

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

A R R Ê T

n° 245.438 du 13 septembre 2019

A.228.819/VI-21.556

En cause : **la société anonyme LAURENTY BÂTIMENTS - GEBOUWEN,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Xavier DEWAIDE et
Gauthier ERVYN, avocats,
avenue de la Toison d'Or 77
1050 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
LE HOME OUGRÉEN,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Julie BOCKOURT et
François MOISES, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège.

I. Objet des requêtes

Par une requête introduite le 14 août 2019, la société anonyme LAURENTY BÂTIMENTS - GEBOUWEN demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision d'attribution prise le 20 juin 2019 par le Conseil d'administration de la s.c.r.l. LE HOME OUGRÉEN relative au marché public de travaux intitulé «Rénovation de 32 logements à Ougrée (Pivert 2) – rues voisinage Modeste Gretry et Hillier», concluant à la non-sélection de la requérante et à l'attribution du marché à un autre soumissionnaire".

Par une requête introduite le 6 septembre 2019, la société anonyme LAURENTY BÂTIMENTS - GEBOUWEN demande l'annulation de la même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 août 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 septembre 2019 à 9 heures 30.

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

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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.

Par des courriers du 4 septembre 2019, l'affaire a été remise à l'audience du 6 septembre 2019 à 10 heures 30.

M. David DE ROY, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Gauthier ERVYN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M^e Julie BOCKOURT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

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

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

III. Exposé des faits utiles

Par un avis publié au bulletin des adjudications le 30 novembre 2018, la partie adverse a lancé un marché de travaux par procédure ouverte pour la rénovation énergétique de 32 logements à Ougrée.

Un avis rectificatif a été publié le 5 décembre 2018 précisant les deux dates prévues pour la visite obligatoire du site.

Ce marché public est soumis à la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Il est passé par procédure ouverte, sur base du critère d'attribution unique du "prix".

Le cahier spécial des charges précise, dans son objet ce qui suit :

" Dans le cadre du présent marché, le Home Ougréen scrl souhaite renforcer la cohésion sociale et le développement durable en réalisant un effort de formation".

Les clauses administratives prévoient à cet effet une "clause sociale de formation", visée à deux niveaux.

D'une part, au niveau des conditions de sélection qualitative :

" 3.2. Sélection qualitative

Compte tenu du non allotissement, il est important de pouvoir pleinement apprécier les capacités, pour le soumissionnaire, à assumer dans les meilleurs conditions possibles, tant pour lui-même que pour le pouvoir adjudicateur et partant les locataires qui seront impactés par l'exécution des travaux.

Pour l'appréciation des capacités financière, technique et professionnelle du soumissionnaire, les références suivantes sont requises, sous peine de non sélection :

- une déclaration bancaire dont le modèle figure en annexe au présent cahier spécial des charges ;
- Une copie de l'assurance des risques professionnels avec la mention des montants assurés, la garantie minimale par sinistre pour les dommages corporels, matériels et immatériels confondus devant atteindre, au minimum, le montant du chantier (selon offre de l'entrepreneur) ;
- La preuve de l'agrément requis ;
- le schéma complet de sous-traitance pour l'exécution du marché, sachant que l'ensemble du point 7 sera d'application rigoureuse et donc une fiche par sous-traitant dûment remplie (voir annexe au présent CSC) reprenant l'identité du ou des sous-traitant(s), la part du marché sous-traitée, l'agrément détenu. En cas d'appel à des sous-traitants, il est rappelé que ces derniers ne peuvent se trouver dans une des causes d'exclusion. L'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 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 ;
- l'attestation de visite des lieux signée par l'Architecte ou un de ses représentants ;
- le plan de sécurité - santé à établir par l'entreprise.
Le soumissionnaire joint à son offre tout document prouvant qu'il utilise un système de gestion de la sécurité. Les soumissionnaires qui disposent du certificat VCA, BESACC ou équivalent sont présumés satisfaire à cette condition. Tout autre document démontrant que le soumissionnaire met en œuvre un système de gestion de la sécurité sera néanmoins accepté par le pouvoir adjudicateur.
- le coût de l'ensemble des mesures particulières et générales relatives à la sécurité et à la santé est réparti sur l'ensemble des prix unitaires du marché. Complémentairement, afin d'éclairer le Maître de l'ouvrage sur le coût de la sécurité, il est demandé à l'entrepreneur de détailler les coûts des mesures de prévention particulières prévues pour ce chantier. Pour ce faire, il complète le document justificatif du coût des mesures de prévention coordonnées relatives à la sécurité et à la santé.
- la déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social. Tout soumissionnaire doit joindre à son offre ladite déclaration dûment complétée et signée pour accord. Cette déclaration, reprise en annexe du présent cahier spécial des charges, rappelle certaines des obligations devant être respectées par tout entrepreneur effectuant des travaux relevant de la CP 124 en Belgique.
- la déclaration afférente au respect des clauses sociales".

Et d'autre part, au niveau des conditions d'exécution du marché :

" 4) Conditions d'exécution : clause sociale de formation

1. Clause sociale de formation

En application de l'article 87 de loi du 17.06.2016 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, l'adjudicataire s'engage à mener, dans le cadre de l'exécution du marché des actions de formation professionnelle de jeunes qu'ils soient ou non soumis à l'obligation scolaire à temps partiel, de demandeurs d'emploi ou de toute personne n'étant plus soumis à l'obligation scolaire.

Cette exigence pourra être rencontrée en ayant recours à une formation professionnelle à choisir parmi les différents types de formations proposés en annexe 1 du présent cahier spécial des charges, pour une durée de 1.152 heures.

2. Mise en œuvre

Afin d'être informé et conseillé sur les différents moyens de satisfaire à la clause sociale de formation, l'adjudicataire peut contacter le facilitateur clauses sociales «entreprises» à l'adresse clausessociales@ccw.be. L'annexe 2 du cahier spécial des charges précise les missions dudit facilitateur.

2.1. Condition de mise en œuvre

L'adjudicataire qui s'inscrit déjà dans un processus de formation avec un demandeur d'emploi ou un apprenant avant la conclusion du marché, peut faire valoir à titre d'exécution de la clause sociale de formation, le nombre d'heures de prestation que ledit personnel effectuera dans le cadre de l'exécution du présent marché. Dans ce cas, l'adjudicataire ne pourra prétendre à aucun paiement pour les heures de formation effectuées par ces demandeurs d'emploi/apprenants.

