

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ
A R R Ê T

n° 250.921 du 16 juin 2021

A. 233.680/VI-22.050

En cause : **1. la société anonyme VMA BE.MAINTENANCE,**
 2. la société anonyme VMA DRUART,
 formant ensemble une société momentanée
 VMA BE.MAINTENANCE – VMA DRUART,
 ayant élu domicile chez
 M^{es} Peter TEERLINCK et
 Louise GALOT, avocats,
 avenue de l'Yser 19
 1040 Bruxelles,

contre :

la commune de Molenbeek-Saint-Jean,
 représentée par son collège communal,
 ayant élu domicile chez
 M^e Jérôme SOHIER, avocat,
 Chaussée de la Hulpe 181/24
 1170 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 18 mai 2021, la SA VMA be.Maintenance et la SA VMA Druart demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision du 25 mars 2021 adoptée par la partie adverse aux termes de laquelle celle-ci a décidé de ne pas sélectionner l'offre déposée par les parties requérantes en société momentanée dans le marché public de services ayant pour objet "entretien des installations de chauffage et dépannage des installations techniques des bâtiments et logements communaux" (référence 27_ENTRETIEN ET DEPANNAGE HVAC 2020), et a décidé d'attribuer ce marché à Veolia SA [...] ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 mai 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 juin 2021.

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 70 du règlement général de procédure ont été acquittés.

La partie adverse a déposé une note d'observations et le dossier administratif.

M. David De Roy, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^c Louise Gallot, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, et M^c Jérôme Sohier, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel Vanderhelst, 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

Selon la relation qu'en donne la partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

« 1. En date du 30 novembre 2020, la partie adverse a publié un avis de marché ayant pour objet “la réalisation de toutes les opérations utiles et nécessaires qui sont relatives à la maintenance et au dépannage des installations HVAC des bâtiments de la Commune de Molenbeek-Saint-Jean (suivant liste fournie ci-après). Les opérations qui doivent être réalisées dans le présent marché, incluent de manière non limitative l'entretien annuel et le dépannage de ces installations” (...).

En date du 4 décembre 2020, un avis de marché a été publié au *Journal Officiel de l'Union européenne* (...).

2. Il ressort du Cahier spécial des charges que le marché public litigieux est passé par procédure ouverte (...).

Il était imposé aux soumissionnaires de remettre un “document unique de marché européen” (ci-après “DUME”) lequel devait reprendre les informations suivantes concernant les critères de sélection (...):

“

N°	Critères de sélection	Exigences minimales
1)	Une liste des principaux services prestés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé.	Les soumissionnaires présenteront trois références de services, prestés au cours des 3 dernières années relatifs à la maintenance et au dépannage des installations techniques d'une puissance supérieure à 200 Kw (chaudières, aérothermes, convecteurs gaz, machine frigo, adoucisseur d'eau, VMC, Chauffe-eau thermique, installation de cogénération, etc..) des logements et/ou bâtiments (école, crèche, bureau....), devant chacune porter sur un montant de minimum de 350.000,00 EUR hors tva. Chacune de ces trois références devra être appuyée au minimum par : Une attestation de bonne exécution émise et signée par l'autorité compétente. Lorsque le maître d'ouvrage est une personne privée, elles le sont par celui-ci. A défaut, une simple déclaration de l'entrepreneur est admise. Les informations suivantes doivent apparaître dans cette attestation : le montant de l'attribution du marché et le montant final des prestations réalisées, la période et le lieu de prestation de service, la précision s'ils ont été effectués dans les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin.
2)	Une 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.	<p>Le soumissionnaire dispose, durant les 3 dernières années, en Belgique, d'un effectif technique destiné à la maintenance d'installations de chauffage équivalentes à celles du présent marché</p> <p>La description du dispatching central propre au SOUMISSIONNAIRE et des qualifications du personnel qui y est affecté 24h/24. Le dispatching sera sécurisé, agréé par le Ministère de l'Intérieur, agréé INCERT.</p> <p>Le dispatching dispose d'un personnel pouvant s'exprimer en français et en néerlandais.</p> <p>Les soumissionnaires présenteront 3 attestations :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Attestation technicien chauffagiste G1 et G2. - Attestation technicien frigoriste. - Attestation technicien CERGA.

