

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

n° 256.213 du 4 avril 2023

A. 238.528/VI-22.526

En cause : **la société anonyme ÉTABLISSEMENTS JACOBS,**
ayant élu domicile chez
M^{es} Bernard DE COCQUEAU et
François PAULUS, avocats,
place des Nations Unies 7
4020 Liège,

contre :

la société coopérative ORES ASSETS,
ayant élu domicile chez
M^{es} Emmanuelle BERTRAND et
Jean-Luc TEHEUX, avocats,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 27 février 2023, la SA Établissement Jacobs demande, d'une part, la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de « la décision adoptée le 9 février 2023 [...] par laquelle la SC ORES ASSETS (ci-après ORES) a décidé de ne pas sélectionner l'offre de la SA JACOBS dans le cadre de l'attribution du lot 17 du marché public de travaux relatif au réseau aérien basse tension et aux travaux d'éclairage public sur base du système de qualification WQBLAAWA » et, d'autre part, l'annulation de cette même décision.

II. Procédure

Par une ordonnance du 6 mars 2023, l'affaire a été fixée à l'audience du 23 mars 2023.

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} Élisabeth Willemart, conseiller d'État, Président f.f., a exposé son rapport.

M^e François Paulus, avocats, comparaissant pour la partie requérante, et M^{es} Emmanuelle Bertrand et Jean-Luc Teheux, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Lionel Renders, auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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

III. Faits utiles à l'examen de la demande

1. La partie adverse publie, le 16 novembre 2011 dans le Bulletin des adjudications et le 18 novembre 2011 dans le Journal officiel de l'Union européenne, un avis d'existence d'un système de qualification relatif aux marchés de travaux aériens basse tension et aux travaux d'éclairage public en Wallonie.

Le descriptif du « système de qualification de travaux aériens basse tension et travaux d'éclairage public dans toute la Wallonie » (WQBLAAWA) définit notamment la composition d'une équipe, respectivement pour les travaux aériens basse tension et pour les travaux sur réseaux aériens d'éclairage public, en imposant un certain nombre de responsables et d'agents disposant, en fonction de

leurs tâches, de diverses habilitations et permis délivrés à la suite de formations dispensées par la partie adverse.

Par une décision du 4 mai 2012, la partie requérante est qualifiée dans le cadre de ce système de qualification.

2. La partie adverse expose, sans être contredite sur ce point, qu'à la suite d'un avis d'existence d'un système de qualification publié au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne les 6 et 7 août 2019, la partie requérante actualise les permis et habilitations de ses responsables et agents et qu'elle respecte toujours la condition de composition de l'équipe exigée.

3. Les 10 et 15 septembre 2020, la partie adverse publie un nouvel avis d'existence d'un système de qualification. Les conditions afférentes à la composition d'une équipe sont définies par référence aux spécifications techniques STT BAA-LAA, qui se lisent comme suit :

1.1. QUALIFICATION DU PERSONNEL EMPLOYE SUR LES CHANTIERS

Une équipe, dont le travail est de réaliser tous les travaux définis dans la présente Spécification Technique, est composée du nombre nécessaire d'agents repris ci-dessous. Cette équipe doit disposer du charroi et de l'outillage nécessaires.

	AGS205 Connaissance et gestion des risques électriques à proximité et sur le lieu de travail	AGG207 Pose de câbles EP, BT et HT en souterrain	LBT202 Construction Réseaux EP	LBT204 Construction de réseaux aériens BT	LBT217 ou LBT207 Jonctions souterraines BT ou Construction Réseaux souterrains BT
1 RDT	x				
1 CDT Plantation	x	x			
1 agent plantation					
1 CDT réseaux aériens BT-EP	x		x	x	x
2 agents réseaux aériens BT-EP	x		x	x	x

- le CDT plantation poteaux est aussi agent de plantation poteaux.
- le CDT réseaux aériens BT-EP est aussi agent réseaux aériens BT-EP.
- au minimum un des agents réseaux aériens BT-EP sera en possession du permis LBT217 ou du permis LBT207.
Lors des différentes phases des travaux une équipe sera toujours composée de minimum 2 agents dont 1 CDT.

Remarque :
Depuis le 01/12/2018, les permis surlignés, dans le tableau ci-dessus, sont sujet à modification eu égard à la modification du CCA6 et au regroupement et nouvelles appellations de certains permis, à savoir :
LBT202+LBT204+LBT217ouLBT207 devient LBT208
Pendant la période de transition, les deux formats de permis peuvent cohabiter durant la période de validité des permis en cours.

En d'autres termes, une équipe doit être composée d'un responsable de travaux (RDT) habilité AGS 205, d'un chef de travaux (CDT) plantation disposant d'habilitations AGG 205 et AGS 207, d'un chef de travaux (CDT) réseau disposant d'une habilitation AGS 205 et d'un permis LBT 208 et de deux agents

réseau disposant également d'une habilitation AGS 205 et d'un permis LBT 208. Selon la partie adverse, qui n'est pas contredite sur ce point, ces exigences sont similaires à celles prévalant jusque-là, sous réserve d'une modification de la nomenclature des permis.

4. Le 28 septembre 2022, la partie adverse publie un avis périodique indicatif pour un marché public de travaux relatif au réseau aérien basse tension et aux travaux d'éclairage public. La procédure de passation choisie est la procédure négociée avec mise en concurrence préalable sur la base d'un système de qualification.