L'exécution de la clause sociale de formation ne pourra, en aucun cas, contraindre l'adjudicataire à accueillir un demandeur d'emploi ou un apprenant pour une durée supérieure à celle prévue pour l'exécution du marché.

2.2. Conditions d'encadrement

L'adjudicataire s'engage à respecter ou à faire respecter par ses sous-traitants, les conditions d'encadrement suivantes :

- La formation sera de minimum 20 jours par personne formée en vertu de la clause sociale formation ;
- Un tuteur qualifié pour le métier faisant l'objet de la formation encadrera le bénéficiaire de la clause sociale formation ;
- La personne formée via la clause sociale formation sera quotidiennement encadrée par ce tuteur ;
- Le tuteur s'exprimera dans la langue du marché avec le bénéficiaire de la clause sociale formation.

Dans tous les cas, l'adjudicataire reste seul responsable vis-à-vis de l'adjudicateur.

2.3. Documents à fournir

L'adjudicataire doit avoir remis les documents énumérés ci-après, à l'adjudicateur et ce, avant la date fixée pour le commencement de la formation du ou de chaque demandeur d'emploi ou apprenant qui sera formé au cours du marché :

- le nom de l'entreprise qui exécutera la clause sociale formation, que ce soit l'adjudicataire lui-même ou un sous-traitant ;
- le nom du tuteur ;
- une déclaration sur l'honneur par laquelle l'adjudicataire s'engage à respecter les conditions d'encadrement décrites au point 2.2. La déclaration sur l'honneur fait l'objet de l'annexe 3 du présent cahier spécial des charges ;

- le(s) contrat(s) conclu(s) ou la (les) convention(s) de stage passée(s) avec les demandeurs d'emploi ou apprenants.
- Toute modification éventuelle de ces paramètres est soumise à l'approbation de l'adjudicateur.

3. Contrôle

L'adjudicateur est susceptible de contrôler l'exécution effective de la clause sociale de formation à quelque stade que ce soit de l'exécution du marché.

L'adjudicateur doit impérativement avoir reçu les documents repris sous le point «2.3.» avant la date fixée pour le commencement de la formation du ou de chaque demandeur d'emploi ou apprenant qui sera formé par l'adjudicataire au cours du marché.

Sous peine de pénalité, à l'échéance de la moitié du délai contractuel d'exécution du chantier et lors de décompte final lorsque l'intégralité de l'effort exigé par la clause sociale n'a pas été exécutée avant la moitié du chantier, l'adjudicateur doit recevoir les listes quotidiennes du personnel formé sur le chantier.

En cas de sous-traitance, c'est à l'adjudicataire qu'il incombe de veiller à ce que ces listes quotidiennes parviennent, dans les délais, à l'adjudicateur.

Il est enfin important de noter que les clauses sociales seront facturées séparément du reste du marché. La TVA à appliquer sur la facture afférente est de 21%".

Selon le procès-verbal d'ouverture des offres, sept offres ont été déposées dans le délai prescrit :

- EFFIBAT : 2.175.944,81 EUR HTVA ;
- STOFFELS : 2.169.437,09 EUR HTVA ;
- THOMASSEN : 2.270.683,59 EUR HTVA ;
- LAURENTY BATIMENTS : 2.119.080,19 EUR HTVA ;
- JEAN WUST : 2.188.498,52 EUR HTVA ;
- DUCHENE : 2.249.062,11 EUR HTVA ;
- MOURY : 2.221.967,50 EUR HTVA ;

Par décision du 20 juin 2019, la partie adverse a écarté les offres de la requérante et de la société THOMASSEN et a attribué le marché à la société STOFFELS pour un montant de 2.169.438,74 EUR HTVA, options obligatoires comprises. Il s'agit de l'acte attaqué.

Concernant la non-sélection de la requérante, cette décision est motivée comme suit :

"

4. Ent. LAURENTY BATIMENT s.a.

Sélection qualitative :

Déclaration bancaire :

Assurance des risques professionnels :

Certificat d'agrément :

Schéma et fiches par sous-traitants :

Attestation de visite :

Plan de sécurité :

Fournie datée du 10 janvier 2019

Fournie datée du 17 décembre 2018

Fournie - catégorie D classe 7

Remis et complétés

Remise et complétée

Remis

Coût de la sécurité :
Déclaration dumping :
Déclaration clauses sociales :

Remis
Remise et complétée
Non fournie
Le cahier des charges précise que ce document devait être remis sous peine d'exclusion.

Conclusion :

Les documents fournis par l'entreprise « LAURENTY BATIMENTS s.a. » sont donc incomplets et n'apportent pas les preuves qu'elle possède les capacités techniques, économiques et financières pour réaliser le marché dont question.
Le document manquant étant requis à peine d'exclusion, son absence entraîne le rejet de l'offre.

".

IV. Moyen unique – deuxième et troisième branches

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un moyen unique tiré de "la violation :

- de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, en particulier des articles 2, 66, 71 et 83 ;
- de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment les articles 33 à 36, 65, 68 et 76 ;
- de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, notamment en ses articles 4 et 29 ;
- de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3 ;
- du principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination ;
- les clauses du cahier spécial des charges, notamment article Q4 des clauses administratives, partie 1, ainsi que le préambule et le chapitre A, article 4 et le chapitre B, articles 1 et 2, § 5 des clauses administratives partie 2 ;
- du principe de légitime confiance ;
- de l'erreur manifeste d'appréciation ;
- de l'erreur de droit et de fait ;
- du principe *Patere legem quam ipse fecisti* ;
- du principe de proportionnalité".

Elle développe comme suit les deuxième et troisième branches de son moyen :

" EN CE QUE, la décision attaquée déclare que la requérante ne répond pas aux exigences de sélection qualitative parce qu'elle n'aurait pas joint à son offre la déclaration sur l'honneur relative aux clauses sociales ;

[...]

