CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

LE PRÉSIDENT DE LA VI^e^ CHAMBRE DES VACATIONS

SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

n^o^ 251.403 du 31 août 2021

A. 234.192/VI-22.117

En cause :

1. **la société à responsabilité limitée SERVAIS ENGINEERING ARCHITECTURAL + PARTNERS**,

2. **la société à responsabilité limitée L'ESCAUT ARCHITECTURES**,

ayant toutes deux élu domicile chez
M^e^ Jean-Luc TEHEUX, avocat,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège,

contre :

la ville de Tournai, représentée
par son collège communal,
ayant élu domicile chez
M^es^ Brice ANSELME et
Véronique CHRISTIAENS, avocats,
avenue de la Couronne 340
1050 Bruxelles,

Parties requérantes en intervention :

1. **la société coopérative à responsabilité limitée CANEVAS ARCHITECTURE ET INGÉNIERIE**,

2. **la société anonyme BUREAU D'ÉTUDES GREISCH**,

ayant toutes deux élu domicile chez
M^e^ Renaud SIMAR, avocat,
rue Jules Cockx 8-10
1160 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 30 juillet 2021, la SRL Servais *Engineering Architectural + Partners* et la SRL l'Escaut Architectures demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision adoptée par la partie adverse en date du 8 juillet 2021 de "ne pas retenir la candidature du Groupement SEA/ESCAUT sur [la] base de l'analyse de la Cellule Architecture de la Fédération Wallonie-Bruxelles" ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 2 août 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 août 2021.

Par une requête introduite le 13 août 2021, la SCRL CANEVAS ARCHITECTURE ET INGÉNIERIE et la SA BUREAU D'ÉTUDES GREISCH, demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes.

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^me^ Elisabeth Willemart, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e^ Jean-Luc Teheux, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, M^e^ Brice Anselme, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^es^ Guillaume Poulain et Pauline Abba, *loco* M^e^ Renaud Simar, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, ont été entendus en leurs observations.

M^me^ Muriel Vanderhelst, auditeur au Conseil d'État, a été entendue en son avis contraire.

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. Faits

1. La partie adverse expose que, dans le cadre de la modernisation de la traversée de l'Escaut, la Région wallonne envisage le remplacement de la passerelle de l'Arche, dont la Région est propriétaire, par une nouvelle liaison cyclo-piétonne. La partie adverse, sur le territoire de laquelle se situe la passerelle, a exprimé le souhait d'être associée au projet et a proposé, notamment, de prendre en charge les frais d'études.

2. Le 21 juin 2019, le collège communal de la partie adverse décide, notamment, de solliciter l'appui technique de la cellule Architecture de la Fédération Wallonie-Bruxelles.

3. Le 21 octobre 2019, le conseil communal de la partie adverse décide d'approuver une convention de partenariat avec la Région wallonne, relative à la réalisation d'une nouvelle liaison cyclo-piétonne entre les quartiers Saint-Jean et Saint-Piat à Tournai, notamment en vue de la passation et de l'exécution du marché de services lié aux études du projet.

Selon les termes de cette convention, la partie adverse agit, dans le cadre d'un marché conjoint, comme mandataire de la Région wallonne.

La première étape du partenariat concerne la passation du marché de services d'auteur de projet. Il est convenu que « [c]ette étape sera supervisée par la Cellule architecture de la Fédération Wallonie-Bruxelles », qui « assistera également le maître d'ouvrage comprenant l'intervention d'un jury pour la sélection qualitative et l'attribution du marché », étant entendu que « [l]es décisions resteront les prérogatives du SPW et de la Ville de Tournai ».

4. À la même date, le conseil communal de la partie adverse décide d'approuver une charte de collaboration, qui « vise à définir les conditions minimales de collaboration entre les parties », identifiées comme étant la Ville de Tournai, la Région wallonne - Service public de Wallonie Mobilité Infrastructures et la cellule Architecture de la Fédération Wallonie-Bruxelles.

La charte précise que « la Cellule architecture n'est pas un maître d'ouvrage délégué » et que « [l]es prérogatives liées au statut d'adjudicateur sont préservées : approbation de tous les documents et décisions ».

En ce qui concerne la désignation de l'auteur de projet, la charte prévoit notamment ce qui suit :

« [...]

> Les candidatures sont déposées sur la plateforme de dépôt électronique de la Cellule architecture et pré-analysées dans ses locaux. Concernant les offres, les formats électroniques sont déposés sur la plateforme de dépôt électronique de la Cellule architecture, les formats non électroniques (panneaux et maquettes) sont déposés chez le maître d'ouvrage, tous les documents sont pré-analysés dans ses locaux. (Candidatures et) offres sont pré-analysées par une commission technique composée au minimum des agents traitants. Elle peut au besoin être élargie d'un ou deux assistants administratifs et/ou techniciens. Chaque pré-analyse prend en moyenne 3 à 4 journées complètes, en fonction du nombre de candidatures ou

d'offres. Les membres de la commission technique sont présents au jury mais n'ont pas de droit de vote.

[...]

Un jury se réunit pour l'évaluation des offres et, selon certaines modalités spécifiques le cas échéant, des candidatures. [...] Si possible au consensus, au besoin par le biais d'un vote, le jury émet une proposition au maître d'ouvrage. En cas d'égalité, le maître d'ouvrage tranche. Cette proposition est consignée dans le rapport du jury, reprenant de façon anonyme, les arguments structurés par thématique ou par critère, le résultat de la délibération et l'éventuelle cotation (en procédure européenne).

Le maître d'ouvrage prend les décisions finales (de sélection et) d'attribution et en porte la responsabilité. Le rapport du jury fait office de motivation. Il est joint dans son entièreté à la décision motivée de sélection/attribution du maître d'ouvrage et est transmis à tous les soumissionnaires lors des notifications. S'il ne suit pas l'avis du jury, le maître d'ouvrage doit le motiver ».

5. Le 22 février 2021, le conseil communal de la partie adverse décide ce qui suit :

« Article 1er : d'approuver le guide de sélection, les exigences de la sélection qualitative telles que mentionnées dans l'avis de marché, et le montant estimé du marché "Traversée de la 'passerelle de l'Arche'. Désignation d'un auteur de projet en vue de l'étude et du suivi de l'exécution des travaux de construction d'une nouvelle liaison cyclo-piétonne", établis par la Cellule architecture de la Fédération Wallonie Bruxelles. Le montant estimé s'élève à 260.000,00 € hors TVA ou 314.600,00 €, 21 % TVA comprise.

Article 2 : de passer le marché par la procédure concurrentielle avec négociation.

Article 3 : de soumettre le marché à la publicité européenne.

Article 4 : de compléter et d'envoyer l'avis de marché au niveau national et européen.

Article 5 : de financer cette dépense par le crédit inscrit au budget extraordinaire 2021 sous l'article 421/733-60 (numéro de projet : 20210141) ».

6. L'avis de marché prévoit notamment ce qui suit, concernant la capacité technique et professionnelle :

« III.1.3) Capacité technique et professionnelle

□ Critères de sélection tels que mentionnés dans les documents de la consultation

Liste et description succincte des critères de sélection : Démonstration des compétences pour la mission : prouvée *via* une liste reprenant, pour toute compétence minimale requise à l'étape de candidature (architecture & stabilité), les missions menées dans les 5 dernières années (ATTENTION : la date maximale prise en compte pour une référence construite est celle de réception PROVISOIRE de l'ouvrage) pouvant constituer des références pour la ou les compétence(s) que l'opérateur économique assumera pour le présent marché.

Niveau(x) spécifique(s) minimal/minimaux exigé(s) : Concernant la compétence architecture, la liste des missions comprendra au minimum une référence livrée (réception provisoire des travaux obtenue) ayant fait l'objet d'un marché public dont le montant des travaux s'élève au minimum à 1.000.000 euros HTVA. ATTENTION : Cette référence doit appartenir à l'opérateur économique qui, tel qu'identifié dans la note de présentation du candidat (voir point 7 annexe 2), sera chargé de la gestion du marché public de travaux (lors de sa passation-rédaction du cahier des charges et lors de son exécution), faisant par le biais de cette référence la preuve de sa compétence en cette matière.

Concernant la compétence stabilité, la liste des missions comprendra au minimum une référence livrée (réception provisoire des travaux obtenue) d'un ouvrage d'art de franchissement aérien (pont, passerelle, etc.) dont la longueur de franchissement est supérieure à 15 m. Cette référence doit appartenir à l'opérateur économique qui sera chargé de la stabilité, faisant par cette dernière la preuve de sa compétence en cette matière ».

L'annexe 2 à l'avis de marché précise le contenu des documents composant la candidature relatifs au critère de capacité technique et professionnelle dans les termes qui suivent :

« 4. Pour chaque opérateur économique, une liste reprenant les missions menées dans les 5 dernières années pouvant constituer des références, livrées ou non, pour le présent marché (voir section III.1.2 Capacité technique et professionnelle).

Ces missions seront triées par compétence assumée par cet opérateur économique pour le présent marché. Pour chaque mission, seules les informations suivantes seront fournies :

(ATTENTION : l'ajout d'autres informations ou de visuels est exclu) :

• titre : nom du projet + type de programme + ampleur (ex : Eurêka – ensemble de 50 logements);
• lieu (commune + pays);
• date(s);
• statut du projet (en cours – précisez l'étape –, réalisé ou marché remporté);
• destinataire;
• montant des travaux liés à la compétence visée (le cas échéant);
• superficie;
• type de maîtrise d'œuvre (association momentanée, sous-traitance, collaboration extérieure, etc.),
• type d'intervention (rénovation, nouvelle construction, etc.);

Parmi cette(ces) liste(s), la sélection de références "NIVEAUX MINIMAUX"

Conformément à la section III.1.3) relative à la capacité technique et professionnelle, une (des) référence(s) devra(ont) être sélectionnée(s) au sein de la liste de l'opérateur économique (ou de l'un des opérateurs économiques) afin de satisfaire au(x) niveau(x) spécifique(s) minimal/minimaux exigé(s). Toute liste des missions d'un opérateur économique concerné (qui apporte la satisfaction à un niveau minimal d'exigence) sera donc précédée d'une page introductive identifiant clairement la référence choisie pour répondre au niveau spécifique minimal exigé à laquelle sera annexé un document probant permettant de comptabiliser l'ancienneté de la référence. Cette sélection de références "niveaux minimaux" n'est pas à confondre avec la sélection de références pertinentes mentionnée au point 8 et vient en sus ».

7. L'avis de marché annonce que le nombre minimal de candidats invités à participer est fixé à trois et le nombre maximal à cinq. Il est précisé que les critères objectifs de limitation du nombre de candidats retenus sont détaillés dans une annexe 2.

Selon cette annexe 2, les « critères mobilisés pour limiter le nombre de candidats retenus » sont les suivants :

« Critère n° 1 – la motivation du candidat par rapport à l'objet du marché : évaluée sur [la] base d'une note expliquant ses motivations à présenter sa candidature et faisant valoir comment il entend mettre en œuvre son savoir-faire compte tenu de l'objet du marché, du contexte existant, des contraintes et enjeux qu'il y perçoit.