Le marché est divisé en vingt et un lots. Le nombre d'équipes complètes requises pour chaque lot est défini dans le tableau suivant :

Lot	Description	Montant marché (€ htva hors matières)	Nbre équipes	Classe agrégation P2 requis
1	Travaux BTA + EP – Région de Charleroi	490.000 €	1	Min classe 3
2	Travaux BTA + EP – Région de Charleroi	898.000 €	1	Min classe 4
3	Travaux BTA + EP – Région de Charleroi	2.292.000 €	2	Min classe 6
4	Travaux BTA + EP – Région de Mons-La Louvière	890.000 €	1	Min classe 4
5	Travaux BTA + EP – Région de Mons-La Louvière	2.000.000 €	2	Min classe 6
6	Travaux BTA + EP – Région de Mons-La Louvière	2.110.000 €	2	Min classe 6
7	Travaux BTA + EP – Région de Wallonie Picarde	1.900.000 €	2	Min classe 6
8	Travaux BTA + EP – Région de Wallonie Picarde	2.100.000 €	2	Min classe 6
9	Travaux BTA + EP – Région du Brabant Wallon	892.000 €	1	Min classe 4
10	Travaux BTA + EP – Région du Brabant Wallon	2.600.000 €	2	Min classe 6
11	Travaux BTA + EP – Région du Brabant Wallon	2.608.000 €	2	Min classe 6
12	Travaux BTA + EP – Région de Namur	500.000 €	1	Min classe 3
13	Travaux BTA + EP – Région de Namur	896.000 €	1	Min classe 4
14	Travaux BTA + EP – Région de Namur	2.835.000 €	2	Min classe 6
15	Travaux BTA + EP – Région de Namur	4.249.000 €	3	Min classe 7
16	Travaux BTA + EP – Région de Wallonie Est	895.000 €	1	Min classe 4
17	Travaux BTA + EP – Région de Wallonie Est	900.000 €	1	Min classe 4
18	Travaux BTA + EP – Région de Wallonie Est	1.805.000 €	2	Min classe 5
19	Travaux BTA + EP – Région du Luxembourg (District de Marche)	2.200.000 €	2	Min classe 5
20	Travaux BTA + EP – Région du Luxembourg (District d'Arlon)	2.120.000 €	2	Min classe 5
21	Travaux BTA + EP – Région du Luxembourg (Districts de Marche et d'Arlon)	1.080.000 €	1	Min classe 5
TOTAL		36.260.000 €	34	

Le cahier spécial des charges applicable au marché décrit notamment les conditions de sélection qualitative comme suit :

III.2.2 Critères de sélection qualitative à caractère technique/professionnel

Préalablement à l'examen des offres, l'adjudicateur vérifie si le soumissionnaire satisfait aux conditions de sélection qualitative suivantes:

Critères de capacité technique ou professionnelle:

- a) Le soumissionnaire doit disposer de la classe d'agrément minimum requise pour le(s) lot(s) pour lequel il soumissionne ; A cette fin, le soumissionnaire joint la preuve de son agrément à son offre.
- b) Pour chaque lot soumissionné, le soumissionnaire doit avoir en ordre de permis, au minimum, le nombre d'équipes* exigé pour le lot concerné.

Il est néanmoins précisé que lors de l'établissement de son offre, dans sa déclaration du nombre d'équipes, chaque soumissionnaire a la possibilité de solliciter au maximum une équipe* pas encore en ordre de permis pour autant que les agents de cette équipe soient inscrits aux séances du Centre de Formation pour les permis adéquats (preuve à l'appui) et qu'il ait au minimum une équipe en ordre de permis au moment de l'offre.

* : le nombre d'équipes est calculé sur base de l'équipe Travaux aériens BT+EP définie dans la spécification technique.

Si un agent est renseigné chez plusieurs entrepreneurs (dans le cas de sous-traitance ou de personnel loué au sein d'un groupe), il ne pourra être comptabilisé qu'une seule fois dans le nombre d'équipes disponibles.

Conformément à l'article 57, al. 1er, 2° de l'AR du 18/06/2017 il est précisé qu'en cas d'attribution de plusieurs lots à un même soumissionnaire, celui-ci ne pourra se voir attribuer un nombre de lots que jusqu'à concurrence du nombre maximum d'équipes disponibles (déclaré dans l'offre). L'adjudicateur vérifie lors de l'attribution des lots concernés, s'il est satisfait à ce niveau d'exigence.

Les spécifications techniques reproduisent la composition de l'équipe exigée, comme suit :

1.2. QUALIFICATION DU PERSONNEL EMPLOYÉ SUR LES CHANTIERS

Une équipe, dont le travail est de réaliser tous les travaux définis dans la présente Spécification Technique, est composée du nombre nécessaire d'agents repris ci-dessous. Cette équipe doit disposer du charroi et de l'outillage nécessaires.

<div>Permis</div> <div>Equipe</div>	AGS205 Connaissance et gestion des risques électriques à proximité et sur le lieu de travail	AGS205 Connaissance et gestion des risques électriques à proximité et sur le lieu de travail + AGG207 Pose de câbles EP, BT et HT en souterrain	AGS205 Connaissance et gestion des risques électriques à proximité et sur le lieu de travail + LBT208 Construction Réseaux aériens BT et EP
1 RDT	x		
1 CDT Plantation		x	
1 agent plantation			
1 CDT réseaux aériens BT-EP			x
2 agents réseaux aériens BT-EP			x

Lors de la réalisation des travaux une équipe sera toujours composée de minimum 2 agents dont 1 CDT.