”

3. En date du 5 janvier 2021, les parties requérantes, constituées sous la forme d'une société momentanée, ont déposé une offre, dans le cadre du marché public litigieux (...).

4. En date du 18 mars 2021, un rapport d'analyse a été rédigé sur base des différentes offres reçues, lequel conclut que "(...) l'offre du soumissionnaire sélectionné 'VEOLIA NV SA' est l'offre régulière économiquement la plus avantageuse sur la base du prix" et propose l'attribution de ce marché à la S.A. VEOLIA (...).

Il ressort également de ce rapport que "le soumissionnaire 'Groupement d'Opérateur Économique VMA BE MAINTENANCE & VMA DRUART' n'est pas en ordre en ce qui concerne la sélection, car les attestations fournies par ce dernier ne répondent pas toutes aux critères du CSC. Son offre ne sera donc pas prise en considération pour la suite de l'analyse" (...).

Plus particulièrement, le rapport reprend ce qui suit :

“ 3.1.2.2. Capacité technique du soumissionnaire

(...) d) GROUPEMENT D'OPERATEURS ECONOMIQUES DE VMA Be Maintenance SA – VMA Druart SA

La firme Be Maintenance NV-SA a fourni 3 références et ont été analysées

Analyse de la référence 1

Description du projet : Gestion et maintenance HVAC, électricité, sanitaire.

Montant des travaux : < 120.000,00€ HTVA/an, selon attestation de bonne exécution. – Pas en règle

Lieu de prestations : Partout sur la commune de Jette

Maître d'ouvrage : Commune de Jette

Date de projet : Depuis 2011 – Est en règle

Attestation de bonne exécution : établie et signée par le maître de l'ouvrage le 12/02/2019. Le document atteste que les prestations ont été effectuées dans les règles de l'art et menées régulièrement à bonne fin. – Est en règle

Analyse de la référence 2

Description du projet : Gestion et maintenance HVAC, électricité, sanitaire, adoucisseurs d'eau, alarmes de gaz, service de surveillance.

Montant des travaux (montant total annuel) : >500.000,00€ HTVA/an – est en règle

Lieu de prestations : rue Haute 298A Bruxelles

Maître d'ouvrage : CPAS de la ville de Bruxelles

Date de projet : 2019-2023 – Est en règle

Attestation de bonne exécution : établie et signée par le maître de l'ouvrage le 01/09/2020. Le document atteste que les prestations ont été effectuées dans les règles de l'art et menées régulièrement à bonne fin. – Est en règle

Analyse de la référence 3

Description du projet : Gestion et maintenance HVAC, électricité et sanitaire.

Montant des travaux : >300.000,00€ HTVA/an – Pas en règle

Lieu de prestations : Plus de 170 adresses sur la ville de Charleroi

Maître d'ouvrage : Ville de Charleroi

Date de projet : Depuis 2013 – Est en règle

Attestation de bonne exécution : établie et signée par le maître de l'ouvrage le 19/02/2019. Le document atteste que les prestations ont été effectuées dans les règles de l'art et menées régulièrement à bonne fin. – Est en règle
(...)

3.1.2.3. Capacité professionnelle du soumissionnaire

(...) d) GROUPEMENT D'OPERATEURS ECONOMIQUES DE VMA Be Maintenance SA – VMA Druart SA

Une liste indiquant la composition moyenne de l'effectif du personnel de la société et ampleur du cadre pendant les 3 dernières années n'a pas été fourni par le soumissionnaire VMA – Pas en règle

Une description du dispatching centrale propre à VMA a été fournie par le soumissionnaire VMA – Est en règle

3 attestations technicien à savoir chauffagiste, frigoriste et gaz n'ont pas été fournies par VMA mais un tableau de techniciens avec chacun son numéro d'agrément – En règle" (...).

5. Par une délibération du 25 mars 2021, le Collège des Bourgmestre et Echevins de la partie adverse a décidé d'attribuer le marché public litigieux à la S.A. VEOLIA, après avoir considéré l'offre des requérantes comme non conforme aux critères de sélection (...).

Il s'agit de la décision attaquée, en ce qu'elle "a décidé de ne pas sélectionner l'offre déposée par les parties requérantes en société momentanée (...)" (...).