ALORS QUE, deuxième branche, la décision de la partie adverse est contraire aux dispositions du cahier spécial des charges qui stipule que l'attestation sur l'honneur formant l'annexe 3 des clauses sociales ne devra être transmise au plus tard qu'au moment de l'exécution du marché, et plus précisément «avant la date fixée pour le commencement de la formation du ou de chaque demandeur d'emploi ou apprenant qui sera formé au cours du marché»,

En, effet, le CSC indique clairement et à deux endroits différents (partie 1, art. 2.3 et partie 2.B, art. 3.3) que l'attestation sur l'honneur relative aux clauses sociales, formant l'annexe 3 des clauses sociales jointes au cahier spécial des charges, ne doit être complétée et transmise au pouvoir adjudicateur qu'au moment de l'exécution du chantier, à savoir «avant la date fixée pour le commencement de la formation du ou de chaque demandeur d'emploi ou apprenant qui sera formé au cours du marché».

Cette exigence est parfaitement logique puisque la mise en œuvre des clauses sociales n'aura lieu qu'en cours d'exécution du chantier. Il s'agit en effet d'une condition d'exécution du marché, ce que le cahier des charges confirme à de multiples reprises.

La décision attaquée est donc contraire à ces deux dispositions du cahier spécial des charges et contrevient au principe *patere legem quam ipse fecisti*.

C'est donc à tort que la partie adverse s'est fondée sur l'article 3.2 des clauses administratives partie 2, A pour refuser de sélectionner la requérante.

Quand bien même faudrait-il considérer qu'il existe une divergence entre les différentes exigences du cahier spécial des charges, la requérante estime que divers éléments justifient que la transmission de cette attestation sur l'honneur ne devait pas être réalisée au moment du dépôt de l'offre mais bien en cours d'exécution du chantier.

En effet, l'exigence de transmission de la déclaration sur l'honneur en cours d'exécution du chantier est imposée à deux endroits distincts du cahier spécial des charges, de manière très détaillée (article Q 4 des clauses administratives, partie 1, ainsi que le préambule et le chapitre A, article 4 et le chapitre B, articles 1 et 2 § 5 des clauses administratives partie 2).

Elle doit donc primer la mention contraire reprise une seule fois de manière vague dans le chapitre de la sélection qualitative du cahier spécial des charges, et ce d'autant que (comme il sera précisé dans la 3^e branche du présent moyen) une telle exigence est étrangère au contrôle de la capacité professionnelle des soumissionnaires.

De plus, le préambule des clauses administratives, 2^e partie du cahier spécial des charges prévoit expressément que les dispositions des clauses administratives, 1^{ère} partie du cahier spécial des charges, où figure notamment le droit de déposer l'attestation en cours d'exécution du marché (article Q 4), contient les dispositions modificatives des dispositions générales prescrites par la 2^e partie des clauses administratives. Ce préambule confirme donc que les dispositions des clauses administratives, 1^{ère} partie, prennent les dispositions des clauses administratives, 2^e partie, en cas de contradiction puisqu'elles peuvent les modifier.

Enfin, quand bien même il fallait considérer que l'exigence de transmission de cette déclaration sur l'honneur au moment du dépôt de l'offre devait primer sur les autres mentions contraires du cahier spécial des charges, *quod non*, le pouvoir adjudicateur ne pouvait écarter purement et simplement l'offre de la requérante

sans lui permettre de compléter son dossier, conformément à l'article 66 § 3 de la loi du 17 juin 2016, cette faculté étant d'ailleurs confirmée expressément à l'article 3.3 des clauses administratives, partie 2, A :

« Conformément à l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016, l'adjudicateur se réserve expressément la possibilité d'inviter les soumissionnaires à compléter ou à expliciter les documents présentés».

En tout état de cause, le pouvoir adjudicateur aurait dû motiver dans sa décision la raison pour laquelle il ne permettait pas à la requérante de compléter son offre.

La deuxième branche du moyen unique est sérieuse.

[...]

ALORS QUE, troisième branche, quand bien même fallait-il considérer que l'attestation sur l'honneur relative aux clauses sociales devait être jointe à l'offre, l'absence d'une telle attestation ne pouvait entraîner la «non-sélection» de la requérante,

En effet, d'une part, l'engagement détaillé dans cette attestation sur l'honneur à signer par les soumissionnaires (pièce 4, pages 35-36) est strictement identique aux exigences qui sont reprises dans les clauses administratives du cahier spécial des charges.

Ainsi, les clauses administratives, partie 1, article Q. 4.2.2 (pièce 2) impose déjà aux soumissionnaires exactement les mêmes exigences que celles dont le respect est sollicité dans l'attestation sur l'honneur formant l'annexe 3 des clauses sociales (pièce 4), à savoir :

«

2.2. Conditions d'encadrement

L'adjudicataire s'engage à respecter ou à faire respecter par ses sous-traitants, les conditions d'encadrement suivantes :

- La formation sera de minimum 20 jours par personne formée en vertu de la clause sociale formation ;
- Un tuteur qualifié pour le métier faisant l'objet de la formation encadrera le bénéficiaire de la clause sociale formation ;
- La personne formée via la clause sociale formation sera quotidiennement encadrée par ce tuteur ;
- Le tuteur s'exprimera dans la langue du marché avec le bénéficiaire de la clause sociale formation.

Dans tous les cas, l'adjudicataire reste seul responsable vis-à-vis de l'adjudicateur.

».

Ces obligations sont encore répétées, mot pour mot, dans les clauses administratives, partie 2, du cahier spécial des charges, à l'article 3.2 du chapitre B. Le principe du respect de ces clauses sociales est encore confirmé à l'article 1.d du chapitre B des clauses administratives, partie 2 (pièce 3).

Dans ces circonstances, par le dépôt de leur offre, les soumissionnaires – dont la requérante – se soumettent expressément au respect de l'ensemble des clauses administratives du cahier spécial des charges, dont les engagements précités de «clauses sociales».

En effet, selon l'article 2, 15°, de la loi sur les marchés publics, l'offre est «l'engagement du soumissionnaire d'exécuter le marché sur la base des documents du marché et aux conditions qu'il présente».

Cet engagement est d'ailleurs confirmé par le cahier spécial des charges lui-même (pièce 3, clauses administratives, partie 2, chapitre A, art. 4.2 *in fine*) prévoit que «par la remise de son offre, l'adjudicataire sera considéré comme ayant accepté les termes et conditions du présent CSC». partie B. art. 1, d).

Dans ces circonstances, l'absence de transmission d'une déclaration sur l'honneur qui reprend mot à mot le texte du cahier spécial des charges sur base duquel la

requérante s'est engagée par son offre, ne peut engendrer l'écartement de cette offre.

L'exigence de transmission de cette attestation sur l'honneur par la partie adverse n'a pas de sens et fait double emploi.