5. La partie requérante est invitée à déposer une offre, par un courrier du 29 septembre 2022.

6. Le 2 novembre 2022, la partie requérante dépose une offre pour l'attribution du lot 17 « Région Wallonie Est », qui nécessite une équipe complète. Les habilitations et permis de son équipe pour les travaux de basse tension et d'éclairage public sont décrits comme suit :

- Z.G. – fonction : RDT - AGS 205
- M.D. – fonction : CDT et agent réseau – AGS 205 et LBT 208
- K.O. – fonction : CDT et agent réseau – AGS 205 et LBT 208
- D.M. – fonction : CDT et agent plantation – AGS 205 et AGG 207
- L.C. – fonction : CDT et agent plantation – AGS 205 et AGG 207

7. Par un courriel du 23 décembre 2022, la partie adverse informe la partie requérante que son offre « ne peut pas être considérée comme régulière ». Un document annexé indique, notamment, ce qui suit :

10. Tableau d'agents

Analyse : Après analyse de votre tableau d'agents, nous constatons que vous n'avez aucune équipe complète en ordre de permis. Or, vous déclarez mettre à disposition 1 équipe pour l'ensemble des lots pour lesquels vous postulez. Pour rappel, 1 équipe complète se compose d'un RDT, 1 CDT + 2 agents pour la partie « travaux BT » et 1 CDT + 1 agent pour la partie « plantation de poteaux » et chaque soumissionnaire a la possibilité de solliciter au maximum une équipe pas encore en ordre de permis pour autant que les agents de cette équipe soient inscrits aux séances du Centre de Formation pour les permis adéquats (preuve à l'appui) et qu'il ait au minimum une équipe en ordre de permis au moment de l'offre.

Il vous manque donc un agent en ordre de permis pour la partie « travaux BT ».

Mise en conformité : Nous vous demandons de compléter votre tableau avec le nombre d'agents requis en ordre de permis.

8. Par un courriel du 12 janvier 2023, la partie requérante demande l'inscription de plusieurs agents aux formations LBT 208 et AGS 205.

9. La partie requérante dépose une deuxième offre le 16 janvier 2023, sans compléter l'équipe proposée pour les travaux basse tension.

10. Le 9 février 2023, la partie adverse, faisant siens les motifs repris dans une « fiche d'attribution » annexée, décide de ne pas sélectionner la partie requérante et d'attribuer le lot 17 à la S.A. Yvan Pâques.

11. La partie requérante est informée du motif de non-sélection de son offre par un courriel et un courrier recommandé du 15 février 2023. Le motif communiqué se lit comme suit :

L'adjudicateur a vérifié si les soumissionnaires répondaient aux critères de sélection qualitative tels que fixés dans le cahier spécial des charges. Il ressort de cette vérification les éléments suivants : votre société ne dispose pas d'au moins une équipe en ordre de permis. Malgré une demande de mise en conformité, votre société n'a pas fourni les éléments demandés et n'a donc pas été sélectionnée.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèse de la partie requérante

La requérante prend un premier moyen de « la violation des articles 2, 25° et 146, §1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, de l'article 62 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, du point 5 de l'avis descriptif du système de qualification WQBLAAWA, du point III.11 du cahier spécial des charges, du principe de bonne administration, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de l'égalité entre les soumissionnaires, et de ses corollaires, les principes de sécurité juridique et de confiance légitime, [du] principe de transparence et de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 4, 5° et 8°, et 5, 6°, 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 ».

Le moyen est divisé en deux branches.

La première branche est intitulée : « la SA JACOBS avait été implicitement mais certainement sélectionnée par ORES dans le cadre du marché litigieux ».

Le développement de la requête se lit comme il suit :

« En droit

L'article 2, 25°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics définit la procédure négociée avec mise en concurrence préalable comme « la procédure de passation à laquelle tout opérateur économique intéressé peut demander à participer en réponse à un appel à la concurrence, dans laquelle

seuls les candidats sélectionnés peuvent présenter une offre, les conditions du marché pouvant ensuite être négociées avec les soumissionnaires, et qui s'applique uniquement aux marchés relevant du champ d'application du titre 3" [...].

L'article 62 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux confirme, à cet égard, que :

"En procédure restreinte, en procédure négociée avec mise en concurrence préalable, en dialogue compétitif et en partenariat d'innovation, seuls les candidats sélectionnés peuvent remettre offre."

L'article 146, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précise également que, notamment dans les procédures négociées avec mise en concurrence préalable, "l'entité adjudicatrice invite simultanément et par écrit les candidats retenus à présenter leurs offres, à participer au dialogue ou à négocier" [...].

Quant au système de qualification, l'article 148, § 5, de la loi susvisée du 17 juin 2016 stipule que "lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés spécifiques de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification sont attribués selon des procédures restreintes ou négociées, dans laquelle les participants sont sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système."

Le point 5 de la description du système de qualification dont question en l'espèce (soit le système WQBLAAWA) précise, à cet égard, que [...] :

5. Mode de publication et invitation à présenter offre

La publicité se fait sur base d'un avis d'existence d'un système de qualification (AESQ) (article 140 de la Loi du 17/06/2016).

L'avis d'existence du système de qualification assure la mise en concurrence des marchés qui seront passés en référence au présent système de qualification. Ces marchés sont soumis à l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

Un AESQ sera publié chaque année.

L'entrepreneur qualifié ou ayant déjà marqué intérêt dans le cadre du présent système de qualification ne doit plus marquer intérêt lors des publications annuelles de renouvellement du système de qualification. En outre, l'entrepreneur déjà qualifié reste qualifié dans le domaine pour autant qu'il réponde toujours aux critères repris dans le dossier de description du système de qualification en sa possession.

Les invitations à présenter une offre des marchés lancés sur base du présent système de qualification pourront être envoyées à tous les entrepreneurs qualifiés. La liste des entrepreneurs qualifiés (et qui recevront l'invitation à présenter une offre) sera figée à la date d'envoi de la publication de l'avis périodique indicatif du marché lancé sur base du présent système de qualification.