Critère n° 2 – l'adéquation du profil du candidat par rapport à l'objet du marché : évaluée sur [la] base d'une note de présentation du candidat, de la (ou des) liste(s) des missions des 5 dernières années ainsi que des éventuels prix ou publications;

Critère n° 3 – la pertinence et la qualité de trois références choisies par le candidat par rapport à l'objet du marché : évaluée sur [la] base d'une présentation détaillée de chaque référence (textes et visuels). Les trois références (construites ou non) présentées dateront des 7 dernières années) ».

La même annexe précise le contenu des documents relatifs à la présentation des trois références choisies au titre du troisième critère de limitation des candidats retenus, dans les termes qui suivent :

« 8. La présentation détaillée de trois références PERTINENTES (construites ou non). Ces dernières sont choisies par le candidat par rapport à l'objet du marché et datent des 7 dernières années.

Les trois références seront directement encodées en ligne.

Pour chaque référence, les renseignements suivants seront fournis :

• Nom du projet et localisation (commune + pays)
• Opérateur(s) économique(s faisant partie du groupement candidat) concerné(s) et prestation(s) assumée(s) pour ce projet (par exemple : architecture, scénographie, paysage,… + préciser si mission partielle : études, suivi d'exécution, etc.).
• Éventuels autres opérateurs économiques tiers (extérieurs au candidat) jouant un rôle significatif dans la référence (par exemple : architecte mandataire ou en association momentanée, paysagiste, scénographe,…).
• Un texte introductif expliquant le choix de la référence (max 300 signes espaces compris);
• Un texte de présentation de la référence expliquant l'approche (prise en compte des problématiques et du contexte existants et concept ou solutions proposés), ainsi que le rôle de l'opérateur (ou des opérateurs) économique(s) faisant valoir cette référence. (max 2000 signes, espaces compris);
• Des documents graphiques nécessaires à la compréhension de la référence et permettant d'en évaluer la qualité (max 6 visuels : 1 visuel = 1 photo ou 1 schéma ou 1 croquis ou 1 série de plans ou 1 série de coupes ou tout autre visuel unique);

• Les données du projet, à savoir :
  o Le maître d'ouvrage
  o le budget des travaux : indication du montant des travaux (décompte final pour les projets réalisés, estimation à jour pour les projets en cours, estimation au stade de l'offre pour les concours non remportés). Les montants à renseigner ici sont uniquement ceux des travaux liés aux services prestés par le(s) opérateur(s) économique(s) (si plusieurs, indiquer le total et détailler dans la note explicative) faisant partie du groupement candidat pour le présent marché (par exemple : s'il s'agit d'un scénographe ayant travaillé pour un architecte tiers au groupement : mentionner uniquement le montant des travaux de scénographie et pas celui de l'opération architecturale globale). Ces montants pourront être accompagnés au besoin d'une note explicative (pour détailler certains éléments budgétaires);
  o le statut du projet (en cours – précisez l'étape –, réalisé, non abouti – précisez l'étape de clôture – ou marché remporté ou non – précisez svp –);
  o la surface brute (surface murs et circulations inclus tous niveaux inclus ou dimension de l'ouvrage avec superficie des abords);
  o Les dates suivantes (le cas échéant), au minimum devront être renseignées : dépôt du projet pour le marché de services/concours, début et fin des études, début et fin du chantier et réception provisoire;
• En cas de référence n'étant plus en cours, le document probant permettant de comptabiliser l'ancienneté de la référence.

La présentation devra permettre de saisir la pertinence de la référence par rapport à l'objet du marché. Cette sélection de références pertinentes n'est pas à confondre avec la sélection de références "niveaux minimaux" mentionnée au point 4 et vient en sus ».

8. Treize candidats déposent une demande de participation, dont le groupement SEA/Escaut (parties requérantes) et le groupement Greisch/Canevas (parties intervenantes).

Les demandes de participation font apparaître que deux références, présentées au titre du troisième critère de limitation du nombre de candidats retenus, sont présentées à la fois par les parties requérantes et par les parties intervenantes. Il s'agit des références relatives à « la Belle Liégeoise » et à « l'Enjambée » à Namur.

Les attestations de bonne exécution présentées par les parties intervenantes sont établies pour « la société momentanée Greisch-Corajoud-Salliot-Taborda », en ce qui concerne la Belle Liégeoise et pour « le Bureau Greisch » en ce qui concerne l'Enjambée.

Les attestations de bonne exécution présentées par les parties requérantes sont établies pour les mêmes opérateurs économiques. Toutefois, deux encadrés précisent ce qui suit, respectivement pour « la Belle Liégeoise » et pour « l'Enjambée » :

« Au sein de l'équipe, [V. S.], en tant qu'Architecte, Ingénieur et Concepteur, a développé les esquisses, les avant-projets et le projet définitif. Il était également

responsable pour les études et le suivi d'exécution. Il a donné satisfaction pour la réalisation de la mission »;

« Au sein de l'équipe, [V. S.], en tant qu'Architecte, Ingénieur Directeur de Projet et Concepteur, a développé les esquisses, les avant-projets et le projet définitif. Il était également responsable pour les études et le suivi d'exécution.

Au sein de l'équipe, [C. P.], en tant qu'Ingénieur chef de projet, a réalisé et coordonné les études d'avant-projet, de projet et d'exécution ainsi que les documents de permis d'urbanisme et du dossier d'adjudication.

Ils ont tous deux donné satisfaction pour la réalisation de la mission ».

9. Le 26 avril 2021, les services de la Communauté française adressent le courriel suivant aux parties requérantes et aux parties intervenantes :

« Suite à la pré-analyse de vos candidatures respectives dans le cadre du marché mentionné en objet, la commission technique constate que celles-ci valorisent toutes les deux les mêmes références, à savoir la Belle Liégeoise et l'Enjambée à Namur.

Pourriez-vous clarifier de quelle façon ces références peuvent être valorisées pour vos 2 candidatures en fonction de la nature des relations entre vos deux structures et du rôle joué par chacun dans ces références à l'époque de leur réalisation.

À ces fins, merci de nous décrire de manière rigoureuse, la compétence assumée pour la mission, son étendue, les phases du projet suivies et les opérateurs tiers. Nous pourrons ainsi présenter ces références de manière cadrée aux membres du jury ».

Dans leur réponse, les parties requérantes font valoir, en substance, que si les missions contractuelles pour ces deux références ont été attribuées au bureau Greisch, les prestations ont été réalisées par V. S., fondateur de SEA, qui était à l'époque associé principal, administrateur, membre du comité de direction et, depuis 2014, en charge de la direction de la conception. Elles précisent que V. S. a réalisé la conception architecturale et structurelle des deux références et a été le directeur de projet tout au long de leur déroulement.

Les parties intervenantes indiquent que, pour ces deux références, le bureau Greisch s'est vu confier des missions complètes et qu'il les a assumées dans leur ensemble, qu'aucune relation n'existait entre le bureau Greisch et la société SEA qui n'était d'ailleurs pas constituée à l'époque et que V. S., qui faisait partie du bureau Greisch en tant qu'associé, a participé à ces projets au sein d'une équipe de plus de trente personnes.

De nombreux échanges de courriels suivent entre, d'une part, les parties requérantes et la partie adverse et, d'autre part, les parties intervenantes et la partie adverse. Il y est notamment question des relations contractuelles entre le bureau

Greisch et V. S. et des dispositions relatives à l'usage futur des références. V. S. invoque, par ailleurs, la propriété intellectuelle de ces références.

Le 5 mai 2021, les services de la Communauté française adressent le courriel suivant aux parties requérantes et aux parties intervenantes :

« Suites à nos différents échanges, nous continuons à recevoir des informations contradictoires, bien qu'étayées par des documents divers.

Nous ne pouvons nous immiscer plus loin dans vos affaires d'ordre privé et avons pris la décision de ne pas poursuivre les investigations plus en avant. Les éventuelles suites que vous voudriez leur donner sont laissées à votre appréciation.

N'ayant pas les éléments qui nous permettraient de trancher dans un sens ou dans l'autre, nous ne sommes pas en mesure d'écarter ces références pour la candidature de SEA. Elles seront donc bel et bien présentées au jury ».

10. À une date que le dossier administratif ne permet pas de déterminer, la commission technique du comité de sélection réalise une analyse préalable des dossiers de candidature.

Selon le rapport établi par le comité de sélection, la commission technique conclut que deux candidatures sont tardives et ne peuvent être retenues. Elle estime, en revanche, que « tous les autres candidats satisfont aux critères de sélection ».

11. Le 7 mai 2021, le comité de sélection se réunit afin de sélectionner trois à cinq candidats, sur la base des trois critères de limitation du nombre de candidats.

En ce qui concerne le troisième critère, le comité donne l'appréciation suivante aux parties requérantes :

« Critère n° 3 – la pertinence et la qualité de trois références choisies par le candidat

Le candidat a choisi, comme références : 1 "La Belle Liégeoise" (passerelle cyclo-piétonne) pour SEA (mandataire du groupement désigné pour les compétences architecture et stabilité), 2 "L'enjambée à Namur" (passerelle cyclo-piétonne) pour SEA (mandataire du groupement désigné pour les compétences architecture et stabilité) et 3 "Phénix 4,8 à Charleroi" (passerelle cyclo-piétonne et aménagement des abords) pour Escaut (membre du groupement désigné pour la compétence architecture).

Les trois références répondent à l'échelle du projet proposé et font valoir un savoir-faire en matière de programme similaire au marché, d'intégration paysagère et urbaine, d'approche contextuelle et de légèreté structurelle. La référence 3 fait en outre valoir un savoir-faire en matière d'espace public. Les

références permettent donc de démontrer une expérience sur les principaux enjeux du marché. Le comité met en outre en évidence la qualité particulière des références proposées qui entrent bien en adéquation avec le marché.

Le choix de ces références est jugé très convaincant ».

Les parties intervenantes recueillent l'appréciation suivante :

« Critère n° 3 – la pertinence et la qualité de trois références choisies par le candidat

Le candidat a choisi, comme références : 1 "La Belle Liégeoise" (passerelle cyclo-piétonne) pour Greisch (mandataire du groupement désigné pour la compétence stabilité), 2 "L'enjambée à Namur" (passerelle cyclo-piétonne) pour Greisch (mandataire du groupement désigné pour la compétence stabilité) et 3 "Mise à gabarit de l'Escaut à Tournai" pour Greisch (mandataire du groupement désigné pour la compétence stabilité).

Les références 1 et 2 répondent à l'échelle du projet proposé et font valoir un savoir-faire en matière de programme similaire au marché, d'intégration paysagère et urbaine, d'approche contextuelle et de légèreté structurelle. La référence 3 fait principalement valoir une bonne connaissance et une expérience du site. Les références permettent donc de démontrer une expérience sur la grande majorité des enjeux principaux du marché. Le comité met en outre en évidence la qualité particulière des références 2 et 3.

Le choix de ces références est donc jugé convaincant ».

En conclusion, la proposition du comité de sélection est la suivante :

« [...]

Considérant qu'au terme de la délibération le comité retient les dossiers des candidats 02, 03, 07, 10 et 11 pour les raisons suivantes :

• Les candidatures n° 02 – Groupement Baukunst/Util et 07 – Groupement MSA/Ney cumulent note de motivation appropriée, profil très adéquat et choix de références très convaincant.