Cette décision a été notifiée aux requérantes, par un courrier du 28 avril 2021. Par un courriel complémentaire daté du 3 mai 2021, la partie adverse les a informées de l'attribution du marché public en question (...) ».

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

Les requérantes soulèvent un premier moyen, « pris de la violation de l'article 4, al. 1 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et plus particulièrement du principe d'égalité, de non-discrimination et de transparence; l'article 65, al. 1 et al. 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques (ci-après "AR Passation du 18 avril 2017"); du principe *patere legem quam ipse fecisti* », « [e]n ce que, première branche, la partie adverse n'a pas sélectionné l'offre de la SM VMA be.Maintenance – VMA Druart parce que deux des trois références présentées ne seraient pas conformes aux exigences du cahier spécial des charges, alors que toutes les références jointes à l'offre sont conformes aux exigences du cahier spécial des charges » et « [e]n ce que, deuxième branche, la partie adverse n'a pas sélectionné l'offre de la SM VMA be.Maintenance – VMA Druart parce qu'une liste indiquant la composition moyenne de l'effectif du personnel de la société et de l'ampleur du cadre pendant les 3 dernières années n'a pas été jointe à l'offre, alors qu'une telle liste n'est pas demandée dans le cahier spécial des charges ».

Elles développent ce moyen comme suit :

« a) Les principes et les dispositions applicables

1. L'article 4, al. 1 de la Loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics énonce :

“ Les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée”.

2. L'article 65 de l'AR Passation du 18 avril 2017 énonce (...) :

“ Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.

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.

Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires”.

3. Selon le principe *patere legem quam ipse fecisti*, l'adjudicateur est tenu de respecter son propre cahier spécial des charges.

4. Dans l'affaire C-298/15 du 5 avril 2017, la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après “CJUE”) a premièrement rappelé que l'adjudicateur ne peut pas, en principe, modifier, au cours de la procédure de passation, la portée des conditions essentielles du marché, tels que les critères de sélection qualitative. Elle a ensuite énoncé les conditions cumulatives qui doivent être remplies afin qu'un critère de sélection puisse néanmoins être modifié en cours de procédure de passation :

“ 68. À cet égard, il convient de relever que, conformément à une jurisprudence constante de la Cour, ces principes et cette obligation exigent en particulier que les soumissionnaires se trouvent sur un pied d'égalité au moment où ils préparent leurs offres. L'obligation de transparence vise plus particulièrement à garantir l'absence de favoritisme et d'arbitraire de la part de l'entité adjudicatrice (voir, en ce sens, arrêts du 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, point 44, et du 14 juillet 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, point 22).

69 Lesdits principes et obligation impliquent notamment que l'objet et les critères d'attribution du marché concerné soient clairement déterminés dès le début de la procédure de passation de celui-ci et que les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière et, d'autre part, à mettre l'entité adjudicatrice en mesure de vérifier effectivement si les offres présentées correspondent aux critères régissant ledit marché (voir, en ce sens, arrêts du 10 mai 2012, *Commission/Pays-Bas*, C-368/10, EU:C:2012:284, points 56, 88 et 109; du 6 novembre 2014, *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, EU:C:2014:2345, point 44, ainsi que du 14 juillet 2016, *TNS Dimarso*, C-6/15, EU:C:2016:555, point 23). L'obligation de transparence signifie également que l'objet et les critères d'attribution du marché doivent faire l'objet d'une publicité adéquate de la part de l'entité adjudicatrice (voir, en ce sens, arrêt du 24 janvier 2008, *Lianakis e.a.*, C-532/06, EU:C:2008:40, point 40).

70 Il résulte également de la jurisprudence de la Cour que l'entité adjudicatrice ne peut pas, en principe, modifier, au cours de la procédure d'adjudication, la portée des conditions essentielles du marché, au rang desquelles figurent les spécifications techniques ainsi que les critères d'attribution, et sur lesquelles les opérateurs économiques intéressés se sont légitimement fondés pour prendre la décision de préparer la présentation d'une offre ou, au contraire, de renoncer à participer à la procédure de passation du marché concerné (voir, en ce sens, arrêts du 10 mai 2012, *Commission/Pays-Bas*, C-368/10, EU:C:2012:284, point 55, et du 16 avril 2015, *Enterprise Focused Solutions*, C-278/14, EU:C:2015:228, points 27 à 29)

71. Cela étant, il ne s'ensuit pas que toute modification du cahier des charges après la publication de l'avis de marché serait, par principe et en toutes circonstances, proscrite.