Le principe *patere legem quam ipse fecisti* oblige, en outre, l'adjudicateur à respecter les conditions de la mise en concurrence et à appliquer les critères de sélection et d'attribution tels que fixés dans les documents du marché, en prenant garde de ne pas les transformer ou les dénaturer en cours d'analyse.

Par ailleurs, admettre une candidature qui ne remplit pas les critères de sélection fixés ou refuser, *a contrario*, une candidature qui remplit les critères

de sélection revient, au surplus, à fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires et, dès lors, à violer le principe d'égalité dans le traitement qui doit leur être réservé.

En l'espèce

En l'espèce, un avis sur l'existence du système de qualification WQBLAAWA a été publié par ORES le 10 septembre 2020.

Selon le point 5 de la note descriptive de ce système de qualification :

Cet avis assure la mise en concurrence des marchés qui seront passés en référence audit système de qualification ;

Les invitations à présenter une offre pour les marchés lancés sur la base de ce système de qualification pourront être envoyées à tous les entrepreneurs qualifiés ;

La liste des entrepreneurs qualifiés (et qui recevront l'invitation à présenter une offre) sera fixée à la date d'envoi de la publication de l'avis périodique indicatif du marché lancé à partir de ce système de qualification.

Le point III.11 du cahier spécial des charges confirme, en outre, que [...] :

L'invitation à présenter une offre est envoyée aux :

- candidats qualifiés au moment de l'envoi de l'avis périodique indicatif,
- entrepreneurs dont le chantier-test est planifié à cette même date. Dans ce cas, les entrepreneurs devront être qualifiés avant l'attribution pour pouvoir prétendre à une éventuelle part de marché.

Par ailleurs, la procédure de passation qui fut choisie par ORES, et basée sur ce système de qualification, est la procédure négociée avec mise en concurrence préalable (article 117, § 1^{er}, 3^o, de la loi du 17 juin 2016).

Une telle procédure se décompose en deux phases temporellement distinctes : la sélection et l'attribution.

Seuls les opérateurs économiques sélectionnés au terme de la première phase sont invités à déposer offre, ainsi que le confirment les article 2, 25^o et 146, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que l'article 62 de l'arrêté royal passation du 18 juin 2017.

Si l'on combine l'ensemble de ces dispositions, il en résulte que :

Tous les opérateurs économiques qualifiés pour le système de qualification WQBLAAWA au moment de la publication de l'avis périodique indicatif du marché (soit le 28 septembre 2022) se voient inviter à présenter une offre dans le cadre dudit marché lancé sur la base du système de qualification WQBLAAWA ;

Lorsque ces opérateurs économiques sont invités à déposer une offre (dans une procédure en deux phases), cela implique nécessairement qu'ils aient été sélectionnés.

Or, *in casu*, il apparaît :

D'une part, que ORES a confirmé auprès de la requérante, encore en date du 30 janvier 2023 (soit postérieurement à la publication de l'avis périodique indicatif), que celle-ci était qualifiée pour le système de qualification WQBLAAWA, expressément visé par le marché litigieux [...].

Aucune décision de retrait de ce système de qualification n'a, en l'occurrence, été adoptée par ORES à l'encontre de la requérante ;

D'autre part, que la SA JACOBS a reçu une invitation à déposer offre de la part d'ORES dans le cadre du marché ayant pour objet les travaux sur le réseau aérien basse tension et les travaux d'éclairage public, basé sur le système de qualification WQBLAAWA [...].

Par conséquent, il ne fait pas de doute que la SA JACOBS ne pouvait être écartée pour un motif de non-sélection dès lors que l'invitation à remettre une offre confirmait la sélection, basée sur le système de qualification, de la requérante pour le marché litigieux.

Ce constat est, en outre, renforcé par le fait que :

Tant dans le cadre du système de qualification WQBLAAWA [...] que dans le cadre du marché public litigieux [...] étaient applicables, au titre de la sélection, les mêmes exigences en termes d'équipe(s) à mobiliser, lesquelles figurent dans les spécifications techniques relatives aux travaux sur réseau aérien basse tension et d'éclairage public ;

Le courrier d'invitation à remettre offre, reçu par la SA JACOBS le 29 septembre 2022, précise :

“Bonjour Pierre-Yves Pâque,

Vous recevez cet e-mail car vous avez été sélectionné par un pouvoir adjudicateur pour un dossier restreint WTCMBLAAWA27_nr1.

Vous trouverez en annexe un document PDF avec des instructions complémentaires. Suivez-les pour pouvoir consulter ce dossier” [...].

En toute hypothèse :

Sous peine de méconnaître les principes de bonne administration, il n'est pas possible pour une autorité adjudicatrice de revenir sur la sélection qualitative au stade de l'examen des offres, et ce, lorsque les données à disposition de l'autorité adjudicatrice au moment de la sélection/qualification n'ont pas évolué ;

Aucune décision de non-sélection ne pouvait être prise en l'espèce à l'égard de la requérante, en l'absence d'une décision de retrait du système de qualification sur la base duquel le marché dont question a été passé.

Compte tenu de ces éléments, ORES ne pouvait décider d'écarter l'offre de la requérante pour un motif de non-sélection sous peine de méconnaître, en particulier, les principes guidant la sélection dans le cadre de la procédure négociée avec mise en concurrence préalable, ainsi que les dispositions relatives au système de qualification qu'ORES s'était, elle-même, fixées.

La motivation retenue par ORES dans sa décision d'attribution du marché et relative à l'écartement de l'offre de la requérante est, par voie de corollaire, inadéquate.

Le moyen en cette branche est, dès lors, sérieux ».