• La candidature n° 10 – Groupement SEA/Escaut cumule note de motivation appropriée, profil adéquat et choix de références très convaincant.

• Les candidatures n° 03 – Groupement Explorations/Bollinger Grohmann et n° 11 – Groupement Greish/Canevas cumulent note de motivation appropriée, profil adéquat et choix de références convaincant.

Le Comité propose :

- de sélectionner les candidats suivants :

[...]

- Candidat n° 10 – Groupement SEA/Escaut
- Candidat n° 11 – Groupement Greisch/Canevas

- de ne pas retenir les candidats suivants :

[...] ».

12. Le 1er juillet 2021, la représentante de la cellule Architecture au sein du comité technique adresse le courriel suivant aux services de la partie adverse :

« Je te reviens comme promis afin de te communiquer l'avis de la DMPA (avis cabinet externe) concernant la problématique Greisch/[V. S.] (voir PJ).

Cet avis est très complet et après avoir fait le tri entre les différents arguments, il ressort que nous devons respecter en priorité les formulations des documents du marché (Avis et annexe 02) qui stipulent bien que les références pertinentes présentées par le candidat doivent appartenir à l'opérateur économique.

Sur cette base, il faut donc écarter la candidature de SEA/Escaut de la sélection. On s'en tient donc aux 4 autres candidatures actuellement retenues qui offrent déjà une palette de profils assez différents et donc, on peut l'espérer, d'offres diversifiées qui seront susceptibles de nourrir le débat au moment du jury d'attribution.

Le PV de sélection ne doit pas être modifié car nous n'avions pas connaissance de ces éléments lors de la tenue du premier jury. Par contre, la décision motivée reprendra ces éléments et leur conclusion en vue de proposer la solution retenue.

[...] ».

L'avis auquel il est fait référence ne figure pas dans le dossier administratif.

13. Le 8 juillet 2021, le conseil communal de la partie adverse décide :

« Article 1er : D'approuver le rapport du comité de sélection des candidatures pour le marché "Traversée de la 'passerelle de l'Arche'. Désignation d'un auteur de projet en vue de l'étude et du suivi de l'exécution des travaux de construction d'une nouvelle liaison cyclo-piétonne" transmis par la cellule architecture Fédération Wallonie-Bruxelles. De considérer le rapport d'examen des candidatures en annexe comme partie intégrante de la présente délibération.

Article 2 : De ne pas retenir les candidatures de Groupement Meunier Westrade/TPF/Bruyere/AREP, Groupement Gapfa/Elmes/Bas, Groupement Arter/Ld2/Primary, Groupement Honoré (AIUD/Ricciotti/Lamoureux et Ricciotti), Groupement Samyn/Verbeeck, Groupement Schaich/Bergermann/Matador, Groupement Burgos & Garrido/FHECOR (candidature tardive) et Groupement TANK/Karbon/MC carré (candidature tardive) sur [la] base des motifs repris dans le rapport du comité de sélection.

Article 3 : De ne pas retenir la candidature du Groupement SEA/ESCAUT sur [la] base de l'analyse de la Cellule Architecture de la Fédération Wallonie-Bruxelles.

Article 4 : De retenir les candidatures de Groupement Baukunst/util, Groupement Explorations/Bollinger Grohmann, Groupement MSA/NEY, et Groupement Greisch/Canevas aux motifs repris dans le rapport du Comité de sélection.

Article 5 : D'en informer les susdits candidats.

Article 6 : De transmettre la présente délibération à la cellule d'architecture de la Fédération Wallonie-Bruxelles ».

Cette décision comporte, notamment, les motifs suivants :

« Considérant le *mail* daté du 01 juillet 2021 de la Cellule Architecture de la Fédération Wallonie-Bruxelles indiquant qu'il ressort de son analyse que "nous devons respecter en priorité les formulations des documents du marché (Avis et Annexe 02) qui stipulent bien que les références pertinentes présentées par le candidat doivent appartenir à l'opérateur économique".

Considérant que sur [la] base de l'analyse de l'avis de marché et des documents remis par les candidats, la candidature n° 10 du groupement SEA/Escaut ne répond pas à la condition prévue par l'avis de marché suivant lequel les références produites doivent appartenir à l'opérateur économique; en l'occurrence, sur les trois références proposées par le candidat pour répondre au critère n° 3, deux d'entre elles ne lui appartiennent pas, à savoir : la référence pertinente n° 01 "La Belle Liégeoise" (passerelle cyclo-piétonne) et la référence pertinente n° 02 "L'enjambée à Namur" (passerelle cyclo-piétonne); les deux références précitées sont établies au nom de l'opérateur économique, la société Greisch.

Considérant que pour les motifs juridiques énoncés ci-avant, il y a lieu d'écarter la candidature n° 10 et de retenir de la proposition du jury de sélection que les seules candidatures n° 02, 03, 07 et 11 ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 13 août 2021, la SA Bureau d'études Greisch et la SCRL Canevas architecture et ingénierie, ayant formé le groupement Greisch-Canevas, demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Ces sociétés ont un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure, dans la mesure où, dans le cadre d'un marché pour lequel les deux groupements sont candidats, les parties requérantes font valoir l'usage de références à deux missions antérieures, dont les parties intervenantes revendiquent l'exclusivité.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

V.1.1. La requête

Les requérantes prennent un deuxième moyen de la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 'relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions' et, plus précisément, du devoir de motivation matérielle, des dispositions prévues dans l'avis de marché, de son annexe 2 et de la méthode d'évaluation définie dans le rapport de sélection des candidatures, du principe « *patere legem quam ipse fecisti* », du principe de transparence, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 'relative à la motivation formelle des actes administratifs' et de la commission de plusieurs erreurs manifestes d'appréciation.

Après avoir rappelé la portée des dispositions et principes dont la violation est invoquée, elles divisent leur moyen en trois branches.

Dans une première branche, elles invoquent « l'irrespect par la partie adverse de l'avis de marché ainsi que la confusion entre les exigences minimales de capacité technique et professionnelle et le critère n° 3 de limitation des candidatures ». Elles font valoir que « l'appartenance des références n'est requise qu'en ce qui concerne la démonstration du respect des exigences minimales de capacité technique et professionnelle ». Leur argumentation se lit comme il suit (les notes infrapaginales sont omises) :

« 37. Tout comme il l'a été exposé sous le titre "antécédents", le chapitre III.1.3 de l'avis de marché prévoit des critères de sélection qualitative dont des exigences minimales aux fins de satisfaire au niveau de capacité technique, à savoir la présentation d'une référence en matière de stabilité et d'une référence en matière d'architecture dont il est expressément prévu qu'"elles doivent appartenir à l'opérateur économique (…), faisant par cette dernière la preuve de sa compétence en cette matière".

Il n'est pas contesté que les requérantes satisfont à ces exigences dès lors qu'elles ont produit des références appartenant à chacun de ses membres.

38. Le critère n° 3 se distingue par contre des exigences minimales de capacité technique en ce qu'il est destiné à limiter le nombre de candidats sélectionnés. C'est ainsi qu'il prévoit que le comité de sélection départagera les candidats sélectionnés en raison de "la pertinence et la qualité de trois références choisies par le candidat par rapport à l'objet du marché : évaluée sur [la] base d'une présentation détaillée de chaque référence (textes et visuels). Les trois références (construites ou non) présentées dateront des 7 dernières années)".

Dans son rapport, le comité explicite d'ailleurs la méthode d'évaluation de ce critère comme suit :

> Afin d'évaluer les 3 références choisies par le candidat: à quel point leur choix est pertinent, c'est-à-dire approprié au marché et témoin d'un savoir-faire de qualité. Pour éviter tout malentendu, c'est donc bien le caractère **pertinent** des références qui est à considérer plutôt qu'une éventuelle similitude à la question posée (comme c'est le cas dans d'autres marchés du même type), la pertinence pouvant se décliner selon différentes approches. Il n'est donc pas tant question de similarité de programme que de problématiques similaires. À nouveau, l'objectif est de voir si les candidats auteurs de projet ont bien compris les enjeux spécifiques du présent marché et peuvent démontrer leur savoir faire face à ces enjeux.

39. L'objectif du critère qui selon l'annexe 2 de l'avis de marché d'ailleurs (point 8 dernier §) "n'est pas à confondre avec la sélection de références 'niveaux minimaux'" est de démontrer "le savoir-faire" du "candidat auteur de projet". Il n'est nullement requis que ces références appartiennent à ce dernier. Tout comme il sera développé sous la branche suivante, le savoir-faire d'un candidat peut parfaitement être démontré par l'expérience du personnel et des équipes qui le compose quand bien même cette expérience a été acquise auprès d'autres opérateurs économiques.

40. En conditionnant donc l'évaluation de ce critère au respect formel d'une exigence non prévue, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et violé le principe "*patere legem quam ipse fecisti*" visé au moyen.

41. À supposer – *quod non* – qu'il y ait un doute quant à l'interprétation du critère de limitation n° 3, dès lors que le contrat de marché public est d'adhésion, pèse, dans le chef du pouvoir adjudicateur, une véritable obligation de bonne rédaction du contrat, dépourvue d'obscurité et d'ambiguïté. Il s'agit là d'une obligation de résultat dans son chef, sanctionnée par une interprétation à son encontre en cas de doute, étant la règle d'interprétation *contra proferentem*, selon laquelle :

[...]

42. En l'espèce, le "contraste" entre la définition des exigences minimales de capacité technique et professionnelle laquelle est expressément conditionnée à l'appartenance des références par le candidat et celle du critère n° 3 reposant uniquement sur le "savoir-faire des enjeux" doit se résoudre par une interprétation à l'encontre de son auteur, ce qui permet d'induire qu'il n'était nullement obligatoire que les références produites en application de ce critère appartiennent à l'opérateur économique, à savoir la SRL SEA, mais qu'au contraire, il soit admis que ce savoir-faire soit démontré de par l'expérience des effectifs des requérantes en ce compris celle de son architecte concepteur.

43. En ajoutant dans l'évaluation de ce critère n° 3 une condition qui était uniquement imposée dans l'appréciation des exigences minimales de capacité technique et professionnelle, la partie adverse a commis une erreur manifeste d'appréciation et confondu les exigences minimales précitées et les critères ayant pour finalité de limiter le nombre de candidats ».

Dans une deuxième branche, elles invoquent « l'irrespect par la partie adverse de la méthode d'évaluation préconisée pour le critère 3, l'interprétation inexacte de la notion de "savoir-faire" et l'inutilité du débat quant à l'appartenance des références ». Leur argumentation se lit comme il suit (les notes infrapaginales sont omises) :

« 44. La "propriété" desdites références ne devait pas être prise en considération par la partie adverse. L'acception du mot "savoir-faire" est la "compétence

acquise par l'expérience dans les problèmes pratiques, dans l'exercice d'un métier". Une telle démonstration d'autant plus en ce qui concerne "l'enjeu" peut parfaitement résulter de l'expérience, de la compétence du personnel ou encore des cadres qui exercent dans l'entreprise candidate. L'expérience de [V. S.] dont il est expressément et nominativement reconnu qu'il a été l'architecte concepteur responsable des études et du suivi de l'exécution des travaux afférents à "la belle Liégeoise" et à "l'Enjambée" (pièce 6 et 7 du dossier confidentiel) pouvait donc être mise en avant par les requérantes pour satisfaire à ce critère n° 3.