72 Ainsi, l'entité adjudicatrice a exceptionnellement la possibilité de corriger ou de compléter les données du cahier des charges qui nécessitent une simple clarification ou dans le but de corriger des erreurs matérielles manifestes, sous réserve d'en informer l'ensemble des soumissionnaires (voir, par analogie, arrêt du 29 mars 2012, *SAG ELV Slovensko e.a.*, C-599/10, EU:C:2012:191, point 40).

73 Cette entité doit également être autorisée à apporter certaines modifications au cahier des charges, notamment en ce qui concerne les conditions et les modalités de cumul des capacités professionnelles, sous réserve que les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement ainsi que l'obligation de transparence soient respectés.

74. Cette exigence signifie, premièrement, que les modifications concernées, bien que pouvant être importantes, ne doivent pas être à ce point substantielles qu'elles auraient attiré des soumissionnaires potentiels qui, en l'absence de ces modifications, ne seraient pas en mesure de présenter une offre. Tel pourrait être le cas, notamment, lorsque les modifications rendent le marché sensiblement différent par nature de celui qui avait été défini initialement.

75 Deuxièmement, ladite exigence implique que ces modifications fassent l'objet d'une publicité adéquate, de manière à permettre à tous les soumissionnaires potentiels raisonnablement informés et normalement diligents d'en prendre connaissance dans les mêmes conditions et au même moment.

76 Troisièmement, cette même exigence suppose encore, d'une part, que lesdites modifications interviennent avant la présentation des offres par les soumissionnaires, et, d'autre part, que le délai de présentation de ces offres soit prolongé lorsque ces modifications sont importantes, que la durée de cette prolongation soit fonction de l'importance desdites modifications et que cette durée soit suffisante afin de permettre aux opérateurs économiques intéressés d'adapter leur offre en conséquence".

b) Application en l'espèce pour la première branche

5. En matière de références, le cahier spécial des charges stipule que les soumissionnaires doivent apporter trois références pour un minimum de 350.000,00 EUR hors tva au cours des trois dernières années (...).
6. Les parties requérantes ont joint les références demandées à leur offre (...).
7. La référence du CPAS de la ville de Bruxelles a été acceptée comme étant "en règle".

8. Les deux références refusées (“pas en règle”) auraient toutefois également dû être acceptées puisqu’elles sont aussi conformes aux exigences du cahier spécial des charges :

- 1) La commune de Jette : un marché en cours depuis 2011 avec un montant annuel de 120.000 EUR. Cela revient à un montant de 1.200.000,00 EUR sur la totalité de la durée du marché et de 360.000 EUR sur les trois dernières années;
- 2) La ville de Charleroi : un marché en cours depuis 2013 avec un montant annuel de 300.000 EUR. Cela revient à un montant total de 2.400.000,00 EUR pour la totalité du marché et 900.000 EUR sur les trois dernières années.

9. Il ressort toutefois de la décision attaquée que la partie adverse a estimé à tort que deux des trois références des parties requérantes ne seraient pas conformes en ce que le montant de 350.000,00 EUR hors tva ne serait pas atteint annuellement lors de la période d’exécution.

Ainsi, la partie adverse a plus particulièrement estimé que la référence de la Commune de Jette pour un montant de 120.000 EUR par an et la référence pour la commune de Charleroi pour un montant de 300.000 EUR par an ne répondraient pas au critère du montant.

10. Or, le cahier spécial de charges exige un montant de 350.000 EUR hors TVA sur les trois dernières années et non pas annuellement.

11. Dans l’acte attaquée, la partie adverse a ainsi modifié le critère de sélection qualitative relatif aux références par rapport au cahier spécial des charges. A tout le moins, elle n’a pas formulé clairement qu’il s’agissait d’un montant annuel, de sorte qu’un soumissionnaire normalement diligent ne pouvait pas se tromper à ce sujet.