Le développement de la seconde branche se lit comme suit :

« *En droit*

Le principe de confiance est un principe de bonne administration qui a pour objectif d'éviter que les attentes légitimes que le citoyen place dans l'intervention de l'administration soient trompées, ce qui suppose que le citoyen doit pouvoir se fier à un comportement constant des pouvoirs publics ou aux engagements ou promesses des pouvoirs publics dans un cas concret. Pour pouvoir invoquer une violation du principe de confiance, une partie requérante doit fournir la preuve d'un comportement de l'administration qui a donné lieu à une attente légitime.

En d'autres termes, il faut éviter de manquer aux attentes légitimes que le citoyen tire de l'action de l'administration.

En l'espèce

En l'espèce, et ainsi qu'il l'est exposé *supra*, ORES a invité la SA JACOBS à déposer offre, puis a considéré que celle-ci ne remplissait pas les critères de sélection.

La confiance légitime de la requérante a ainsi manifestement été trompée dès lors que :

L'invitation à remettre offre suppose, dans le cadre d'une procédure en deux phases, que l'opérateur économique concerné ait été sélectionné ;

Le marché était basé sur le système de qualification WQBLAAWA, pour lequel ORES a confirmé en janvier 2023 que la requérante était bien qualifiée [...];

Le point III.11 du cahier spécial des charges prévoyait que l'invitation à présenter une offre était envoyée à tous les candidats qualifiés au moment de l'envoi périodique indicatif [...].

Le moyen en cette seconde branche est sérieux ».

IV.2. Appréciation du Conseil d'État

Les dispositions pertinentes de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics se lisent comme il suit :

« Art. 140. Lorsque l'entité adjudicatrice choisit d'établir un système de qualification conformément à l'article 148, le système doit faire l'objet d'un avis spécifique destiné à cet effet, indiquant le but du système de qualification, sa durée de validité et les modalités d'accès aux règles qui le gouvernent.

Lorsque cet avis sert de moyen d'appel à la concurrence, son usage est limité aux procédures restreintes ou négociées avec mise en concurrence préalable, aux dialogues compétitifs et aux partenariats d'innovation.

[...] »

« Art. 146. § 1^{er}. Dans les procédures restreintes, les procédures de dialogue compétitif, les partenariats d'innovation et les procédures négociées avec mise en concurrence préalable, l'entité adjudicatrice invite simultanément et par écrit les candidats retenus à présenter leurs offres, à participer au dialogue ou à négocier.

[...] »

« Art. 147. § 1^{er}. Aux fins de la sélection de participants à des procédures de passation de marché, les règles suivantes s'appliquent :

1° l'entité adjudicatrice ayant établi des règles et des critères d'exclusion des soumissionnaires ou des candidats conformément à l'article 149, alinéa 1^{er}, ou à l'article 151, § 1^{er}, exclut les opérateurs économiques en fonction de ces règles et de ces critères ;

2° elle sélectionne les soumissionnaires ou les candidats conformément aux règles et critères objectifs établis en vertu des articles 149 et 151 ;

3° dans les procédures restreintes, dans les procédures négociées avec mise en concurrence, dans les dialogues compétitifs et dans les partenariats d'innovation, elle limite, le cas échéant, conformément à l'article 149, alinéa 2, le nombre des candidats retenus en vertu des points 1° et 2° du présent paragraphe.

§ 2. Lorsque l'appel à la concurrence s'effectue par un avis sur l'existence d'un système de qualification et aux fins de la sélection de participants à des procédures de passation de marchés spécifiques faisant l'objet de la mise en concurrence, l'entité adjudicatrice :

1° qualifie les opérateurs économiques conformément à l'article 148 ;

2° applique à ces opérateurs économiques qualifiés les dispositions du paragraphe 1^{er} qui se rapportent aux procédures restreintes, aux procédures négociées, aux dialogues compétitifs ou aux partenariats d'innovation.

[...]

§ 4. Lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par les opérateurs économiques sont ou semblent incomplets ou erronés, ou lorsque certains documents sont manquants, l'entité adjudicatrice peut, sans préjudice de l'article 121, § 6, alinéa 2, demander aux candidats ou soumissionnaires concernés de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage d'une procédure ouverte ou restreinte, sans que cela ne puisse mener à une modification des éléments essentiels du marché.

[...] »

« Art. 148. § 1^{er}. Les entités adjudicatrices peuvent, si elles le souhaitent, établir et gérer un système de qualification d'opérateurs économique.

[...]

§ 2. Le système prévu au paragraphe 1^{er} peut comprendre plusieurs stades de qualification.

Les entités adjudicatrices établissent des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés, et des critères et règles objectifs de fonctionnement du système de qualification, portant sur des aspects tels que l'inscription au système, la mise à jour périodique des qualifications, le cas échéant, et la durée du système.

Lorsque ces critères et règles comportent des spécifications techniques, les articles 53 à 55 s'appliquent. Ces critères et ces règles peuvent au besoin être mis à jour.

[...]

§ 5. Lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés spécifiques de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification sont attribués selon des procédures restreintes ou négociées, dans laquelle les participants sont sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système.

[...] »

« Art. 149. L'entité adjudicatrice peut établir des règles et critères objectifs d'exclusion et de sélection des soumissionnaires ou candidats ; ces règles et critères sont à la disposition des opérateurs économiques intéressés.