45. C'est d'ailleurs dans cet esprit que la FWB et le comité de sélection ont, avant le *mail* du 1er juillet 2021, interprété le critère n° 3 ainsi que sa méthode d'évaluation. À cet égard, il est intéressant de constater que le comité a défini les enjeux du projet en cause et rappelé, dans son rapport, les contours des différents critères de limitation des candidats :

- Rappel des enjeux principaux du projet :
  - inscription du projet au sein du processus participatif
  - organisation d'un concours d'architecture « transparent »
  - enjeux historiques du site et inscription au sein de la zone tampon Unesco de la Cathédrale et le Beffroi
  - connexion entre quartiers en pleine dynamique de revalorisation urbaine
  - accessibilité cyclo-piétonne et PMR (contrainte des pentes PMR)
  - valorisation des modes de transports doux
  - intégration paysagère et urbaine (échelle macro)
  - rapport aux berges et à l'espace public alentours (contrainte de l'espace disponible au niveau des berges)
  - choix de l'implantation (zone élargie)
  - valorisation des vues sur la Ville et l'Escaut

- Il est précisé que l'objectif de la sélection, outre la conformité aux critères de sélection qualitative, consiste à évaluer la capacité et le potentiel des candidats à exécuter le marché de services dont il est question en fonction des enjeux qui y sont liés.

  Il est convenu que ces enjeux trouvent écho dans les savoir-faire des candidats en matière, notamment, d'architecture et de stabilité, pour une inscription contemporaine de la passerelle dédiée à la mobilité douce dans le contexte urbain, paysager et historique du site. Le Comité confirme le caractère essentiel de ces enjeux au vu de l'objet du marché.

Pourtant définies par le comité après le dépôt des candidatures, les requérantes ont, dans leurs notes de présentation des références de "la belle Liégeoise" et de "l'Enjambée", imprégné l'approche et l'importance des enjeux; elles y développent, à travers l'œil et la plume de l'architecte concepteur en la personne de [V. S.], leur perception des projets réalisés dans un contexte urbanistique et paysagé complexe. Ce faisant et de par son rôle, elles présentent ces deux ouvrages d'art en fonction des différentes contraintes rencontrées tels l'implantation et la dissymétrie du site, la nécessité de conserver une ouverture sur le paysage, le maintien du gabarit de navigation, et ce aux fins d'obtenir un résultat en parfaite équation avec leur environnement direct et lointain, ce qu'a d'ailleurs pu vérifier le comité de sélection sur la base des documents graphiques, des photos et des plans joints par les requérantes.

Quel que soit le *background* professionnel de [V. S.], sa participation à la conception et aux études des ouvrages d'art référencés est incontestable. La présentation qu'il en a faite dans les différentes notes témoigne de la parfaite compréhension par les requérantes des contraintes et des enjeux en cause. La question de l'appartenance des références est donc en fait et en droit un faux débat. Celle-ci n'est pas dirimante et n'affecte nullement l'appréciation par l'adjudicateur du savoir-faire du candidat. Selon la Cour de Justice, "dans le cadre de la phase de sélection, la vérification de l'aptitude des soumissionnaires est, en effet, effectuée par les pouvoirs adjudicateurs conformément à l'article 148 des règles d'application, dont le paragraphe 1 prévoit que, notamment dans les procédures de passation des marchés publics ayant pour objet la prestation de services, la capacité technique et professionnelle des opérateurs économiques est

évaluée en tenant compte, notamment, de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité, à savoir les effectifs et l'expérience des soumissionnaires en général pour exécuter le marché".

46. Le comité de sélection l'avait d'ailleurs parfaitement compris. Alors qu'il est informé du fait que "la belle Liégeoise" et "l'Enjambée" sont des ouvrages dont la mission avait été contractuellement confiée par le SPW à un candidat composé de la SA GREISCH (et non aux requérantes), il jugea néanmoins que le choix de ces références par les requérantes était "très convaincant". Qualificatif uniquement exprimé à l'égard de 3 candidats sur 11… :

Critère n°3 - la pertinence et la qualité de trois références choisies par le candidat
Le candidat a choisi comme références : 1 « La Belle Liégeoise » (passerelle cyclo-piétonne) pour SEA (mandataire du groupement désigné pour les compétences architecture et stabilité), 2 « L'enjambée à Namur » (passerelle cyclo-piétonne) pour SEA (mandataire du groupement désigné pour les compétences architecture et stabilité) et 3 « Phénix 4,8 à Charleroi » (passerelle cyclo-piétonne et aménagement des abords) pour Escaut (membre du groupement désigné pour la compétence architecture).

Les trois références répondent à l'échelle du projet proposé et font valoir un savoir-faire en matière de programme similaire au marché, d'intégration paysagère et urbaine, d'approche contextuelle et de légèreté structurelle. La référence 3 fait en outre valoir un savoir-faire en matière d'espace public. Les références permettent donc de démontrer une expérience sur les principaux enjeux principaux du marché. Le comité met en outre en évidence la qualité particulière des références proposées qui entrent bien en adéquation avec le marché.

Le choix de ces références est donc jugé très convaincant.

Si l'appartenance des références conditionnait l'appréciation du critère n° 3, le comité de sélection aurait, dans son rapport, d'ores et déjà estimé que ce choix ne démontrait pas le savoir-faire des requérantes. Tel ne fut pas le cas.

47. Au surplus, l'on observe que le point 8 de l'annexe 2 à l'avis de marché (pièce 2) autorise la production de références "construites ou non", ce qui, met l'accent sur les études et la conception du projet, mais surtout ne fait pas obstacle à la possibilité qu'au stade de l'exécution proprement dit, cette référence ne soit jamais construite ou encore qu'elle l'ait été sous le contrôle et le suivi d'un tiers (et non du candidat), notamment en cas de recours à des mesures d'office.

48. En décidant, au mépris des termes contenus dans l'avis de marché, de son annexe 2 ainsi que de la méthode d'évaluation telle que précisée dans le rapport de sélection, de ne pas retenir la candidature des requérantes en raison de l'appartenance des références à un autre opérateur économique, la partie adverse n'a pas concrètement évalué le savoir-faire des requérantes. Partant, elle a dénaturé le critère n° 3 ainsi que sa méthode d'évaluation et commis une erreur manifeste d'appréciation ».

Dans une troisième branche, elles reprochent un « défaut de motivation formelle ». Elles font valoir que « les motifs de l'acte attaqué ne permettent de comprendre la raison pour laquelle le prétendu défaut d'appartenance des références impliquerait *de facto* et *de iure* un défaut de savoir-faire ». Leur argumentation se lit comme il suit (les notes infrapaginales sont omises) :

« 49. Cette branche est le corollaire de la deuxième. À supposer, *quod non*, que l'appartenance des références relève de l'appréciation des candidatures en fonction du critère n° 3, faut-il encore que la motivation exprime la raison pour laquelle cette nouvelle condition implique systématiquement un défaut de savoir-faire et l'écartement de l'offre.

50. L'acte attaqué est muet à cet égard, ce qui contrevient à l'obligation de motivation formelle prévue aux dispositions visées au moyen ».

V.1.2. La note d'observations

La partie adverse rappelle les principes applicables à la procédure concurrentielle en deux phases. Elle constate que « la réglementation en matière de marchés publics ne donne pas d'autre indication sur la définition du terme "référence" en matière de sélection qualitative, ou sur des règles spécifiques à appliquer aux critères de limitation du nombre de candidats en phase de sélection, dont rien n'indique qu'ils sont distincts de la phase de sélection qualitative et devraient se voir appliquer d'autres règles particulières que celles prévues à ce sujet dans la législation ».

Elle fait ensuite valoir ce qui suit (les références infrapaginales sont omises) :

« 2.- Il est constant en phase de sélection que, lorsque des références sont demandées comme moyen de preuve, celles-ci doivent appartenir à l'opérateur économique qui a exécuté la mission faisant l'objet de la référence.

Les attestations de bonne exécution qui prouvent l'exactitude de ces références renseignent en général la dénomination de l'opérateur économique, donnant foi à l'effectivité de sa bonne exécution de la mission renseignée.

La référence à la même mission ne peut, en conséquence, être utilisée comme élément de preuve de sa capacité par deux opérateurs économiques différents, sauf à avoir exécuté la mission conjointement.

Dès lors qu'un opérateur économique mentionne dans la liste de références communiquée au pouvoir adjudicateur une référence qui ne correspond pas à celle demandée dans les documents du marché, celle-ci ne peut pas être prise en compte. Le devoir de minutie auquel le pouvoir adjudicateur est astreint ne lui impose pas de remédier aux manquements des soumissionnaires (ou des candidats) en leur demandant de produire une référence qu'ils sont tenus de communiquer en vertu des exigences prescrites par les documents du marché (CE, n° 222.651, 27 février 2013).

Rien ne permet de penser dans la réglementation sur les marchés publics que le terme de "référence" doive s'entendre différemment entre la sélection qualitative "seuils minimaux" et la sélection qualitative "limitation du nombre de candidats".

C'est un moyen de preuve communément admis.

Il est néanmoins imaginable qu'un pouvoir adjudicateur ne limite pas les moyens de preuve en phase de sélection à de seules références, mais ouvre la possibilité, pour des candidats ou soumissionnaires, d'apporter la preuve de leur expérience par tout autre moyen pertinent.

3.- Pour la phase sélection, il convient de distinguer les opérateurs économiques de leurs agents, membres ou dirigeants. La personnalité, l'expérience ou la qualité du personnel d'un opérateur économique constitue d'ailleurs un critère de sélection en lui-même.

Il est à cet égard constant que c'est bien l'opérateur économique, comme personne morale quand il est constitué comme tel, exécutant la mission et obtenant une attestation de bonne exécution, qui est et reste titulaire de la référence considérée tant que sa personnalité morale subsiste.

En ce sens, la référence “appartient” à une personne morale déterminée.

Cette personnalité peut être continue entre plusieurs opérateurs économiques au terme d’opérations organisées par le droit des sociétés (fusion, absorption, scission, etc.).

Ceci est d’autant plus important pour les marchés publics portant sur des services dont la personnalité de l’adjudicataire est un élément essentiel du contrat (*intuitu personae*), comme un marché d’architecture. En effet, dans ce cas de figure, l’opérateur économique aura régulièrement été désigné et aura pu exécuter le marché en raison de sa personnalité même, qui ne se résume pas à ses membres à un moment particulier dans le temps.

Votre Conseil le confirme, notamment dans son arrêt n° 221.600 du 30 novembre 2012, S.A. Artbel, lorsqu’il dispose, après avoir rappelé le pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur dans la détermination des éléments de preuve et références acceptés, que :

“En l’espèce, et alors que le cahier spécial des charges du marché litigieux invitait les soumissionnaires à joindre à leur offre une liste des services similaires qu’ils avaient réalisés au cours des trois dernières années, la requérante ne peut être suivie lorsqu’elle soutient que rien ne s’opposait à ce qu’elle se prévalût de l’expérience de son administrateur-délégué. Celui-ci ne peut, en effet, être confondu avec la personne morale au nom de laquelle il agit et qui, en l’espèce, a, seule, la qualité de soumissionnaire. De surcroît, la thèse soutenue par la requérante ne pourrait s’autoriser que d’une lecture de l’article 71 précité (NB : prédécesseur de l’article 68 de l’ARP), confondant les personnes physiques ou morales respectivement évoquées au titre des différentes références, alors que les termes en lesquels ces dispositions sont libellées interdisent une telle confusion.”