12. La partie adverse ne pouvait pourtant pas modifier ce critère de sélection sans publication antérieure au dépôt des offres, de sorte que tous les soumissionnaires en auraient été avertis en temps utile, et auraient pu adapter leur offre en fonction de cette modification. La partie adverse a manifestement manqué à son obligation de transparence.

13 Elle a également manqué à son obligation de formuler le critère de façon suffisamment précise dans les documents de marché (art. 65, al. 4 A.R. Passation du 18 avril 2017). Elle n’a pas respecté son propre cahier spécial des charges (violation du principe “*patere legem quam ipse fecisti*”), et elle a favorisé certains soumissionnaires en modifiant le critère de sélection après avoir pris connaissance des offres respectives (violation du principe d’égalité).

La première branche du premier moyen est sérieuse.

c) Application en l’espèce pour la deuxième branche du premier moyen

14. La partie adverse estime que l’offre des parties requérantes ne serait pas en règle en ce qu’une liste indiquant la composition moyenne de l’effectif du personnel de la société et ampleur du cadre pendant les trois dernières années n’a pas été fournie.

15. A nouveau, la partie adverse juge l’offre des parties requérantes sur la base d’un critère de sélection qualitative qui n’est pas repris dans le cahier spécial des charges.

16. Pour rappel, le cahier spécial des charges prévoyait que les soumissionnaires déclarent sur l'honneur dans le DUME satisfaire aux critères de sélection qualitative, dont celui de la capacité professionnelle. Dans ce cadre le soumissionnaire devait, entre autres, déclarer sur l'honneur qu'il dispose, durant les trois dernières années, en Belgique d'un effectif technique destiné à la maintenance d'installations de chauffage équivalentes à celles du présent marché.

Les parties requérantes ont fait cette déclaration sur l'honneur.

17. Les parties requérantes observent également que dans leur offre elles ont décrit sous le point 4.2.2. "Une 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" les équipes opérationnelles et techniques qui auraient la charge du marché (...).
18. En revanche, il n'est nullement exigé dans les documents du marché que le soumissionnaire joigne à son offre une liste indiquant la composition moyenne de l'effectif du personnel de la société et ampleur du cadre pendant les trois dernières années.
19. La partie adverse a donc ajouté une condition (remise d'une liste) qui n'était pas prévue dans les documents du marché, sans en avoir averti les soumissionnaires potentiels dans une publication préalable au dépôt des offres.
20. La partie adverse ne pouvait pourtant pas modifier ce critère de sélection sans publication de cette modification antérieure au dépôt des offres, de sorte que tous les soumissionnaires en auraient été avertis en temps utile, et auraient pu adapter leur offre en fonction de cette modification. La partie adverse a manifestement manqué à son obligation de transparence.
21. Elle a également manqué à son obligation de préciser les moyens de preuve dans les documents du marché (art. 65, al. 1 AR Passation du 18 avril 2017). Elle n'a pas respecté son propre cahier spécial des charges (violation du principe "*patere legem quam ipse fecisti*"), et elle a favorisé certains soumissionnaires en modifiant le critère de sélection après avoir pris connaissance des offres respectives (violation du principe d'égalité).

La deuxième branche du premier moyen est sérieuse ».

B. Note d'observations

En réponse au moyen, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- « 1. Pour rappel, l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics consacre le principe d'égalité, en disposant que "les adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité et sans discrimination et agissent d'une manière transparente et proportionnée (...)".

L'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que :

- “ Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.

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.

Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires”.

La jurisprudence de Votre Conseil d’Etat est fixée en ce sens que “les principes d'égalité, de non-discrimination et de transparence imposent aux pouvoirs adjudicateurs de porter à la connaissance des soumissionnaires potentiels tous les éléments qui seront pris en considération pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance respective. Un pouvoir adjudicateur ne peut appliquer des critères ou sous-critères qui n'ont pas été annoncés dans les documents du marché” (C.E., 21 février 2020, n° 247.115, SA Fire Technics).