Lorsque les entités adjudicatrices doivent assurer un équilibre approprié entre les caractéristiques spécifiques de la procédure de passation de marché et les moyens que requiert son accomplissement, elles peuvent, dans le cadre de procédures restreintes ou négociées, de dialogues compétitifs ou de partenariats d'innovation, établir des règles et critères objectifs qui traduisent cette nécessité et permettent à l'entité adjudicatrice de limiter le nombre de candidats qui seront invités à présenter une offre ou à négocier. Le nombre des candidats retenus doit toutefois tenir compte du besoin d'assurer une concurrence suffisante »

« Art. 151. § 1^{er}. Les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des opérateurs économiques qui demandent à être qualifiés dans le cadre d'un système de qualification et les règles et les critères objectifs d'exclusion et de sélection des candidats et des soumissionnaires dans des procédures ouvertes, restreintes ou négociées, dans des dialogues compétitifs ou dans des partenariats d'innovation peuvent inclure les motifs d'exclusion énumérés aux articles 67 à 69, dans les conditions imposées en vertu de ces dispositions.

Lorsque l'entité adjudicatrice est un pouvoir adjudicateur, ces critères et règles incluent les motifs d'exclusion énumérés aux articles 67 à 69, dans les conditions qui y sont exposées.

Le cas échéant, il sera également tenu compte des mesures correctrices visées à l'article 70.

§ 2. Les critères et les règles visés au paragraphe 1^{er} peuvent inclure les critères de sélection établis à l'article 71, imposés en vertu de la présente disposition.

§ 3. Aux fins de l'application des paragraphes 1^{er} et 2, les articles 73 à 76 s'appliquent.

Les candidats ou soumissionnaires doivent, soit au moment du dépôt des demandes de participation ou des offres, soit au moment de la demande de qualification, en ce qui concerne les marchés dont le montant est égal ou supérieur au seuil fixé pour la publicité européenne, produire le Document unique de marché européen visé à l'article 73, sauf en cas de recours à la procédure négociée sans mise en concurrence préalable dans les cas visés à l'article 124, § 1^{er}, 4^o à 6^o et 8^o à 11^o.

Le Roi peut, pour les marchés dont le montant est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne, définir les cas où le Document unique de marché européen doit également être produit conformément à l'alinéa 2. »

Il résulte de ces dispositions que le système de qualification est à la fois un moyen de mise en concurrence des marchés couverts et un mécanisme de « pré-sélection » des candidats qualifiés.

Le pouvoir adjudicateur peut encore, conformément à l'article 148, § 5, sélectionner les participants qu'il invite à déposer une offre, parmi les candidats qualifiés. En l'espèce, la partie adverse indique avoir invité tous les candidats qualifiés à déposer une offre pour le marché de travaux relatif au réseau aérien basse tension et aux travaux d'éclairage public. Les documents du marché imposent toutefois, au titre de critères de sélection spécifiques pour chaque lot à attribuer, une classe d'agrégation et un nombre minimal d'équipes complètes. Ainsi, pour le lot 17, les opérateurs doivent disposer au minimum d'une équipe complète et être agréés en catégorie P2 et en classe 4. Pour d'autres lots, plus importants, deux ou trois équipes complètes sont requises, ainsi qu'une agrégation allant jusqu'à la classe 7. *Prima facie*, une telle façon de procéder ne paraît pas contraire aux dispositions précitées. Elle semble justifiée, en l'occurrence, au regard du nombre de lots d'importance variable à attribuer et de la possibilité de soumissionner pour plusieurs d'entre eux.

L'article 147, § 6, de la loi du 17 juin 2016 rappelle le principe selon lequel « le marché n'est pas attribué à un soumissionnaire qui aurait dû être exclu conformément à l'article 151 ou qui ne remplit pas les critères de sélection établis par l'entité adjudicatrice conformément à l'article 149, alinéa 1^{er}, et à l'article 151 ». L'article 66 de l'arrêté royal du 18 juin 2017 relatif à l'attribution des marchés publics dans les secteurs spéciaux dispose également que « lorsqu'un marché public est passé par une entité adjudicatrice qui applique, conformément à l'article 151 de la loi, des motifs d'exclusion prévus et/ou des critères de sélection, l'entité adjudicatrice peut revoir la sélection d'un candidat déjà sélectionné ou d'un soumissionnaire à quelque stade de la procédure de passation que ce soit, si sa situation à la lumière des motifs d'exclusion ou du respect du ou des critère(s) de sélection applicables ne répond plus aux conditions ».

En l'espèce, la partie adverse a vérifié que les soumissionnaires ne se trouvaient pas dans une situation d'exclusion et a analysé les offres au regard des critères de sélection qualitative. Il n'est pas contesté que la partie requérante ne disposait pas, au moment de déposer sa première offre, d'une équipe complète en ordre de permis, puisqu'elle ne présentait que deux agents réseau disposant d'une habilitation AGS 205 et d'un permis LBT 208. Invitée à régulariser son offre sur ce point, elle n'a pas été en mesure de démontrer qu'elle disposait d'un troisième agent réseau muni d'une habilitation AGS 205 et d'un permis LBT 208. Il s'en déduit qu'elle ne satisfaisait plus aux conditions de qualification ni aux critères de sélection qualitative définis pour ce marché spécifique.

Il résulte de ce qui précède que la partie adverse n'a pas violé les dispositions et principes invoqués au titre de la première branche du moyen, en

considérant que la partie requérante ne répondait pas aux critères de sélection qualitative.

La première branche du premier moyen n'est pas sérieuse.

Le principe de légitime confiance est celui en vertu duquel le citoyen doit pouvoir se fier à une ligne de conduite claire et constante de l'autorité ou à des concessions ou des promesses que les pouvoirs publics ont faites dans un cas concret.

En l'occurrence, il ne peut être trouvé dans les circonstances avancées par la partie requérante une quelconque ligne de conduite claire et constante de l'autorité, ni des concessions ou les promesses qu'elle serait nécessairement sélectionnée pour le marché spécifique en cause.