Cet engagement sur l'honneur au respect de l'ensemble des clauses du marché, dont les clauses sociales, résulte d'ailleurs encore du formulaire de soumission déposé par la requérante avec son offre. Ce formulaire précise en effet (pièce A) :
«

déclare (déclarons) avoir pris connaissance du (des) marché(s) et en accepter formellement les clauses et conditions : en conséquence, par la présente, je m'(nous nous) engage (engageons) solidairement sur mes (nos) biens et immeubles, à exécuter ce (ces) marché(s) conformément aux documents précités pour le(s) prix forfaitaire(s) ci-après.

».

[...]

Enfin, la requérante conteste que la transmission d'une telle attestation puisse être sanctionnée à peine de non-sélection.

En effet, l'exigence de respect des clauses sociales, en cours d'exécution des travaux, est totalement étrangère à la sélection qualitative.

Il s'agit au contraire d'une condition d'exécution du marché.

L'article 71 de la loi sur les marchés publics commande au pouvoir adjudicateur, de n'imposer comme critères de sélection que ceux ayant trait à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, à la capacité économique et financière, ou aux capacités techniques et professionnelles.

L'engagement d'un soumissionnaire à mettre en œuvre, en cours d'exécution du chantier, des contrats de formations ne constitue en rien un élément permettant de démontrer la capacité professionnelle ou technique existante d'un soumissionnaire, au sens de l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics.

Or, les critères de sélection qualitative visent à «permettre au pouvoir adjudicateur de juger la compétence des candidats ou soumissionnaires pour mener à bien la mission considérée».

Cette attestation ne correspond en rien aux modes de preuve admis par le § 4 de l'article 68 précité, à savoir :

« § 4. Les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques sont :

1° les listes suivantes :

a) une liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années au maximum, assortie de certificats de bonne exécution et de résultats pour les travaux les plus importants; le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des travaux exécutés il y a plus de cinq ans seront pris en compte;

b) une liste des principales fournitures effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des fournitures effectuées ou des services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte;

2° l'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise de l'opérateur économique, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité et, lorsqu'il s'agit de marchés publics de travaux, auquel l'entrepreneur pourra faire appel pour l'exécution des

travaux;

3° la description de l'équipement technique, des mesures employées par l'opérateur économique pour s'assurer de la qualité et des moyens d'étude et de recherche de son entreprise;

4° l'indication des systèmes de gestion et de suivi de la chaîne d'approvisionnement que l'opérateur économique pourra mettre en œuvre lors de l'exécution du marché;

5° lorsque les produits ou les services à fournir sont complexes ou que, à titre exceptionnel, ils doivent répondre à un but particulier, un contrôle effectué par le pouvoir adjudicateur ou, au nom de celui-ci, par un organisme officiel compétent du pays dans lequel le fournisseur ou le prestataire de services est établi, sous réserve de l'accord de cet organisme; ce contrôle porte sur les capacités de production du fournisseur ou sur la capacité technique du prestataire de services et, si nécessaire, sur les moyens d'étude et de recherche dont il dispose ainsi que sur les mesures qu'il prendra pour garantir la qualité;

6° l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise, à condition qu'ils ne soient pas évalués comme critère d'attribution;

7° l'indication des mesures de gestion environnementale que l'opérateur économique pourra appliquer lors de l'exécution du marché;

8° une déclaration indiquant les effectifs moyens annuels du prestataire de services ou de l'entrepreneur et l'importance du personnel d'encadrement pendant les trois dernières années;

9° une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché;

10° l'indication de la part du marché que l'opérateur économique a éventuellement l'intention de sous-traiter;

11° en ce qui concerne les produits à fournir :

a) des échantillons, descriptions ou photographies dont l'authenticité doit être certifiée à la demande du pouvoir adjudicateur;

b) des certificats établis par des instituts ou services officiels chargés du contrôle de la qualité et reconnus compétents, attestant la conformité de produits bien identifiés par des références à des spécifications ou normes techniques».

De plus, l'exigence de transmission d'une telle attestation ne répond en rien à l'article 65, alinéas 2 et 3 de l'arrêté du 18 avril 2017 qui impose que tout critère de sélection soit assorti d'un seuil d'exigence approprié :

« Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.

Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation».

L'attestation sur l'honneur requise par la partie adverse n'est donc pas un document permettant de juger de la sélection qualitative des soumissionnaires et la sanction de la non-sélection est illégale.

La troisième branche du moyen unique est sérieuse".

B. Note d'observations

Concernant les deuxième et troisième branches du moyen unique, la partie adverse répond ce qui suit :

" Seconde branche :

12. Contrairement à ce que soutient la société requérante, il n'y a pas de contradiction dans le cahier spécial des charges lorsque celui-ci indique d'une part que la déclaration sur l'honneur relative au respect de la clause sociale doit être transmise au plus tard avant la date fixée pour le commencement de la formation, et d'autre part que cette déclaration sur l'honneur doit accompagner l'offre des soumissionnaires «sous peine de non sélection».

L'un n'est pas exclusif de l'autre et le fait de transmettre l'attestation requise avec son offre implique nécessairement qu'est respectée la condition de la communiquer avant la date fixée pour le commencement de la formation.

Dans un arrêt n° 230.235 du 18 février 2015 *Algemene Ondernemingen Permans*, Votre Conseil a ainsi constaté qu'il n'y a pas de contraction à vérifier un document tant au stade du dépôt des offres qu'au stade de l'exécution du marché :

« Point n'est besoin, en l'espèce, de développements sémantiques du mot "obligatoirement". En effet, outre cette indication du cahier spécial des charges, qui révèle clairement une obligation à charge du soumissionnaire, il apparaît du modèle de soumission" et la liste des "documents obligatoirement annexés à l'offre", que "la copie du contrat de l'assurance tout risque chantier (T.R.C.)" figure, sans distinction ou en d'autres termes sur pied d'égalité, parmi la douzaine de documents jugés essentiels pour l'attribution du marché... La proposition de contrat d'assurance "T.R.C." devait donc bien être jointe à l'offre. À défaut, l'offre est entachée d'irrégularité substantielle.

Enfin, la partie adverse fait état de la clause du cahier spécial des charges selon laquelle "avant commande des travaux, le Maître de l'Ouvrage procèdera à l'examen détaillé du contrat d'assurance T.R.C. prévu par l'entrepreneur et le fera rectifier ou préciser, au besoin". Néanmoins, cette clause trouve à s'appliquer non lors du dépôt des offres et de l'analyse de celles-ci mais bien en aval soit après l'attribution du marché».