Il s’en déduit que, pour ce qui concerne les personnes morales, la phase de sélection porte sur la sélection de la personne morale et non de ses dirigeants, qui ne peuvent être considérés comme emportant avec eux les références appartenant à la personne morale quittée.

En effet, les opérateurs économiques, personnes morales, sont plus que la somme des qualités individuelles des membres qui les composent, comprenant du personnel administratif, des processus internes, un fonctionnement d’équipes, la propriété intellectuelle d’éléments de savoir-faire particuliers, etc. La réglementation sur les marchés publics ne consacre par ailleurs aucune exception à ce principe pour les services d’architecture ».

Elle s’attache, ensuite, à appliquer ces principes au cas d’espèce. À cet égard, elle fait valoir ce qui suit :

« 1.- La première phase d’une procédure concurrentielle avec négociations concerne la sélection qualitative des candidats et doit se voir appliquer les règles de sélection pour l’ensemble de cette phase, en ce compris la limitation du nombre de candidats, pour laquelle la législation ne prévoit aucun régime réglementaire spécifique.

L’avis de marché confirme l’unicité de cette phase de sélection en l’espèce en décrivant le déroulement de la procédure de passation comme suit (titre VI.3.) :

[...]

Le critère n° 3 de limitation du nombre de candidats est relatif à la “pertinence et la qualité de trois références” selon son intitulé même. Il convient donc de s’interroger (pour peu qu’il y ait un doute à ce sujet) sur la notion de “référence”, telle qu’entendu par la partie adverse dans les documents du marché.

Pareil sens clair n'appelle, en principe, aucune interprétation particulière, et les contours de ce terme ont été définis au titre III.A, ci-avant.

On peut néanmoins se pencher sur ce qu'en a dit la partie adverse dans l'avis de marché et son annexe 2 pour confirmer que c'est bien le terme usuel de référence qui a été utilisé, tant pour les seuils minimaux que pour la limitation du nombre de candidats, et que, si ces références variaient dans leur contenu, il n'y a aucune raison de penser que la nature du moyen de preuve soit différente.

En l'espèce, l'avis de marché porte une mention "ATTENTION", répétée en page 3 de son annexe 2, qui en fait partie intégrante, dans laquelle il est expressément prévu que les références renseignées pour le seuil minimal de capacité technique doivent appartenir à l'opérateur économique qui sera chargé de l'exécution du marché.

Le titre 4 de l'annexe 2 à l'avis de marché confirme bien qu'il s'agit d'une liste des missions de l'opérateur économique concerné (surligné dans l'annexe).

Le titre 8 de l'annexe 2 à l'avis de marché, concernant plus particulièrement les critères ayant pour objet la limitation du nombre de candidats, impose, parmi les informations à renseigner pour chaque référence :

- de mentionner quel opérateur économique, membre du groupement déposant une candidature, a participé à la mission faisant l'objet de la référence concernée (second tiret de ce titre);

- de renseigner les autres opérateurs économiques ayant participé à la mission faisant l'objet de la référence et leur rôle particulier (troisième tiret de ce titre);

- de détailler le rôle de l'opérateur économique faisant valoir la référence (cinquième tiret de ce titre).

[...]

2.- Le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation quant aux preuves qu'il estime admissibles, et peut définir celles-ci très largement dans les documents du marché.

La différence entre le seuil minimal du critère expérience et les règles de limitation du nombre de candidats sur base du critère expérience, rappelée sous le titre 8 précité ("ne pas confondre", dont la requérante fait grand cas), a trait au caractère spécifique des références demandées pour limiter le nombre de candidats.

Le pouvoir adjudicateur attire grâce à cette mention l'attention des candidats, pour la limitation du nombre de candidats, sur le fait qu'il faille ailler au-delà de la référence unique demandée pour satisfaire au "seuil minimum de capacité". Les candidats doivent faire état de références visant des ouvrages plus nombreux, sur un laps de temps plus important, et nécessitant une justification de pertinence par rapport à l'objet du marché (passerelle cyclo-piétonne.)

Rien n'indique cependant une variation dans le terme de "référence". Il s'agit tantôt d'une "référence" utile pour les seuils minimaux, tantôt d'une "référence" utile pour la limitation du nombre de candidats.

"Référence" dont le contenu peut varier selon les termes de l'avis de marché et son annexe, mais il n'en reste pas moins que le moyen de preuve reste une

“référence”, qui n’a pas de sens pluriel, ni en droit des marchés publics, ni en l’espèce.

Seule différence par rapport à la référence “seuil minimum”, le pouvoir adjudicateur n’a pas imposé que les références “limitation du nombre de candidats” appartiennent à un opérateur économique unique. Lesdites références peuvent en effet concerner une mission ayant fait l’objet d’un travail collaboratif ce qui explique qu’il soit demandé d’identifier les opérateurs économiques tiers ayant participé à la mission dont la référence est vantée mais aussi le rôle précis de l’opérateur économique faisant état de cette référence et de ces tiers.

Ces références devaient néanmoins appartenir au candidat au moins en partie. C’est ce qu’acte la motivation de la décision de sélection, qui vise l’intégralité de l’avis de marché et de son annexe sur le caractère des références demandées.

Un candidat ne pouvait pas non plus, pour la référence “seuil minimal”, faire appel à la capacité de tiers, au sens de l’article 73 de l’ARP (ce que ne fait pas la requérante en l’espèce).

Ceci a également trait au contenu de la référence, non à sa nature.

Ainsi, la demande de références pour la limitation du nombre de candidats, contrairement à celle pour atteindre le seuil minimum, n’excluait pas que l’opérateur économique qui se prévaut de la référence n’ait été chargé que d’une fraction de la mission référencée, auquel cas le candidat devait alors détailler la partie de la mission dont il a eu la charge.

Il se déduit de l’exigence de conditions descriptives accompagnant la référence, si tant est qu’une interprétation soit nécessaire, qu’un membre du groupement déposant une candidature doive dans tous les cas avoir au moins réalisé des prestations (pas forcément toutes) dans le cadre de la mission vantée à titre de référence.

3.- Contrairement à ce que prétend la requérante, il ne peut être déduit de l’absence de la mention dans le titre 8 de l’annexe 2 à l’avis de marché “Attention : les références doivent appartenir à l’opérateur économique qui en font état”, précitée *in extenso*, que les références renseignées pour la limitation du nombre de candidats puissent renvoyer à des missions auxquelles l’opérateur économique proposant sa candidature (en groupement ou non) n’aurait pas participé.

Il ne peut être déduit des termes du titre 8 de l’annexe 2 aucune autre définition alternative de “référence” que celui entendu habituellement en droit des marchés publics appliqué à la sélection qualitative.

4.- Le terme d’opérateur économique est défini en page 1 de l’Annexe 2 à l’avis de marché sans ambiguïté : “toute personne physique ou morale de droit public ou de droit privé qui offre des services sur le marché.”

De manière tout aussi claire, le critère de limitation du nombre de candidats fait état d’un critère orienté autour de références :

“Critère n° 3 – la pertinence et la qualité de trois références choisies par le candidat par rapport à l’objet du marché : évaluée sur [la] base d’une présentation détaillée de chaque référence (textes et visuels). Les trois références (construites ou non) présentées dateront des 7 dernières années).”

Le titre 1 de l'annexe 2 (page 3), listant les documents à remettre par les candidats est également très clair, lorsqu'il sollicite une identification des opérateurs économiques déposant une candidature et de leurs statuts, mais aussi que chaque opérateur économique doit assumer une compétence :

[...]

L'opérateur économique est donc bien la personne morale remettant offre. Cet opérateur économique doit se voir attribuer une compétence. Son savoir-faire dans cette compétence est prouvée par trois références à des missions qu'il a exécuté (qu'il exécute) ou auxquelles il a participé (il participe).

5.- C'est de mauvaise foi qu'en pages 12 et 13 de la requête, la requérante prétend que la partie adverse s'est uniquement basée, dans sa motivation et sa réponse à ses interpellations, sur la mention "Attention" reprise en page 3 de l'Annexe 2 à l'avis de marché, pour décider que les références de SEA ne pouvaient être valorisées pour la limitation du nombre de candidats, alors même que la partie adverse lui expose ensuite, de manière bien plus développée, pourquoi le titre 8 de cette annexe 2 empêchait de prouver son savoir-faire sur [la] base d'un autre moyen de preuve que des références à une mission antérieure à laquelle le candidat doit avoir participé. La requérante cite d'ailleurs également ce passage de la réponse de la partie adverse avant d'en faire fi pour sa démonstration.

De manière constante, la partie adverse renvoie à l'unicité du terme "référence" dans les documents du marché comme moyen de preuve, qui doit nécessairement appartenir, au moins en partie, au candidat (l'opérateur économique) faisant valoir celle-ci comme preuve de son expérience, et ce tant pour les références "seuils minimaux" que "limitation du nombre de candidats".

6.- De la même manière, la mention suivant laquelle il ne faut pas confondre les références "limitation du nombre de candidats" avec la référence utilisée pour les seuils minimaux est un rappel des différences de contenu entre ces références.

Ces différences n'impliquent en rien que les références prises en compte pour la limitation du nombre de candidats puissent concerner une mission où le candidat (l'opérateur économique) n'est pas intervenu.

Bien au contraire, vu le texte clair de ce titre 8, l'opérateur économique proposant sa candidature dans le cadre du marché litigieux ne pouvait faire référence qu'à des missions auxquelles il a participé, sans quoi il ne peut matériellement pas expliquer le rôle qu'il a tenu dans la mission faisant l'objet de la référence.

Le pouvoir adjudicateur a donc usé de son pouvoir discrétionnaire pour limiter, dans les documents du marché, la possibilité de prouver sa capacité pour la limitation du nombre de candidats par la production de références appartenant à l'opérateur économique, et n'a pas permis de démontrer sa capacité par le biais d'autres éléments de preuve, quels qu'ils soient, comme par exemple une référence appartenant à un autre opérateur économique.

7.- [V. S.], administrateur de SEA, n'a pas déposé de candidature en tant que opérateur économique, personne physique : le candidat est la personne morale SEA avec la personne morale L'Escaut Architectures.

Il n'est pas plus un opérateur économique, personne physique ayant exécuté à ce titre les missions faisant l'objet des références litigieuses : celles-ci ont été exécutées par la personne morale Greisch.

Rien dans les documents transmis ne montre que SEA serait une émanation de Greisch, issue d'une scission de cette personne morale. Ce n'est d'ailleurs la thèse d'aucune partie.

Suivant ce qui précède, chaque opérateur économique ne peut renseigner que les missions auxquelles il a participé, SEA pour SEA, Greisch pour Greisch, etc.