L'indication, dans le courrier électronique de couverture généré par la plateforme « e-procurement » pour la transmission de l'invitation à déposer une offre, selon laquelle la partie requérante est « sélectionnée par un pouvoir adjudicateur pour un dossier restreint », doit être comprise à la lumière de l'article 148, § 5, de la loi du 17 juin 2016, selon lequel « lorsqu'une mise en concurrence est effectuée au moyen d'un avis sur l'existence d'un système de qualification, les marchés spécifiques de travaux, fournitures ou services couverts par le système de qualification sont attribués selon des procédures restreintes ou négociées, dans laquelle les participants sont sélectionnés parmi les candidats déjà qualifiés selon un tel système ».

Pour les raisons exposées à l'occasion de l'examen de la première branche, le fait que la partie requérante est inscrite dans le système de qualification WQBLAAWA et qu'elle a été invitée à déposer une offre sur cette base n'implique pas nécessairement que son offre soit définitivement sélectionnée, alors qu'elle ne répond plus aux conditions de qualification et, en conséquence, aux conditions de sélection du marché.

De même, la confirmation que la partie requérante est inscrite dans le système de qualification, sur la base des informations fournies dans ce cadre au moment de sa demande de qualification, ne présume pas de sa sélection définitive pour un marché spécifique mis en concurrence sur la base de ce système. La partie requérante ne peut se prévaloir d'une quelconque promesse ou attente légitime sur cette base, spécialement dans la mesure où elle avait connaissance de la composition actuelle de son équipe et des permis et habilitations dont disposaient ses agents au moment de déposer son offre.

La seconde branche du premier moyen n'est pas sérieuse.

En conséquence, le premier moyen n'est pas sérieux.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèse de la partie requérante

La partie requérante prend un deuxième moyen « de la violation des articles 4, 71, 149 et 151 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, ainsi que des principes de bonne administration, d'égalité de traitement entre soumissionnaires, de non-discrimination, de concurrence, de transparence et du principe de proportionnalité ».

Le développement de son moyen se lit comme il suit :

« En droit

Lorsque des critères de sélection qualitative sont fixés conformément aux articles 149 et 151 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, l'autorité adjudicatrice ne peut imposer que des critères qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer.

A cet égard, les critères de sélection doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. Les critères de sélection ne peuvent ainsi avoir pour conséquence de limiter l'accès au marché à un nombre inutilement restreint de soumissionnaires.

S'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa propre appréciation à celle de l'autorité adjudicatrice quant à l'opportunité du choix des critères de sélection, celui-ci reste en mesure de sanctionner les critères qui ne seraient pas liés et proportionnés à l'objet du marché.

Le principe de proportionnalité est, en outre, consacré à l'article 4 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et "implique en particulier pour les adjudicateurs, à tous les stades des procédures de mise en concurrence (sélection, passation, exécution), de n'imposer aucune formalité, condition ou exigence qui, en raison de son caractère disproportionné au regard de l'objet du marché, aurait pour conséquence de discriminer certains opérateurs économiques ou de diminuer indûment la concurrence qui doit prévaloir entre ceux-ci".

En l'espèce

En l'espèce, ORES exige, au titre des critères de sélection qualitative, qu'il existe, à tout le moins, une équipe en ordre de permis au moment de l'offre [...].

Cette équipe doit, selon les spécifications techniques relatives aux travaux sur réseau aérien basse tension et d'éclairage public, se composer comme suit

1.2. QUALIFICATION DU PERSONNEL EMPLOYÉ SUR LES CHANTIERS

Une équipe, dont le travail est de réaliser tous les travaux définis dans la présente Spécification Technique, est composée du nombre nécessaire d'agents repris ci-dessous. Cette équipe doit disposer du charroi et de l'outillage nécessaires.

<div>Permis</div> <div>Equipe</div>	AGS205 Connaissance et gestion des risques électriques à proximité et sur le lieu de travail	AGS205 Connaissance et gestion des risques électriques à proximité et sur le lieu de travail + AGG207 Pose de câbles EP, BT et HT en souterrain	AGS205 Connaissance et gestion des risques électriques à proximité et sur le lieu de travail + LBT208 Construction Réseaux aériens BT et EP
1 RDT	x		
1 CDT Plantation		x	
1 agent plantation			
1 CDT réseaux aériens BT-EP			x
2 agents réseaux aériens BT-EP			x

Lors de la réalisation des travaux une équipe sera toujours composée de minimum 2 agents dont 1 CDT.

[...] :

L'offre de la requérante a, *in casu*, été écartée sous prétexte que la requérante n'aurait proposé qu'un seul agent en ordre de permis pour les travaux BT (basse tension).

Cependant, l'exigence en lien avec la preuve que deux agents réseaux aériens BT-EP disposent de l'agrément visé (AGS205 + LBT208) paraît disproportionnée dès lors que les mêmes stipulations techniques précisent que les travaux devront concrètement être réalisés par une équipe composée au minimum de deux agents dont un CDT.

Ce CDT doit également disposer des permis AGS205 et LBT208.

Il en résulte que sur chantier, seuls un CDT et un agent réseau pourraient être affectés à l'exécution des travaux.

Par conséquent, rien ne justifie d'exiger la mise à disposition de deux agents réseaux, en plus d'un CDT, disposant des agréments susvisés, et ce, d'autant plus que le CDT devra toujours être présent sur le chantier [...].

En corollaire, en cas d'exigence d'un seul agent réseau (en plus du CDT), plutôt que de deux, les travaux ne seront pareillement exécutés que si deux agents dont un CDT sont affectés à la réalisation des travaux.

Par ailleurs, la requérante souligne qu'elle a exécuté et exécute des marchés publics portant sur les travaux sur réseau aérien et d'éclairage public pour le compte et à la satisfaction d'ORES, alors que ces marchés n'exigeaient pas, comme critère de sélection, la présence d'une équipe en ordre de permis au moment de l'offre.