Votre Conseil d’Etat a également jugé que “le recours à des sous-critères d'attribution n'est pas en soi prohibé pour autant que les principes d'égalité de traitement et de transparence soient respectés. A défaut d'annonce dans les documents du marché, il n'est pas interdit à une autorité adjudicatrice de spécifier plus en détail un critère préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires et de lui accorder une pondération. Il faut toutefois que ces sous-critères d'attribution correspondent en substance aux critères connus des soumissionnaires et répondent à trois conditions, étant que les critères d'attribution préalablement définis ne soient pas modifiés, qu'il n'y ait aucun élément qui, connu lors de la préparation des offres, aurait pu influencer celles-ci et, enfin, que ces sous-critères d'attribution n'aient pas été déterminés dans des conditions telles que soit provoqué un effet discriminatoire envers un des soumissionnaires” (C.E., 21 février 2020, *op. cit.*).

2. En l’espèce, il faut constater que le moyen manque tant en droit qu’en fait, dès lors que les dispositions du Cahier spécial des charges sont parfaitement claires.

Quant à la première branche du moyen, en ce qui concerne les références qui étaient demandées aux soumissionnaires, le Cahier spécial des charges stipule “une liste des principaux services prestés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé”, sachant que “les soumissionnaires présenteront trois références de services, prestés au cours des 3 dernières années (...) devant chacune porter sur un montant de minimum 350.000,00 EUR hors tva (...)”.

Il est donc clairement spécifié que les soumissionnaires doivent fournir une liste de services prestés au cours des trois dernières années, dont chacun doit porter sur un montant minimum de 350.000,00 €. Le critère de temps repris dans le Cahier spécial des charges (trois dernières années) vise uniquement à délimiter la période de référence dont les soumissionnaires pouvaient se prévaloir et à éviter des références à des marchés trop anciens. Parallèlement à ce critère de temps, les soumissionnaires devaient également veiller à ce que les marchés en question ont porté sur un montant minimum de 350.000,00 €, sans qu’il ne soit ici question de montants cumulés sur plusieurs marchés distincts et étalés sur plusieurs années.

Dans un tel contexte, c’est à bon droit que la partie adverse a considéré que cette condition n’était pas respectée par les requérantes qui s’étaient référé à un marché conclu avec la Commune de Jette portant sur un montant annuel de 120.000,00 € et à un marché conclu avec la Ville de Charleroi dont le montant annuel ne

dépassait pas 300.000,00 €, soit des références qui ne portaient pas sur des marchés ayant un montant minimum de 350.000,00 €, comme requis en l'espèce.

Il n'y a donc eu ici aucune "modification" des critères de sélection, comme invoqué par les parties requérantes, ni aucun manquement à l'obligation de transparence de la partie adverse.

Faut-il encore ajouter, à cet égard, que l'exigence contenue dans le Cahier spécial des charges a été parfaitement comprise par tous les autres soumissionnaires, seules les requérantes ayant considéré que le seuil de 350.000,00€ pouvait être apprécié "sur les trois dernières années et non pas annuellement" (...), ce qui constitue une interprétation tout à fait personnelle de la part des requérantes des dispositions applicables en l'espèce.

3. Quant à la seconde branche du moyen, s'agissant du critère de la capacité professionnelle, le Cahier spécial des charges exige expressément que soit fournie "une 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" et qu'il soit démontré que "le soumissionnaire dispose, durant les 3 dernières années, en Belgique, d'un effectif technique destiné à la maintenance d'installations de chauffage équivalentes à celles du présent marché" (...).

En l'occurrence, c'est aux soumissionnaires qu'il appartient de démontrer, pièces justificatives à l'appui, l'existence d'un tel effectif technique dans leur chef. Sur ce point, en relevant que l'offre déposée par les parties requérantes ne comprenait pas "une liste indiquant la composition moyenne de l'effectif du personnel de la société et l'ampleur du cadre pendant les 3 dernières années" (...), au contraire de tous les autres soumissionnaires, la partie adverse n'a nullement "ajouté une condition qui n'était pas prévue dans les documents du marché", pour reprendre les termes des parties requérantes (...), mais s'est limitée, en réalité, à constater qu'aucun document valable n'a été fourni par les requérantes afin de démontrer l'existence sur les trois dernières années d'un effectif suffisant et formé en maintenance d'installations de chauffage.