Il n'est pas contesté que SEA n'a pas participé aux missions litigieuses, puisque la thèse de la requérante est que l'architecte [V. S.] travaillait alors chez Greisch, avant de quitter cet opérateur économique pour en rejoindre un autre, SEA. Qu'il en soit ou non l'administrateur ou le fondateur ne change rien à cet état de fait.

À cet égard, l'affirmation faite en page 6 de la requête suivant laquelle les attestations concernent la SRL SEA est fausse : le nom de SEA n'y apparait aucunement.

Il ressort du dossier transmis qu'aucun opérateur économique membre du groupement SEA/Escaut n'a participé aux chantiers "la Belle Liégeoise" et "l'Enjambée à Namur".

8.- SEA dépose une attestation de bonne exécution au nom de Greisch et tente de justifier par un encart dans cette attestation le fait que son dirigeant, architecte, [V. S.], ait participé à ce dossier, pour faire valoir son expérience. Néanmoins, selon la jurisprudence de Votre Conseil, n° 221.600 du 30 novembre 2012, S.A. Artbel, précitée, les références restent la propriété de la personne morale ayant exécuté la mission, et ne peuvent suivre les administrateurs ou membre du personnel lorsqu'ils quittent cette personne morale.

Que [V. S.] ait été un administrateur "indépendant" ou soit architecte ne change rien au fait que c'est Greisch, et non SEA, qui a exécuté les missions faisant l'objet des références litigieuses. Et que SEA n'a pas participé à ces projets, ni de près, ni de loin.

9.- En conséquence de ce qui précède, le partie adverse a appliqué de manière diligente les termes des documents du marché litigieux pour la phase de sélection, ainsi que la réglementation en matière de marchés publics et ses enseignements jurisprudentiels.

La requête déposée par la requérante ne procède à aucune démonstration contraire en droit. Elle se contente de tenter de semer la confusion dans le texte des documents du marché, pourtant parfaitement clairs, pour faire admettre la possibilité pour la requérante de faire valoir des références à des missions auxquelles elle n'a pas participé pour le critère de limitation du nombre de candidats n° 3.

Elle en tire pour conséquence une série de prétendues violations biaisées du fait de cette seule affirmation, et de la confusion entre les aspects administratifs (formels) et techniques de sa candidature.

Le fait, d'une part d'imposer pour le seuil minimal de capacité une seule référence à une mission dont un opérateur économique faisant partie du candidat est l'unique exécutant, d'autre part d'autoriser pour la limitation du nombre de

candidats des références pouvant être collectives, n'est pas contradictoire et relève du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur.

Dans tous les cas de figure, l'opérateur économique faisant état d'une référence à une mission doit avoir participé à cette mission pour en tirer des conséquences en terme d'expérience ».

La partie adverse décline ensuite ces développements pour répondre aux trois branches du moyen :

« i. 1ère branche du moyen

1.- Il a été démontré sous les points A et B du présent titre (auxquels il est renvoyé pour la réponse à ce second moyen) qu'il n'y a aucune confusion, dans le chef de la partie adverse, entre la référence requise pour apprécier le seuil minimal de capacité et les trois références demandées pour la limitation du nombre de candidats.

Ces références, bien que portant sur un spectre de projets différents, ce qui justifie la mention en fin de titre 8 de l'Annexe 2 à l'avis de marché, doivent l'une comme l'autre avoir pour objet des missions auxquelles l'opérateur économique qui les utilise a participé.

Le fait que la mention relative à l'appartenance "personnelle" de la référence "seuil minimal" soit présente dans l'avis de marché et ne soit pas répétée dans les mêmes termes sous le titre 8 pour les références "limitation du nombre de candidats", signifie simplement que les secondes peuvent faire mention de missions où l'opérateur économique qui les invoque faisait partie d'un groupement d'opérateurs économiques.

Ceci n'exclut en rien le fait que l'opérateur économique, pour chacune de ses références, doit exposer son rôle dans l'exécution de la mission concernée par la référence, ses partenaires, sa part d'exécution et la pertinence de cette référence, ce que SEA n'a pu faire qu'en assimilant la personnalité de [V. S.], ancien administrateur de Greish, à la personne morale de SEA, ce qui est contraire à la réglementation et aux enseignements de la jurisprudence en matière de marchés publics.

Dès lors, la référence doit "appartenir", en tout ou en partie, à l'opérateur économique qui l'utilise pour prouver son expérience et son savoir-faire.

2.- C'est en ce sens que la décision motivée de sélection vise de manière générale le fait que "nous devons respecter en priorité les formulations des documents du marché (Avis et Annexe 02) qui stipulent bien que les références pertinentes présentées par le candidat doivent appartenir à l'opérateur économique" : tant les références "seuils minimaux" que "limitation du nombre de candidats" sont par définition des "références", et selon les termes des documents du marché doivent être relatives l'une comme l'autre aux candidats qui les invoquent.

Cette formulation dans la décision n'implique en rien que la partie adverse dénie toute différence de contenu à ces références, comme expliqué au titre III.B. de la présente note.

La partie adverse applique ensuite la règle générale rappelée au cas particulier de la requérante, en expliquant quelles références n'appartiennent pas à la requérante : "[E]n l'occurrence, sur les trois références proposées par le candidat pour répondre au critère n° 3, deux d'entre elles ne lui appartiennent pas, à savoir; la référence pertinente n° 01 'La Belle Liégeoise' (passerelle cyclo-piétonne) et la référence pertinente n° 02 'L'enjambée à Namur' (passerelle cyclo-piétonne); les deux références précitées sont établies au nom de l'opérateur économique, la société Greish."

La décision de sélection en conclut que "[c]onsidérant que pour les motifs juridiques énoncés ci-avant, il y a lieu d'écarter la candidature n° 10 et de retenir de la proposition du jury de sélection que les seules candidatures n° 02, 03, 07 et 11;"

Cette motivation est parfaitement suffisante et adéquate pour que le candidat concerné comprenne les motifs de sa non sélection, qui ne sont que juridiques et administratifs.

3.- Le fait que les références aient pour but la démonstration d'un savoir-faire, contrairement à ce que prétend la requérante, n'a aucun rapport avec la question de l'exécution ou non des missions "La Belle Liégeoise" et "l'Enjambée à Namur" par l'opérateur économique SEA.

Un critère de sélection qualitative a normalement pour objectif de démontrer une qualité technique, expérience ou savoir-faire, ce qui se fait usuellement par la présentation de références.

SEA n'a aucun rapport juridique avec les références qu'elle vante.

4.- Les développements relatifs à l'assimilation d'un marché public à un contrat d'adhésion, faisant mention du code civil, sont manifestement sans rapport avec la réalité des marchés publics.

Un marché public est un contrat qui s'opère par la rencontre de documents du marché, en particulier le cahier des charges, avec une offre d'un soumissionnaire, soit l'émanation de volonté et de conditions de chaque partie.

Le pouvoir adjudicateur formule certaines de ces conditions (ses besoins, comme le délai, l'objet du marché, etc.), les soumissionnaires formulent les leurs (prix, propositions de résolution technique, réponse aux critères d'attribution, etc.).

Il n'en serait autrement que si un marché public fixait l'intégralité des conditions du marché, en ce compris le prix, et que les candidats et soumissionnaires n'auraient qu'à "postuler" à leur obtention. Il serait alors impossible de les départager.

Pareil procédé est contraire au principe de concurrence et à la législation sur les marchés publics, la loi du 17 juin 2016 prévoyant dans son article 81 que le marché doit être attribué à l'offre économiquement la plus avantageuse sur [la] base de critères d'attribution.

Le marché litigieux n'en est qu'au phase des candidatures, et aucun contrat n'est donc encore formé, certainement pas d'adhésion.

Il peut en outre difficilement être soutenu qu'un contrat en vue de réaliser une projet architectural puisse être "d'adhésion".

Certes, un pouvoir adjudicateur est soumis aux principes de bonne administration et au devoir de loyauté. Rien n'indique en l'espèce que ceux-ci aient été violés par la procédure litigieuse, qui a permis le dépôt de 13 candidatures sans qu'il y ait la moindre question sur les références admises pour le 3e critère de limitation du nombre de candidats.

En cas de question, ou manque de clarté, les opérateurs économiques ont la possibilité d'interroger le pouvoir adjudicateur (art. 81 de l'ARP) :

[...]

Les opérateurs économiques peuvent évidemment interroger un pouvoir adjudicateur avant la date limite de dépôt de leur candidature, s'ils ont le moindre doute sur la portée d'une clause, à défaut de quoi ils devront supporter les conséquences de l'interprétation qu'ils commettent.

La requérante s'est bien abstenue de procéder de la sorte *in tempore non suspecto*, sans quoi la partie adverse lui aurait confirmé ce qu'elle expose dans sa présente note.

Aucun autre candidat ne s'est d'ailleurs posé ce genre de question, ce qui confirme la clarté des documents du marché.

Les différents mécanismes de correction des erreurs (article 79 de l'ARP) existant au profit des soumissionnaires confirment que les développements de la requérante quant à l'absence d'ambiguïté dans les documents du marché ne sont pas une obligation absolue, à peine de nullité d'une procédure marché public, ce qui serait tout à fait disproportionné et empêcherait les pouvoirs publics de travailler : les erreurs existent, sont tolérées lorsqu'elles n'empêchent pas l'établissement des offres, et peuvent être corrigées *via* un mécanisme.

9.- En tout état de cause, le texte du titre 8 de l'annexe 2 à l'avis de marché est très clair sur le fait que l'opérateur économique vantant une référence doit avoir participé à la mission renseignée dans celle-ci.

La non-sélection de la requérante ne relève que du fait que SEA prétend que les références de Greish doivent pouvoir lui être profitables au motif que son ancien administrateur travaille désormais chez elle, ce qui n'est pas possible (voir titres III. A et B.).

Le moyen, en cette branche, n'est manifestement pas sérieux.

ii. 2e branche du moyen

10.- Cette branche du moyen n'est manifestement pas sérieuse : l'expérience et le savoir-faire de [V. S.] sont extérieurs au débat de l'admissibilité des références produites par la requérante.

La partie adverse n'a pas pu se méprendre sur cette notion de savoir-faire qui n'est pas en question : la requérante ne conteste d'ailleurs pas le rapport du jury quant à la pertinence des références concernées.

Il a été démontré ci-avant que les références qu'utilisait SEA devaient concerner des missions où cet opérateur économique était à tout le moins intervenu. Deux des références présentées par SEA ne possèdent pas ces caractéristiques.

Le moyen de preuve du savoir-faire de SEA est donc irrecevable au regard de la réglementation en matière de marchés publics et des documents du marché. La partie adverse ne prétend rien de plus.

SEA a prétendu bénéficier du savoir-faire de Greisch par le biais de son transfuge, [V. S.], ce qui est contraire à la réglementation et à la jurisprudence en matière de marchés publics (CE n° 221.600 du 30 novembre 2012, S.A. Artbel, précité).

L'évaluation du critère de limitation du nombre de candidats et sa méthode d'évaluation est sans rapport avec cette question formelle, administrative ou juridique : il fallait, pour que la candidature puisse être sélectionnée, déposer trois références pertinentes en décrivant en quoi l'opérateur économique avait exécuté des prestations démontrant son savoir-faire dans la mission référencée.