Dans ce cas d'espèce, Votre Conseil a ainsi refusé qu'un pouvoir adjudicateur, se fondant pourtant sur les dispositions de son cahier spécial des charges, reporte au stade de l'exécution l'examen/l'exigence d'un document requis « obligatoirement » en annexe à l'offre.

Ainsi, le principe «*patere legem quam ipse fecisti*» impose au pouvoir adjudicateur de respecter les clauses du cahier spécial des charges imposant la production de documents qu'il a lui-même estimé devoir être fournis «à peine d'exclusion».

En effet, «dès lors que le pouvoir adjudicateur a lui-même attaché une nature essentielle aux exigences litigieuses, il est lié par cette qualification» (C.E., n° 230.768 du 2 avril 2015, *SA MIMS*).

«En conséquence, la partie adverse a modifié, après coup, la portée d'une disposition à laquelle elle avait attaché un caractère essentiel dans le cahier spécial des charges en décidant que l'offre de la partie intervenante était régulière alors même qu'elle ne respectait pas cette condition. Elle a, de la sorte, violé les règles qu'elle s'était elle-même données et a rompu l'égalité entre les soumissionnaires» (C.E. n°235.189, 22 juin 2016, *MULTIPHARMA*).

13. En l'espèce, en application du principe «*patere legem*», le HOME OUGREËN était effectivement tenu de respecter son propre cahier des charges, lequel exigeait des soumissionnaires qu'ils produisent en annexe à leur offre l'engagement signé de respecter la clause sociale de formation «à peine de non sélection».

Le pouvoir adjudicateur attachait en effet une importance particulière à cet engagement du soumissionnaire ainsi que cela ressort non seulement des termes «à peine d'exclusion» mais également du descriptif de l'objet même du marché qui indique expressément que «dans le cadre du présent marché, le HOME OUGRÉEN SCRL souhaite renforcer la cohésion sociale et le développement durable en réalisant un effort de formation».

Il est ainsi «loisible à un pouvoir adjudicateur d'indiquer quels éléments des spécifications techniques sont prescrits à peine d'irrégularité substantielle ou non» (C.E., n° 210.489 du 18 janvier 2011, ARTHEMIS BENELUX).

Il convient de relever que, outre les impositions du cahier spécial des charges, les soumissionnaires disposaient d'un listing récapitulatif de l'ensemble des documents fournis par le pouvoir adjudicateur sur lequel apparaissaient clairement lesquels de ces documents devaient être retournés en annexe à l'offre.

Tel était le cas, outre la déclaration sur l'honneur relative au respect des clauses sociales, de l'attestation de visite, des documents relatifs à la sécurité-santé ou à la sous-traitance, de la déclaration relative au dumping social ou encore de la charte RGPD, lesquelles ont été fournies sans discussion par la requérante quand bien même ces conditions seraient aussi des conditions relevant de l'exécution du marché.

Il n'a donc pas échappé à la requérante que l'ensemble de ces documents, énumérés dans le cahier spécial des charges les uns à la suite des autres, devaient être fournis en annexe à l'offre.

14. Lorsqu'un document est ainsi exigé par les documents du marché à peine de non sélection, d'irrégularité, d'exclusion, de nullité..., il n'appartient pas au pouvoir adjudicateur de permettre au soumissionnaire de modifier ou régulariser son offre postérieurement à la date fixée pour le dépôt.

L'article 66, § 3 de la loi du 17 juin 2016 consacrant une exception, il est d'interprétation stricte (voy C.E. n° 239.867 du 14 novembre 2017, SA CFE).

Ainsi,

a. Au stade de la sélection qualitative :

- «L'article 20, §1^{er} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ... autorise le pouvoir adjudicateur à prendre contact avec les soumissionnaires, mais seulement pour compléter ou expliciter les certificats et documents déjà présentés, et non pour réparer une omission que le cahier spécial des charges prévoit expressément de sanctionner par la nullité de l'offre ; qu'en toutes hypothèses, c'est une faculté qu'il laisse à l'appréciation du pouvoir adjudicateur, et non une obligation qu'il lui impose ; que si la partie adverse avait réclamé à la requérante les pièces justificatives omises, elle se serait exposée aux reproches d'avoir, au bénéfice d'un seul des soumissionnaires, méconnu les dispositions claires et impératives du cahier spécial des charges et le respect de l'égalité des soumissionnaires» (C.E., n° 101.493 du 5 décembre 2001).

- «La sélection qualitative dans les marchés de travaux s'effectue, selon l'article 16 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, sur la base des renseignements concernant la situation personnelle de chaque entrepreneur requis notamment en vertu de l'article 17 du même arrêté ; que lorsque les documents du marché exigent à cet effet la production de pièces, comme c'est le cas de l'avis rectificatif, celles-ci doivent être fournies en annexe à l'offre ; qu'en constatant que les requérantes n'ont pas produit en annexe à leur offre la déclaration requise, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ni violé les principes visés au moyen ; que l'article 20, § 3 du même arrêté offre une faculté au pouvoir adjudicateur qui

n'est pas tenu de l'exercer ; qu'en tout état de cause, cette disposition ne permet pas de régulariser une offre ne respectant pas les modalités et exigences imposées pour son introduction» (C.E., n° 200.316 du 1er février 2010).

- «En constatant que la requérante, soumissionnaire évincée, n'a pas produit en annexe à son offre les références requises pour l'obtention d'un marché public, l'autorité n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ni violé le principe de bonne administration. En effet, il ressort de l'article 16, § 1^{er} de l'arrêté royal du 10 janvier 1996... que la question de savoir si l'omission de l'une ou l'autre de ces références est substantielle ou non ou prescrite ou non à peine de nullité, est sans pertinence dès lors que, le pouvoir adjudicateur les ayant définies dans le cahier spécial des charges, elles doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation apportée quant à la capacité technique des soumissionnaires et de violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé» (C.E., n° 160.374 du 21 juin 2006, SA COLLIGNON).

b. Au stade de l'examen de la régularité des offres :

- «Si une des offres méconnaît une prescription technique essentielle, une interrogation ne s'impose pas. Cette offre est nulle de nullité absolue et ne saurait être modifiée sur ce point à la suite d'une interrogation du pouvoir adjudicateur. ... Le but d'une prise de contact consiste à lever un doute quant à l'existence éventuelle d'une irrégularité affectant une offre. Cette prise de contact ne peut cependant conduire à couvrir une irrégularité.