Plus particulièrement, l'organigramme et la liste de techniciens fournis par les requérantes n'indiquent pas que l'effectif qui y est repris date bien des trois dernières années, alors que cette exigence ressortait pourtant à suffisance du Cahier spécial des charges. Il est donc surprenant de lire que les requérantes contestent le principe même de fournir une liste, alors qu'elles ont précisément veillé à annexer une telle liste à leur offre, sans cependant établir que l'effectif en question avait bien une ancienneté de trois années.

Ici aussi, on observera que cette exigence a été parfaitement comprise par tous les autres soumissionnaires qui ont remis une telle liste conforme aux prescriptions du Cahier spécial des charges.

Eu égard à l'ensemble de ces éléments, le moyen mérite d'être jugé non sérieux ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Le premier moyen critique la décision qui refuse de sélectionner les requérantes au motif qu'elles ne répondent pas de façon entièrement satisfaisante aux deux critères de capacité technique et professionnelle fixés pour la sélection

qualitative des soumissionnaires, critères reproduits dans l'exposé des faits du présent arrêt.

Les griefs respectivement dirigés contre les appréciations relatives à chacun de ces critères sont successivement formulés aux première et seconde branches du moyen. Pour chacun de ces critères, les requérantes reprochent à la partie adverse de l'avoir modifié en méconnaissance de l'obligation de publicité imposée en pareille circonstance et de ne pas l'avoir formulé de façon suffisamment précise dans les documents du marché.

A. Quant à la première branche

Selon ce que permet d'en comprendre le rapport d'analyse des offres, dont l'extrait pertinent est reproduit dans l'exposé des faits du présent arrêt, la partie adverse semble – pour décider que deux des références produites par les requérantes ne satisfaisaient pas aux exigences définies par le critère de sélection relatif aux principaux services prestés au cours des trois dernières années – avoir interprété celui-ci en ce sens que le montant de 350.000 euros H.T.V.A. devait être atteint annuellement.

Si le libellé de ce critère n'exclut pas le sens ainsi retenu par la partie adverse pour refuser de prendre en considération les deux références dont se prévalaient les requérantes, il n'exclut pas non plus d'être compris en ce sens que le montant de 350.000 euros H.T.V.A. pouvait correspondre à des services prestés sur les trois dernières années, de sorte que rien ne semblait alors empêcher les soumissionnaires de se prévaloir d'un marché pluriannuel, pour autant que la part prestée correspondît au montant ainsi exigé. À défaut de précisions utiles sur ce point, le critère ainsi libellé ne semble viser le montant litigieux ni comme se rapportant aux trois dernières années, ni comme correspondant à un an. Il ne peut, en toute hypothèse, rien être déduit, ni dans un sens ni dans l'autre, de la mention de la période de trois ans, conforme au prescrit de l'article 68, § 4, 1^o, b), de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, qui vise uniquement, comme l'indique la partie adverse, à délimiter la période de référence dont les soumissionnaires pouvaient se prévaloir.

Au vu des interprétations que peut appeler – sur le point précis de la période couverte par les services devant correspondre à un montant de 350.000 H.T.V.A. – le critère litigieux, il ne peut être constaté que la partie adverse aurait nécessairement modifié celui-ci. En revanche, ce critère qui n'est pas sans équivoque, n'apparaît pas suffisamment clair et précis, de sorte qu'il méconnaît la disposition de l'article 65, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et, plus

généralement, le principe de transparence consacré par l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. La circonstance que la plupart des soumissionnaires auraient – à la différence des requérantes – compris ce critère conformément au sens qu'en a retenu la partie adverse pour le mettre en œuvre n'enlève rien au caractère équivoque de celui-ci.

Le moyen doit, en conséquence, être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la seconde branche

La candidature des requérantes est jugée non conforme au critère relatif à l'équipement (ou effectif) technique, parce qu'elles n'ont pas produit une « liste indiquant la composition moyenne de l'effectif du personnel de la société et ampleur du cadre pendant les 3 dernières années ».

Il doit, avant tout, être observé, d'une part, que les requérantes ont déposé un DUME par lequel elles ont notamment déclaré satisfaire à tous les critères de sélection exigés, ce qui implique nécessairement l'exigence de disposer, durant les trois dernières années, en Belgique, d'un effectif technique destiné à la maintenance d'installations de chauffage équivalentes à celles du présent marché et, d'autre part, que la production de la liste qu'il leur est reproché de ne pas avoir déposée n'était pas, en tant que telle, expressément prescrite.