C'est pour ce seul motif que la décision de sélection ne retient pas la candidature de la requérante. Elle est parfaitement claire à ce sujet (voir point 10 du titre I de la présente note et la réfutation de la première branche de ce second moyen, titre III. D. i. de la présente note).

11.- Prétendre, comme le fait la requérante, que la méthode d'évaluation du savoir-faire des candidats aurait été dénaturée par le fait d'interdire la démonstration du savoir-faire d'un opérateur économique sur base de références appartenant à un autre opérateur économique revient à critiquer la formulation des documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur possède un pouvoir discrétionnaire étendu en matière de preuve acceptées au terme de la sélection qualitative (y compris la limitation du nombre de candidats), et avait manifestement le droit d'exiger, comme de coutume dans ce type de marché, que l'expérience des candidats soit prouvée par des références à des missions que ces candidats ont exécuté dans le passé, en tout ou en partie.

Contrairement à ce que prétend la requérante, la question se poserait exactement de la même manière pour la référence à un projet en cours, dont la construction n'est pas encore terminée : il devrait s'agir dans tous les cas d'un projet qu'est en train d'exécuter effectivement l'opérateur qui en fait mention, et non auquel il serait extérieur.

Chaque référence, pour donner un effet de preuve utile, devait donc bien appartenir au candidat prétendant bénéficier de cette preuve.

Le moyen, en cette branche, n'est manifestement pas sérieux.

iii. 3e branche du moyen

12.- La requérante prétend que l'acte attaqué comporterait un défaut de motivation formelle en ne permettant pas de comprendre pourquoi un défaut d'appartenance des références à SEA impliquerait un défaut de savoir-faire de la requérante.

Ce n'est pas ce que dit l'acte attaqué : la décision motivée de sélection ne disqualifie pas la requérante pour un défaut de savoir-faire, mais parce que deux des trois références choisies par la requérante en vue de répondre au 3e critère de limitation du nombre de candidats sont inadmissibles.

La confusion nait du seul fait de la requérante.

La décision de sélection est très claire sur les motifs "juridiques" de la non retenue de la candidature de la requérante et identifie précisément les références

problématiques, tout en renvoyant au texte de l'avis de marché et son annexe pour justifier de leur caractère inadmissible.

Il est renvoyé à ce qui précède pour le surplus.

Le moyen, en cette branche également, n'est manifestement pas sérieux ».

V.1.3. La requête en intervention

Les parties intervenantes réfutent l'ensemble des moyens dans la même argumentation. Elles se rallient, pour le surplus, à la position de la partie adverse.

Elles font tout d'abord valoir la « [c]onformité de l'acte attaqué avec l'article 68, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés dans les secteurs classiques ». Sur ce point, leur argumentation se lit comme il suit :

« IV.1.1. LA NOTION DE "RÉFÉRENCE"

15. L'article 68, § 1er de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose que :

[...]

Les références sont ainsi sollicitées à l'appui des critères de sélection afin que les opérateurs économiques démontrent qu'ils disposent des capacités techniques et professionnelles pour mener à bien le marché à attribuer.

En outre, cette disposition met en exergue qu'une référence appartient à un opérateur économique déterminé, c'est-à-dire celui qui a exécuté le marché antérieurement.

16. Au demeurant, par opérateur économique, il faut entendre :

"toute personne physique, toute personne morale de droit public ou de droit privé ou tout groupement de ces personnes, y compris les associations temporaires d'entreprises, qui offre, respectivement, la réalisation de travaux, d'ouvrages au sens du 19°, des fournitures ou des services sur le marché. Il s'agit, selon les cas, d'un entrepreneur, d'un fournisseur ou d'un prestataire de services" […].

17. En l'espèce, [V. S.], ancien administrateur de la SA BUREAU D'ÉTUDES GREISCH et actuellement administrateur de la société SEA, ne pouvait pas se prévaloir desdites références puisque, précisément, ces références sont attachées à l'opérateur économique qui s'est vu confier les missions en tant que personne morale – la SA GREISCH –, sans que cela ne puisse profiter aux préposés qui ont participé à l'exécution du marché antérieur.

Raisonner autrement reviendrait à soutenir que toute personne intervenue dans le cadre de ces missions pourrait en revendiquer la référence, qu'il soit stagiaire-universitaire, chef de projet, ou assistant administratif.

C'est, par ailleurs, le motif pour lequel l'attestation de bonne exécution est adressée à un opérateur économique particulier, celui-ci seul pouvant s'en prévaloir. Si tout membre ou ancien membre d'une société pouvait s'en prévaloir à titre personnel, les pouvoirs adjudicateurs devraient, au cas par cas, vérifier le rôle de la personne dans l'exécution de la mission et juger si ce rôle lui permet de satisfaire au critère de sélection – ou au critère de limitation des candidats visant la production de références –, comme l'ont demandé les requérantes dans le cadre de leur candidature – ce qui ne se peut – .

À cet égard, comme le relève à juste titre la partie adverse, Votre Conseil a jugé que :

"Il ressort de cette disposition que la capacité technique d'un soumissionnaire, au regard de son savoir-faire, de son efficacité, de son expérience et de sa fiabilité, peut être justifiée par l'une ou plusieurs des différentes références ainsi énumérées, qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de choisir à la faveur de son appréciation discrétionnaire.

De ce que, selon les cas, les références ainsi énumérées visent le prestataire de services, les cadres de l'entreprise, les techniciens ou encore les effectifs du prestataire de service, il se déduit notamment que, lorsque le pouvoir adjudicateur entend obtenir une référence relative au prestataire de services, un candidat ne peut prétendre respecter cette exigence en faisant état de références relatives à l'un des cadres de son entreprise. En pareil cas, ce candidat ne peut davantage faire grief au pouvoir adjudicateur de considérer que la candidature ne satisfait pas aux exigences de sélection qualitative, telles qu'elles ont été définies dans l'avis de marché et le cahier spécial des charges." […]

Dès lors, les critères – de sélection ou de limitation des candidats – afférents aux références consistent à vérifier que l'opérateur économique, en tant que tel et dans sa globalité, a les qualités techniques et professionnelles pour réaliser une telle mission, et pas seulement un individu au sein de cet opérateur économique.

En effet, il va de soi qu'un préposé n'exécute pas seul des projets de telle ampleur mais qu'il bénéficie de la plus-value d'une équipe. Le fait qu'une référence puisse uniquement être revendiquée par l'opérateur économique qui l'a exécutée et non par un seul préposé qui en faisait partie est donc indispensable, puisque cette personne a exécuté la mission au sein d'une équipe et non seule. Par ailleurs, elle l'a fait à l'aide du *know-how*, des connaissances et des supports appartenant à la société.

Cela est d'autant plus vrai que [V. S.] n'a participé qu'à raison de :

- 1.000 heures sur les 16.000 heures prestées au total pour le projet "La Belle Liégeoise";
- 500 heures sur les 7.600 heures prestées au total pour le projet "l'Enjambée à Namur".

Dans les deux cas, une trentaine d'ingénieurs, architectes et dessinateurs ont presté sur chacun des deux dossiers.

La participation limitée de [V. S.] dans ces deux projets démontre de l'utilité des règles relatives à la titularité d'une référence, qui peut être revendiquée par un seul opérateur déterminé (en l'espèce, la société GREISCH), et non par une personne seule.

IV.1.2. LES MOYENS DE PREUVE AFFÉRENTS À LA PRODUCTION D'UNE RÉFÉRENCE

18. L'article 68, § 4 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que :

[...]

Il en ressort que la production d'attestation de bonne exécution permet de prouver qu'un opérateur économique dispose bel et bien des références qu'il avance ou, à tout le moins, elle permet d'éclairer le pouvoir adjudicateur sur le(s) marché(s) exécuté(s) antérieurement par le candidat.

19. *In casu*, le groupement SEA/ESCAUT produit des attestations de bonne exécution afin de justifier les références qu'il mentionne.

Ces attestations sont toutefois adressées à l'opérateur économique qui a exécuté le marché, la société GREISCH. Elles indiquent que [V. S.] a uniquement *participé* au marché dont le bureau d'études GREISCH était adjudicataire, sans

contrevenir au fait que l'opérateur économique du marché reste la société GREISCH dans son ensemble.

20. Au demeurant, le document attestant de la bonne exécution du marché, qui peut être émis par le pouvoir adjudicateur au terme du marché comme marque de satisfaction, l'est directement et uniquement à l'égard de l'adjudicataire du marché exécuté, son seul cocontractant.

L'adjudicataire du marché exécuté est le seul visé par ce document, en vertu du lien contractuel qui a uni le pouvoir adjudicateur et l'adjudicataire.

Plus spécifiquement, le pouvoir adjudicateur ne destine pas ce document à chaque membre de l'adjudicataire, pris individuellement.

Il en va de même, *mutatis mutandis*, de la référence dont l'attestation démontre la bonne exécution.

21. Par ailleurs, la société SEA a utilisé des attestations de bonne exécution appartenant au bureau d'études GREISCH, en y ajoutant un encadré précisant les membres de la société qui étaient intervenus dans le cadre des missions référencées.

Les parties intervenantes émettent toutes les réserves sur ces attestations rédigées au nom de la société GREISCH, sur lesquelles figurent une simple mention de la participation de [V. S.].

Cette utilisation est problématique, dans la mesure où la société SEA a modifié des documents délivrés à GREISCH pour prétendre avoir les références nécessaires.

Il en va de même des plans, photos et autres documents utilisés par la société SEA dans sa candidature, dans le cadre des développements liés à ses références, qui appartiennent en toute hypothèse à la société GREISCH.

22. Dès lors, les attestations produites par le groupement SEA/ESCAUT ne peuvent former une preuve des références dont il se prévaut ».

Elles argumentent ensuite sur la « [c]onformité de l'acte attaqué avec les documents du marché », dans les termes qui suivent :

« 23. Comme énoncé dans l'exposé des faits, l'avis de marché exige que les références produites dans le cadre des critères de sélection qualitative appartiennent à un opérateur économique.

Contrairement à ce que soutiennent les parties requérantes, l'exigence que la référence soit adressée à un opérateur économique est également présente au point 8 de l'annexe n° 2 de l'avis de marché.

Plus particulièrement, le point 8 indique que les renseignements à communiquer pour la référence doivent, notamment, porter sur "l'opérateur(s) économique(s) faisant partie du groupement candidat concerné(s)".

Par conséquent, le critère n° 3 relatif à la limitation des candidats prévu au point 8 précité s'inscrit dans le cadre de l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dans la mesure où il permet au pouvoir adjudicateur de vérifier que c'est effectivement une entité du groupement candidat qui dispose de la référence.

Prétendre que le pouvoir adjudicateur a voulu donner une autre interprétation à la notion de "référence" est contraire à la volonté de ce dernier de ne sélectionner que les candidats les plus aptes à exécuter le marché, ce qui constitue l'objectif de la limitation des candidats.

Il est évident que “l’opérateur(s) économique(s) faisant partie du groupement candidat concerné(s)” tel que visé par le point 8 de l’annexe n° 2 doit correspondre au candidat faisant la demande participation, à savoir, dans le cas d’espèce, soit la société SEA soit la société L’ESCAUT mais, en aucun cas, le bureau d’études GREISCH ou un quelconque autre opérateur économique ».

Enfin, elles font valoir que la candidature de SEA méconnaît une convention d’associés du 15 octobre 2014. Sur ce point, leur requête se lit comme il suit :

« 24. Par [un] courriel du 5 mai 2021, le groupement GREISCH/CANEVAS communique à la Cellule Architecture de la Fédération Wallonie-Bruxelles la convention d’associés du 15 octobre 2014 qui le lie avec [V. S.].

Complémentairement aux développements qui précèdent, conformément à la convention, les références litigieuses appartenaient, en toute hypothèse, au groupement GREISCH/CANEVAS et non, au groupement SEA/L’ESCAUT.

En effet, ladite convention d’associés dispose, en son article 3, que :

[…]

Dès lors, il est établi que [V. S.], ancien administrateur de la société GREISCH, partie à cette convention, qu’il a d’ailleurs signée et sur laquelle il a apposé son paraphe à chaque page, ne peut utiliser les références de la société GREISCH dans le cadre de la passation de marché public.

25. C’est à tort que [V. S.] prétend ne pas être lié par la convention d’associés du 15 octobre 2014 alors qu’il s’agit de la dernière convention signée par [V. S.], puisqu’il n’a pas signé la convention d’associés de 2017.

En toute hypothèse, le point relatif à l’utilisation des références n’a pas été modifié dans la convention d’associés de 2017.

Il est également inexact de soutenir que les statuts de GREISCH auraient été révisés en 2017 et ne prévoiraient plus d’interdiction d’usage des références dans le futur.

Les statuts de GREISCH ne fixent pas l’usage des références. Ils indiquent simplement que les associés peuvent signer entre eux des conventions qui peuvent aborder la question des références, ce qui est le cas en l’espèce.

Ce faisant, il n’existe aucun doute à ce que les références relatives aux projets “La Belle Liégeoise” et “l’Enjambée à Namur” appartiennent au bureau d’études GREISCH ».

V.2. Appréciation du Conseil d’État

L’article 66, § 1er, 2° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose ce qui suit, au titre des « [p]rincipes généraux pour la sélection et l’attribution » :

« Les marchés sont attribués sur la base du ou des critères d’attribution fixés conformément à l’article 81, pour autant que le pouvoir adjudicateur ait vérifié que toutes les conditions suivantes sont réunies :

[...]

2° l'offre provient d'un soumissionnaire qui n'est pas exclu de l'accès au marché sur la base des articles 67 à 70 et qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur et, le cas échéant, aux règles et critères non discriminatoires visés à l'article 79, § 2, alinéa 1er ».

L'article 71 de la même loi dispose comme il 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 ».

L'article 68, § 1er, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques dispose comme il 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.

Le pouvoir adjudicateur peut notamment exiger que les opérateurs économiques disposent d'un niveau d'expérience suffisant, démontré par des références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement ».

Enfin, l'article 79 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

« § 1er. Dans les procédures restreintes, les procédures concurrentielles avec négociation, les dialogues compétitifs et les partenariats d'innovation, le pouvoir adjudicateur peut limiter le nombre de candidats respectant les critères de sélection qu'il invitera à soumissionner ou à dialoguer, pour autant que le nombre minimum de candidats qualifiés, fixé conformément au paragraphe 2, soit disponible.

§ 2. Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché les critères ou règles objectifs et non discriminatoires qu'il prévoit d'appliquer, le nombre minimum de candidats qu'il prévoit d'inviter et, le cas échéant, leur nombre maximum.

Dans la procédure restreinte, le nombre minimal de candidats est de cinq. Dans la procédure concurrentielle avec négociation, le dialogue compétitif et le partenariat d'innovation, le nombre minimal de candidats est de trois. En tout état de cause, le nombre de candidats invités doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle.

Le pouvoir adjudicateur invite un nombre de candidats au moins égal au nombre minimal. Toutefois, lorsque le nombre de candidats satisfaisant aux critères de

sélection et aux niveaux minimaux de capacité est inférieur au nombre minimum fixé par le pouvoir adjudicateur, ce dernier peut poursuivre la procédure en invitant les candidats ayant les capacités requises. Dans le cadre de cette même procédure, le pouvoir adjudicateur n'inclut pas les opérateurs économiques n'ayant pas demandé à participer ou des candidats n'ayant pas les capacités requises.

§ 3. Pour les marchés inférieurs aux seuils fixés pour la publicité européenne, l'obligation visée au paragraphe 2, alinéa 1er, d'indiquer le nombre minimum et, le cas échéant, le nombre maximum de candidats n'est pas applicable ».

En l'espèce, les documents du marché distinguent clairement les « critères de sélection », relatifs notamment à la capacité technique et professionnelle, d'une part, et les « critères mobilisés pour limiter le nombre de candidats retenus », détaillés dans l'annexe 2 à cet avis de marché, d'autre part.

En ce qui concerne les critères de sélection relatifs à la capacité technique et professionnelle, l'avis de marché attire expressément l'attention des candidats sur le fait que la référence présentée au titre de niveau minimal exigé pour la compétence architecture « doit appartenir à l'opérateur économique qui, tel qu'identifié dans la note de présentation du candidat (voir point 7 annexe 2), sera chargé de la gestion du marché public de travaux (lors de sa passation-rédaction du cahier des charges et lors de son exécution), faisant par le biais de cette référence la preuve de sa compétence en cette matière ». De même, l'avis de marché précise que la référence à fournir au titre de niveau minimal exigé pour la compétence stabilité, « doit appartenir à l'opérateur économique qui sera chargé de la stabilité, faisant par cette dernière la preuve de sa compétence en cette matière ». *Prima facie*, cette condition d'« appartenance » de la référence est plus stricte, en l'espèce, que ce que requièrent les dispositions légales et réglementaires relatives à la sélection qualitative, puisqu'elles semblent exclure non seulement le recours à la capacité de tiers, mais également qu'un opérateur économique membre d'un groupement candidat fasse valoir la référence d'un autre membre de ce groupement.

En ce qui concerne la limitation du nombre de candidats, les conditions dans lesquelles les opérateurs économiques peuvent se prévaloir de références antérieures ne sont pas exprimées dans les mêmes termes dans les documents du marché. Il n'est pas exigé que les références « appartiennent » à l'opérateur économique. Toutefois, l'annexe 2 à l'avis de marché précise que, pour chaque référence, le candidat doit notamment mentionner : le/les « opérateur(s) économique(s faisant partie du groupement candidat) concerné(s) et prestation(s) assumée(s) pour ce projet [...] »; un texte de présentation expliquant notamment « le rôle de l'opérateur (ou des opérateurs) économique(s) faisant valoir cette référence »; le budget des travaux, étant entendu que « [l]es montants à renseigner ici sont uniquement ceux des travaux liés aux services prestés par le(s) opérateur(s)

économique(s) (si plusieurs, indiquer le total et détailler dans la note explicative) faisant partie du groupement candidat pour le présent marché ».

Il résulte de ce qui précède que, pour faire valoir des références au titre du troisième critère de limitation du nombre de candidats, un opérateur économique faisant partie d'un groupement candidat doit, à tout le moins, avoir « assumé des prestations », « joué un rôle » ou encore « presté des services » dans le cadre des références vantées. Il incombait donc à la partie adverse de vérifier si chaque opérateur économique pouvait se prévaloir des références présentées, conformément à la définition de ce critère annoncée à l'annexe 2 de l'avis de marché.

En l'espèce, la première partie requérante a présenté deux références en précisant clairement qu'elles ont été « réalisées par [V. S.] au sein du bureau Greisch en tant que concepteur / Directeur du projet ».

Il n'est pas contesté que la première partie requérante, opérateur économique membre du groupement candidat, n'a assumé elle-même aucune prestation dans ces missions. Les parties requérantes ont toutefois fait valoir que ces références permettent d'établir le savoir-faire de la première requérante, grâce à l'expérience acquise par son fondateur, V. S. Cette question a été largement discutée au stade de l'examen des candidatures par la commission technique.

Dans ces circonstances, la partie adverse devait apprécier si la première partie requérante pouvait, dans le cadre du critère de limitation des candidatures tel que défini par les documents du marché, faire valoir des prestations accomplies par l'un de ses fondateurs, alors que celui-ci agissait au sein d'un autre opérateur économique, et rendre compte de cette appréciation dans la motivation formelle de l'acte attaqué.

L'obligation de motivation formelle à laquelle la partie adverse est tenue répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence des motifs exprimés dans la décision. La motivation d'une décision doit être claire, complète, précise et adéquate afin que les intéressés puissent vérifier qu'elle a été précédée d'un examen des circonstances de l'espèce.

La motivation formelle de l'acte attaqué, selon laquelle « sur les trois références proposées par le candidat pour répondre au critère n° 3 deux d'entre elles ne lui appartiennent pas [...]; les deux références […] sont établies au nom de l'opérateur économique, la société Greish », ne permet pas de constater que la partie

adverse a examiné cette question avec soin, à la lumière des dispositions pertinentes de l'annexe 2 de l'avis de marché.

En l'espèce, il ne suffisait pas de constater que les attestations de bonne exécution sont établies au nom d'un opérateur économique, ou que les références « appartiennent » à un opérateur économique, pour exclure d'emblée qu'un autre opérateur puisse s'en prévaloir, dans le cadre du troisième critère de limitation des candidatures.

La motivation de l'acte attaqué ne permet pas de comprendre les motifs qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci et d'en contrôler l'exactitude, l'admissibilité et la pertinence. En particulier, elle ne permet pas de comprendre si la partie adverse a considéré que V. S. ne pouvait se prévaloir des références de la Belle Liégeoise et de l'Enjambée ou si la première requérante ne pouvait faire valoir l'expérience professionnelle acquise par l'un de ses fondateurs au travers de ces références.

Les développements de la note d'observations ne permettent pas de pallier les lacunes de la motivation formelle de l'acte attaqué.

En tant qu'il est pris du défaut de motivation formelle, le deuxième moyen est sérieux.

VI. Balance des intérêts

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

VII. Confidentialité

Les parties requérantes demandent que la confidentialité des pièces 1 à 13 de leur dossier confidentiel soit préservée. La partie adverse sollicite que les pièces 4 et 5 du dossier administratif demeurent confidentielles. Les parties intervenantes demandent également que la confidentialité des pièces 1 et 4 de leur dossier confidentiel soit préservée.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu, à ce stade de la procédure, de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société coopérative à responsabilité limitée CANEVAS ARCHITECTURE ET INGÉNIERIE et par la société anonyme BUREAU D'ÉTUDES GREISCH, est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision adoptée par la partie adverse, le 8 juillet 2021, de « ne pas retenir la candidature du Groupement SEA/ESCAUT sur [la] base de l'analyse de la Cellule Architecture de la Fédération Wallonie-Bruxelles » est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces 1 à 13 du dossier confidentiel des parties requérantes, les pièces 4 et 5 du dossier administratif et les pièces 1 et 4 du dossier des parties intervenantes sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

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 des vacations siégeant en référé, le 31 août 2021 par :

Elisabeth Willemart,	conseiller d'État, président f.f.,
Louise Ernoux-Neufcoeur,	greffier assumé.

Le Greffier assumé,	Le Président,
Louise Ernoux-Neufcoeur	Elisabeth Willemart