Le Conseil d'Etat a cependant admis une exception à cette règle pour les documents absents de la soumission dont la production n'est pas prescrite à peine de nullité ou dont l'omission n'est pas constitutive d'une irrégularité substantielle» (O. DI GIACOMO, Commentaire de l'article 96 de l'arrêté royal passation des marchés publics dans les secteurs classiques du 15 juillet 2011, www.mercatus.kluwer.be).

- «Le pouvoir adjudicateur dispose d'une marge d'appréciation pour soit demander les documents manquants, soit déclarer l'offre irrégulière pour autant qu'il ne se soit pas lié lui-même dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges.

En effet, dans certains cas, le cahier spécial des charges ou l'avis de marché exigent formellement que le candidat joigne les pièces justificatives à son offre à peine de nullité, d'irrégularité ou de non sélection. Le pouvoir adjudicateur sera alors contraint d'écarter le candidat ou l'offre à laquelle n'est pas joint un document justificatif» (Commentaire pratique de la réglementation des marchés publics, 7^{ème} édition 2014, T. IB, p. 1161).

- «Conformément à l'article 96, § 4 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, le pouvoir adjudicateur peut bel et bien demander au soumissionnaire de préciser ou de compléter la portée de son offre dans le délai qu'elle fixe, sans la modifier. La possibilité susmentionnée de prise de contact avec les soumissionnaires ne peut cependant pas entraîner qu'une offre irrégulière soit encore régularisée ou que le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires soit violé» (C.E., 12^{ème} ch., n° 227.233 du 29 avril 2014).

- «Rien n'empêche le pouvoir adjudicateur de prévoir certaines obligations dans le cahier spécial des charges s'imposant aux soumissionnaires. Il peut notamment, comme il l'a fait, y indiquer les documents et les informations relatives à ces parties du cahier des charges devant être joints à l'offre sous peine d'exclusion, ces documents ou informations spécifiques venant s'ajouter à la liste générale dressée à l'article 90, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. En revanche, il ne peut, après avoir imposé une telle exigence, exempter certains soumissionnaires de son respect sans violer le principe de concurrence et d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. La circonstance que l'adjudicateur ait, pour une raison

quelconque, estimé après coup que la production de ces documents ou informations ne présentait qu'un intérêt mineur est à cet égard sans incidence. En effet, une fois énoncée sans ambiguïté l'obligation de joindre à l'offre, «sous peine d'exclusion», certains documents ou certaines informations, qu'ils soient d'ordre général ou spécifique à une partie déterminée du marché, cette obligation s'impose de la même manière à tous les soumissionnaires et devient une condition de régularité de leur offre. Admettre que le pouvoir adjudicateur pourrait, par une motivation adéquate quant à l'importance réelle des documents ou informations demandés, exempter a posteriori certains soumissionnaires de cette obligation ou leur permettre de compléter leur offre sur ce point, reviendrait à avantager ceux-ci par rapport à ceux qui ont remis dans les délais une offre complète. Outre que les soumissionnaires défaillants pourraient de la sorte compléter leur offre après l'ouverture des offres, à un moment donc où ils sont susceptibles d'avoir eu accès à des informations inconnues des autres soumissionnaires, ils disposeraient en toute hypothèse d'un délai plus long que les autres soumissionnaires pour remettre une offre complète» (C.E., n° 230.103 du 4 février 2015, SA GILLION CONSTRUCT).

- «Quant à l'article 96, § 4 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dont les requérantes estiment que la première partie adverse aurait dû faire usage, cette disposition autorisant le pouvoir adjudicateur "à inviter un soumissionnaire à préciser et à compléter la teneur de son offre sans la modifier". Or, en l'espèce, la démarche n'aurait pas consisté «à préciser et à compléter la teneur» de l'offre litigieuse, mais bien à pallier une irrégularité substantielle tenant à l'absence de procuration valide donnée à l'un des signataires de l'offre au moment du dépôt de celle-ci. Une telle démarche reviendrait à autoriser un soumissionnaire à signer son offre après la date limite fixée pour le dépôt de celle-ci, ce qui *prima facie* ne relève pas des hypothèses visées par l'article 96, §4 précité» (C.E., n° 236.865 du 21 décembre 2016, CFE BATIMENT BRABANT WALLONIE).

C'est donc sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation que le HOME OUGREEN n'a pas fait usage de la faculté qui lui était offerte par l'article 66, § 3 de la loi du 17 juin 2016.

15. Face à une exigence du cahier spécial des charges prescrite à peine d'exclusion, il ne lui appartenait pas davantage de justifier plus avant d'un part le motif de l'exclusion et d'autre part les motifs pour lesquels il n'a pas été fait appel à la faculté visée à l'article 66, § 3 de la loi du 17 juin 2016.

Il faut mais il suffit que le pouvoir adjudicateur constate que le document non fourni était requis à peine d'exclusion par le cahier spécial des charges en sorte que sa non communication par le soumissionnaire entraîne l'écartement de l'offre.

La motivation est ainsi suffisante et adéquate.

16. Le moyen, dans sa seconde branche, n'est pas sérieux.

Troisième branche :

17. Le fait pour un soumissionnaire, par le dépôt de son offre, de s'engager à respecter les termes et conditions du cahier spécial des charges ne l'exonère pas de fournir les documents exigés par le cahier spécial des charges, d'autant plus lorsque ceux-ci sont requis à peine de non sélection, irrégularité, exclusion, nullité, ... Le fait pour un pouvoir adjudicateur d'exiger, outre la signature de l'offre en elle-même, la signature expresse d'une déclaration sur l'honneur, que cette déclaration concerne une clause sociale de formation ou un engagement contre le dumping social ou le respect d'une charte RGPD, ... démontre l'importance particulière accordée par le pouvoir adjudicateur à cet engagement et

son souhait d'attirer l'attention des soumissionnaires sur cette importance particulière.

Le fait qu'une condition visée par le cahier spécial des charges relève de l'exécution du marché, telle la mise en œuvre d'une clause sociale de formation, n'implique pas que le pouvoir adjudicateur n'a pas la possibilité de solliciter des soumissionnaires qu'ils s'engagent expressément à respecter ladite clause.