Selon ce que laisse entendre la note d'observations à ce sujet, la partie adverse semble déduire cette exigence de production de la liste litigieuse d'une combinaison entre la mention de la colonne « Critères de sélection », relative à la description de l'équipement technique et celle de la colonne « Exigences minimales » qui, pour le même critère, se lit comme suit : « Le soumissionnaire dispose, durant les 3 dernières années, en Belgique, d'un effectif technique destiné à la maintenance d'installations de chauffage équivalentes à celles du présent marché ». Cette combinaison paraît entretenir une confusion entre l'intitulé du critère de sélection, les exigences minimales y relatives et les modes de preuve, confusion s'ajoutant à celle qu'entretiennent les références – au sein du même critère – à l'équipement technique, d'une part, et à l'effectif du prestataire, d'autre part.

En toute hypothèse, les deux mentions ainsi combinées au sein du critère litigieux ne visent pas, en tant que telle, une exigence de production de liste indiquant que l'effectif mentionné datait bien des trois dernières années, exigence à laquelle il est reproché aux requérantes d'avoir manqué, et celles-ci ont

raisonnablement pu considérer qu'elles établissaient satisfaire à la mention précitée des exigences minimales à vérifier sur les trois dernières années, par la production de leur DUME contenant l'attestation qu'elles répondaient aux exigences de sélection qualitative.

Pour le surplus, s'il fallait comprendre que la partie adverse a voulu, dans la définition du critère de sélection litigieux, s'inspirer du mode de preuve visé à l'article 68, § 4, 8°, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, le libellé du critère ne traduit pas à suffisance cette intention, et celle-ci est d'autant moins évidente que ce libellé paraît reposer, comme cela a été précédemment observé, sur une confusion entre l'« équipement » et l'« effectif », auxquels correspondent pourtant deux hypothèses bien distinctes sur le plan des modes de preuves, hypothèses respectivement visées aux 3° et 8° de l'article 68, § 4, précité.

S'il ne peut être constaté, à la suite des considérations qu'appelle ainsi la lecture du critère litigieux, que la partie adverse aurait nécessairement modifié celui-ci, la double confusion ainsi mise en évidence dans le libellé du critère apparaît, à tout le moins, contraire à l'exigence de formulation suffisamment précise des critères de sélection imposée par la disposition de l'article 65, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, et nuit à son intelligibilité, également requise au titre du principe de transparence consacré par l'article 4, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précitée. Ici encore, et à l'instar de ce qui a été répondu à la première branche du moyen, la circonstance que la plupart des soumissionnaires auraient – à la différence des requérantes – compris ce critère conformément au sens qu'en a retenu la partie adverse pour le mettre en œuvre n'enlève rien au caractère imprécis de celui-ci.

Le moyen doit, en conséquence, être déclaré sérieux en sa seconde branche.

V. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'identifie pas de telles conséquences.

VI. Confidentialité

Les requérantes demandent que soit maintenue la confidentialité de leur offre si elle est déposée par la partie adverse, ainsi que celle des extraits de cette offre, qu'elle dépose en les identifiant comme étant la pièce 4 de leur dossier.

La partie adverse dépose trois pièces inventoriées en tant que « Dossier confidentiel », dont l'offre des requérantes.

Dès lors que ces demandes n'ont pas été contestées, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

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

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de « la décision du 25 mars 2021 adoptée par la partie adverse aux termes de laquelle celle-ci a décidé de ne pas sélectionner l'offre déposée par les parties requérantes en société momentanée dans le marché public de services ayant pour objet “entretien des installations de chauffage et dépannage des installations techniques des bâtiments et logements communaux” (référence 27_ENTRETIEN ET DEPANNAGE HVAC 2020), et a décidé d'attribuer ce marché à Veolia SA [...] » est ordonnée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les trois pièces identifiées par la partie adverse en tant que « Dossier confidentiel », dont l'offre des requérantes, et la pièce 4 annexées à la requête sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur à la partie adverse, qui n'a pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le 16 juin 2021 par :

David De Roy,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy