE D'ATTESTATION D'ENGAGEMENT
DE CONSTITUTION D'UN CAUTIONNEMENT

Cahier spécial des charges n° 02.04.01-15C75
Lieu d'exécution : Tournai
Objet du marché : Modernisation de la traversée de Tournai à la classe CEMT Va, cahier spécial des charges n° 02.04.01 – 15C75

ATTESTATION D'ENGAGEMENT DE CONSTITUTION D'UN CAUTIONNEMENT

La société (raison sociale et siège social de la société de cautionnement)

.....
.....
dûment représentée par .....

s'engage dans les cas où l'entreprise
(raison sociale et siège social de l'entreprise candidate)

.....
.....

serait désignée adjudicataire pour le marché de services intitulé «Modernisation de la traversée de Tournai à la classe CEMT Va, cahier spécial des charges n° 02.04.01 – 15C75» à constituer un cautionnement d'un montant correspondant à 5 % du montant du marché en faveur du Service public de Wallonie, Direction des Voies hydrauliques de Tournai, sise 2 rue de l'Hôpital Notre-Dame, 7500 à Tournai".

Les soumissionnaires ont, dès lors, la possibilité de joindre à leur offre soit une déclaration bancaire (document choisi par la requérante), soit une attestation d'engagement de constitution d'un cautionnement (document choisi par la société momentanée GALERE – Etablissements Maurice WANTY).

Il apparaît clairement – et les parties requérante et adverse l'admettent d'ailleurs toutes deux – que le premier critère, relatif à la "déclaration bancaire", ne se prête pas à la fixation du niveau minimal requis.

S'agissant du deuxième critère, et sans qu'il ne soit besoin de se prononcer sur la pertinence ou l'effet utile, dans le cadre de la sélection qualitative,

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

d’une attestation d’engagement de constitution d’un cautionnement qui correspondrait, selon la partie adverse, au cautionnement prévu par l’article 25, § 2, de l’arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, il suffit de constater que, tel qu'il est formulé en l'espèce, ce critère ne peut se prêter à la fixation d'un seuil minimal répondant aux exigences déduites de l'article 58, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dès lors notamment qu'il ne peut être considéré comme suffisamment précis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu, aucun montant estimé du marché n'ayant été annoncé.

Au vu de ces deux seuls critères de capacité financière/économique des soumissionnaires, il s'impose de constater que la partie adverse n'a, pour l'évaluation de cette capacité financière/économique des soumissionnaires, fixé aucun niveau minimum répondant aux exigences déduites de l'article 58, § 1er, alinéa 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et a, en conséquence, méconnu cette disposition.

Le quatrième moyen est fondé dans cette mesure.

VI. Indemnité de procédure

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure de 2.800 euros. Dès lors, toutefois, qu'elle se limite à invoquer - sans plus étayer - la complexité de l'affaire afin de justifier ce montant, qu'elle reste en défaut de faire état de circonstances concrètes particulières justifiant l'octroi d'une indemnité de procédure supérieure au montant de base et que le Conseil d'État n'aperçoit pas de telles circonstances, rien ne justifie, en l'espèce, de s'écarter du montant de base de 700 euros prévu par l'article 67, § 1er, de l'arrêté du Régent précité du 23 août 1948. Il y a, dès lors, lieu d'accorder à la requérante une indemnité de procédure de 700 euros.

VII. Confidentialité

La requérante sollicite le maintien de la confidentialité pour son offre.

La partie adverse a déposé les offres des différents soumissionnaires à titre confidentiel.

Dès lors que le présent arrêt met fin à la procédure devant le Conseil d'État, les demandes de maintien de la confidentialité sont devenues sans objet.

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La décision du 21 octobre 2015 de la Région wallonne attribuant à la société momentanée GALERE – Etablissements Maurice WANTY le marché public de travaux concernant la "Modernisation de la traversée de Tournai à la classe CEMT Va - Aménagements de la zone du pont à Ponts - Phase 1" est annulée.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros, accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le trois avril deux mille dix-neuf par :

MM.	Imre KOVALOVSZKY,	président de chambre,
	David DE ROY,	conseiller d'État,
Mme	Nathalie VAN LAER,	conseiller d'État,
M.	Vincent DURIEUX,	greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Imre KOVALOVSZKY.

‡ADETOCFEC-BDHADJV‡