Cela a été admis sans difficulté s'agissant de l'obligation pour les soumissionnaires de joindre à leur offre un projet de contrat d'assurance quand bien même l'obligation d'assurance relèverait de l'exécution du marché (C.E., n° 230.235, op. cit.), ou encore s'agissant de l'obligation pour les soumissionnaires de joindre à leur offre un projet de contrat d'entretien, quand bien même l'entretien relèverait de l'exécution du marché (voy. C.E., n° 230.103, op. cit.).

Dans cette hypothèse, le simple fait de remettre une offre dûment signée, valant acceptation des conditions du cahier spécial des charges, ne peut pas suffire (en ce sens C.E., n° 222.319 du 30 janvier 2013, OSHKOSH CORPORATION : «Le fait que la société requérante se soit engagée, en complétant une annexe, à respecter l'ensemble des exigences techniques, ne suffit pas à établir que son offre y est conforme. Il faut en outre que le produit qu'elle présente dans la documentation, comprise dans son offre, soit effectivement conforme aux exigences techniques essentielles prescrites par le cahier spécial des charges»).

Le raisonnement tenu par la société requérante revient à supprimer ou réduire grandement toute possibilité pour les pouvoirs adjudicateurs de solliciter la production de divers documents et attestations, à peine de nullité ou non, dès lors qu'il suffirait à tout soumissionnaire de s'engager par le dépôt de son offre à respecter les conditions du cahier spécial des charges.

Il convient de rappeler que les soumissionnaires sont les premiers responsables de leur offre et qu'il leur appartient en premier lieu de fournir les documents requis par le cahier spécial des charges.

18. Enfin, si Votre Conseil devait considérer que l'exigence visée par le cahier spécial des charges de fournir en annexe à l'offre une attestation intitulée «Déclaration sur l'honneur relative à l'exécution de la clause sociale de formation», étant relative à l'exécution du marché, constitue une condition de régularité de l'offre et non de sélection qualitative du candidat, encore faudrait-il constater qu'il ne s'agit que d'une problématique liée à l'insertion d'une exigence tout à fait permise sous un titre inadéquat du cahier spécial des charges (au même titre d'ailleurs, dans ce cas, que d'autres documents dûment fournis par la requérante sans que cela lui pose difficulté), et que la société requérante n'aurait pas intérêt à ce moyen, la sanction d'exclusion de son offre étant identique dans les deux cas (voy. supra n° 14) :

« S'agissant de la deuxième branche, les critères de sélection visés à l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 tendent à garantir l'aptitude du candidat à exercer l'activité professionnelle concernée, ses capacités techniques et financières ou ses capacités techniques et professionnelles. Ils visent à permettre au pouvoir adjudicateur de juger de la compétence des candidats pour mener à bien la mission considérée, à la différence des critères d'attribution qui ont pour but de juger la valeur intrinsèque des offres. La condition imposée au soumissionnaire d'être reconnu comme atelier protégé ou opérateur économique dont l'objectif est l'intégration sociale et professionnelle des personnes handicapées ou défavorisées ne semble pas être un critère de sélection qualitative mais une condition de "marché réservé" au sens de l'article 15 de la loi. Le défaut pour la requérante de satisfaire à cette condition paraît donc bien devoir entraîner la nullité de l'offre. En tout état de cause, on n'aperçoit pas en quoi consisterait l'intérêt de la requérante à la deuxième branche dès lors qu'à supposer même qu'il s'agirait d'un critère de sélection qualitative, il résulte de l'examen de la

première branche que l'autorité a pu considérer à bon droit que la requérante n'y satisfaisait pas et, partant, que son offre ne pouvait être retenue» (C.E., n° 241.771 du 13 juin 2018, Association pour la création d'ateliers adaptés dans la région du centre).

19. Le moyen en sa troisième branche n'est pas recevable ou, à titre subsidiaire, n'est pas sérieux".

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Comme cela ressort de l'exposé du moyen, en ses deuxième et troisième branches, la requérante fait grief à la partie adverse de s'être, à tort, "fondée sur l'article 3.2 des clauses administratives partie 2, A pour refuser de [la] sélectionner" (2^{ème} branche), alors que l'exigence litigieuse de production – aux fins de la sélection qualitative – de la "déclaration afférente au respect des clauses sociales" est étrangère à la sélection qualitative, de sorte que sa transmission à l'appui de l'offre ne pouvait être prescrite "à peine de non sélection" (3^{ème} branche).

Ainsi exposé, le moyen revient à critiquer le motif retenu par la partie adverse pour refuser de sélectionner la requérante.

L'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, dont le moyen invoque la violation, est libellé comme suit :

" Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait :
1° à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle; et/ou
2° à la capacité économique et financière; et/ou
3° aux capacités techniques et professionnelles.
Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché.
Le Roi précise les modalités relatives à la fixation de ces conditions".

Par ailleurs, en son paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

" En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié".

De l'acte attaqué, il ressort, s'agissant de la requérante, que la "Déclaration clauses sociales" n'a pas été fournie, la précision suivante étant apportée : "Le cahier des charges précise que ce document devait être remis sous peine d'exclusion". Il en est conclu comme suit :

- " Le documents fournis par l'entreprise «LAURENTY BATIMENTS s.a.» sont donc incomplets et n'apportent pas les preuves qu'elle possède les capacités techniques, économiques et financières pour réaliser le marché dont question. Le document manquant étant requis à peine d'exclusion, son absence entraîne le rejet de l'offre".

Ce motif révèle, *prima facie*, que c'est bien par application de la clause 3.2 des clauses administratives partie 2, A, que la requérante n'a pas été sélectionnée.

Intitulée "Sélection qualitative", cette clause est libellée comme suit :

" 3.2. Sélection qualitative

Compte tenu du non allotissement, il est important de pouvoir pleinement apprécier les capacités, pour le soumissionnaire, à assumer dans les meilleurs conditions possibles, tant pour lui-même que pour le pouvoir adjudicateur et partant les locataires qui seront impactés par l'exécution des travaux.

Pour l'appréciation des capacités financière, technique et professionnelle du soumissionnaire, les références suivantes sont requises, sous peine de non sélection :

- une déclaration bancaire dont le modèle figure en annexe au présent cahier spécial des charges ;
- Une copie de l'assurance des risques professionnels avec la mention des montants assurés, la garantie minimale par sinistre pour les dommages corporels, matériels et immatériels confondus devant atteindre, au minimum, le montant du chantier (selon offre de l'entrepreneur) ;
- La preuve de l'agrément requise ;
- le schéma complet de sous-traitance pour l'exécution du marché, sachant que l'ensemble du point 7 sera d'application rigoureuse et donc une fiche par sous-traitant dûment remplie (voir annexe au présent CSC) reprenant l'identité du ou des sous-traitant(s), la part du marché sous-traitée, l'agrément détenu. En cas d'appel à des sous-traitants, il est rappelé que ces derniers ne peuvent se trouver dans une des causes d'exclusion. L'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 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 ;
- l'attestation de visite des lieux signée par l'Architecte ou un de ses représentants ;
- le plan de sécurité - santé à établir par l'entreprise.
Le soumissionnaire joint à son offre tout document prouvant qu'il utilise un système de gestion de la sécurité. Les soumissionnaires qui disposent du certificat VCA, BESACC ou équivalent sont présumés satisfaire à cette condition. Tout autre document démontrant que le soumissionnaire met en œuvre un système de gestion de la sécurité sera néanmoins accepté par le pouvoir adjudicateur.
- le coût de l'ensemble des mesures particulières et générales relatives à la sécurité et à la santé est réparti sur l'ensemble des prix unitaires du marché. Complémentairement, afin d'éclairer le Maître de l'ouvrage sur le coût de la sécurité, il est demandé à l'entrepreneur de détailler les coûts des mesures de prévention particulières prévues pour ce chantier. Pour ce faire, il complète le document justificatif du coût des mesures de prévention coordonnées relatives à la sécurité et à la santé.

- la déclaration des entrepreneurs pour une concurrence loyale et contre le dumping social. Tout soumissionnaire doit joindre à son offre ladite déclaration dûment complétée et signée pour accord. Cette déclaration, reprise en annexe du présent cahier spécial des charges, rappelle certaines des obligations devant être respectées par tout entrepreneur effectuant des travaux relevant de la CP 124 en Belgique.
- la déclaration afférente au respect des clauses sociales".

Comme le soutient la requérante, "l'engagement d'un soumissionnaire à mettre en œuvre, en cours d'exécution du chantier, des contacts de formations ne constitue en rien un élément permettant de démontrer la capacité professionnelle ou technique existante d'un soumissionnaire, au sens de l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics".

La prescription litigieuse excède la limite assignée au pouvoir adjudicateur, par les dispositions précitées, de n'imposer que des conditions de participation au marché qui garantissent l'aptitude à réaliser le marché conformément au niveau de qualité approprié.

Cette exigence expressément prescrite par la partie adverse au titre de la sélection qualitative méconnaît *prima facie* les dispositions précitées applicables à la phase de sélection et dont le moyen invoque la violation. Ce faisant, elle vicie, quant à son motif, la décision de refus de sélection de la requérante.

La partie adverse ne conteste pas, en tant que tel, le grief d'illégalité ainsi dénoncé par le moyen et ne formule d'ailleurs aucune observation à ce propos. Elle se borne à mettre en cause l'intérêt à cette critique, soutenant que, si le Conseil d'État devait décider que l'exigence litigieuse constitue une condition de régularité de l'offre et non de sélection qualitative du candidat, «encore faudrait-il constater qu'il ne s'agit que d'une problématique liée à l'insertion d'une exigence tout à fait permise sous un titre inadéquat du cahier spécial des charges [...], et que la société requérante n'aurait pas intérêt à ce moyen, la sanction d'exclusion de son offre étant identique dans les deux cas».

La partie adverse ne peut être suivie en cette argumentation.

Avant tout, elle ne peut sérieusement soutenir que procède, sans plus, de l'insertion sous un titre inadéquat du cahier spécial des charges le fait de prescrire l'exigence de production de la "déclaration afférente au respect des clauses sociales" dans une clause expressément dédiée à la sélection qualitative, laquelle clause impose, par ailleurs, le respect des exigences énumérées "sous peine de non sélection" et souligne l'importance de ces exigences pour permettre d'apprécier la capacité du soumissionnaire à exécuter le marché "dans les meilleures conditions possibles".

Ensuite, rien ne permet d'établir – en dehors de l'affirmation péremptoire de la partie adverse – que si elle était prescrite à un titre autre que celui de la définition des conditions de participation au marché ou des modes de preuve de la capacité d'un soumissionnaire, l'exigence litigieuse serait définie comme étant une condition de régularité de l'offre dont la méconnaissance emporterait nécessairement exclusion de celle-ci. Le Conseil d'État ne peut, en toute hypothèse, en préjuger dans le cadre de la présente procédure en extrême urgence.

Enfin – et quoi que puisse laisser entendre l'argumentation de la partie adverse – le fait que la légalité de la clause litigieuse soit mise en cause par le présent arrêt – n'emporte, en toute hypothèse, aucune conséquence sur la qualification de "condition de régularité de l'offre" qu'il y aurait lieu, ou non, de reconnaître à cette prescription.

L'exception de défaut d'intérêt au moyen ne peut être accueillie et il suit de l'ensemble des considérations qui précèdent que le moyen doit être déclaré sérieux en ses deuxième et troisième branches.

V. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas – et le Conseil d'État n'aperçoit pas – les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VI. Confidentialité

La partie requérante sollicite que l'extrait de son offre ainsi que les courriers qu'elle joint en pièces A, B et C de son dossier demeurent confidentiels. Elle formule une demande identique en ce qui concerne son offre complète déposée au dossier administratif.

La partie adverse dépose, quant à elle, les offres des différents soumissionnaires ainsi que les courriers relatifs aux justifications de prix à titre confidentiel. Il s'agit des pièces 8 à 13 du dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu, à ce stade de la procédure, d'en préserver la confidentialité.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision prise le 20 juin 2019 par la S.C.R.L. LE HOME OUGRÉEN décidant de ne pas sélectionner la société anonyme LAURENTY BÂTIMENTS – GEBOUWEN et d'attribuer le marché public de travaux intitulé «Rénovation de 32 logements à Ougrée (Pivert 2) – rues voisinage Modeste Gretry et Hillier» à la société STOFFELS est ordonnée.

Article 2.

Les pièces A, B et C du dossier de la requérante et les pièces 8 à 13 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

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

David DE ROY,
Vincent DURIEUX

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.