Il s'agit notamment du :

- Marché relatif aux travaux sur réseau aérien basse tension et travaux d'éclairage public dans toute la Wallonie, lancé le 17 mai 2011 [...] ;
- Marché relatif aux travaux sur réseau aérien basse tension et travaux d'éclairage public dans la Région de Liège sur base du système de qualification WQBLAAWA, dont le cahier spécial des charges a été établi le 30 avril 2013 [...].

De surcroît, concernant le marché relatif aux travaux sur réseau aérien basse tension et travaux d'éclairage public dans la Région de Liège (référence WTCMBLAALG17), le lot 2 du marché a été concrètement exécuté par un CDT et un agent réseau en ordre de permis [...], sans qu'aucune difficulté ne survienne dans le cadre de l'exécution des travaux.

Compte tenu de ces éléments, l'exigence de disposer d'une équipe en ordre de permis comprenant deux agents "réseaux" au moment de la soumission ne revêt pas un caractère justifié, dès lors qu'elle ne permet pas de déterminer les opérateurs économiques capables techniquement de réaliser les travaux.

Le moyen est dès lors fondé. »

V.2. Appréciation du Conseil d'État

Lorsqu'en application de l'article 149, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016, l'entité adjudicatrice établit des critères de sélection des candidats ou soumissionnaires, elle dispose d'une grande marge d'appréciation pour fixer ces critères et les seuils à atteindre. L'exercice de sa compétence discrétionnaire est néanmoins soumis au respect de certaines conditions.

Ainsi, l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 (auquel se réfère l'article 151, § 2) impose au pouvoir adjudicateur de limiter ces critères à ceux qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose des capacités économiques, financières, techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à attribuer. Les critères doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. Les choix posés par le pouvoir adjudicateur dans la définition des critères de sélection doivent pouvoir être justifiés au regard des caractéristiques du marché concerné et des contraintes auxquelles l'exécution de celui-ci exposera l'attributaire, ces critères

devant précisément permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de ce que l'opérateur choisi sera capable d'exécuter ce marché. Par ailleurs, les critères de sélection qualitative ne peuvent être conçus dans l'intention de limiter artificiellement la concurrence ou de favoriser ou défavoriser indûment certains opérateurs économiques (article 5 de la loi du 17 juin 2016 précitée).

En l'espèce, le marché porte sur des travaux relatifs au réseau aérien basse tension et aux travaux d'éclairage public. Le critère de sélection en cause vise à assurer que les membres du personnel de l'adjudicataire chargés de l'exécution de ce marché disposent des formations requises, en termes de sécurité notamment.

Au regard de cette spécificité du marché, qui n'est pas contestée en tant que telle, le critère de sélection litigieux n'apparaît pas ne pas être lié à l'objet de ce marché et ne paraît pas davantage disproportionné. De même, en considération de ce qui est attendu de l'attributaire du marché, pour l'exécution de celui-ci, l'utilité de ce critère ne paraît, *prima facie*, pas devoir être mise en doute.

Il résulte de l'examen du premier moyen que le principe selon lequel le marché ne peut être attribué à un soumissionnaire qui ne remplit pas les conditions de sélection découle de la loi elle-même. Une telle exigence ne peut dès lors être considérée comme disproportionnée.

La circonstance que, pour des marchés antérieurs, la partie adverse n'a pas jugé nécessaire de prévoir des critères de sélection spécifiques, en sus des conditions de qualification, ne suffit pas à établir que le critère de sélection litigieux soit disproportionné. Il en va d'autant plus ainsi que, pour le lot 17, le critère de sélection litigieux équivaut au critère de qualification, que la partie requérante ne critique pas et dont il n'est pas contesté qu'il est demeuré inchangé depuis 2011 (sous la réserve d'un regroupement de certains permis dans une nouvelle nomenclature).

Enfin, la disproportion du critère de sélection n'est pas davantage établie par une comparaison avec les conditions d'exécution du marché. *Prima facie*, il n'apparaît pas manifestement déraisonnable d'imposer au soumissionnaire de disposer de trois agents (en ce compris un chef de travaux) munis des permis et habilitations requis, même si les spécifications techniques n'imposent la présence simultanée sur le chantier que de deux d'entre eux. L'exigence selon laquelle « lors des différentes phases des travaux une équipe sera toujours composée de minimum 2 agents dont 1 CDT » est d'ailleurs rappelée dans la « Spécification technique travaux BAA/LAA – Travaux sur le réseau aérien basse tension et d'éclairage public » applicable au système de qualification. *Prima facie*, le fait de disposer d'un

agent supplémentaire permet, comme l'indique la partie adverse, d'organiser le travail en fonction du chantier, de son importance et des délais d'exécution, en faisant travailler tous les agents simultanément ou en organisant une tournante (« shift ») entre eux.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VI. Confidentialité

La partie requérante dépose ses offres (initiale et améliorée) à titre confidentiel. Elle invoque le secret des affaires et le maintien d'une concurrence loyale entre les entreprises. Il s'agit des pièces 14 et 16 annexées à la requête.

La partie adverse dépose les pièces 1 à 16 à titre confidentiel.

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

La partie adverse ayant toutefois transmis, par courriel, en cours de procédure, la pièce n° 2 (document Excel concernant les ouvriers en ordre de qualification en 2019) à la partie requérante, la confidentialité de cette pièce ne doit pas être maintenue.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces 14 et 16 annexées à la requête ainsi que les pièces 1 et 3 à 16 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le 4 avril 2023, par :

Elisabeth Willemart,
Nathalie Roba,

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

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Elisabeth Willemart