

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

n° 259.091 du 11 mars 2024

A. 241.227/VI-22.758

En cause : **la société anonyme KLINKENBERG,**
ayant élu domicile chez
M^e Olivier ESCHWEILER, avocat,
rue de Mery 42
4130 Esneux,

contre :

la Province du Brabant wallon,
ayant élu domicile chez
M^{es} Marc UYTENDAELE
et Nathan MOURAUX, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

Requérante en intervention :

la société à responsabilité limitée COOL SUN ENERGY,
ayant élu domicile chez
M^e Luc BIHAIN, avocat,
Parc d’Affaire Zénobe Gramme,
square des Conduites d’Eau 7-8
4020 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 15 février 2024, la partie requérante demande la suspension, selon la procédure d’extrême urgence, de l’exécution de « la décision prise par son Collège le 21 décembre 2023, et communiquée le 31 janvier 2024, d’attribuer le marché de fournitures relatif à l’installation de panneaux photovoltaïques sur les bâtiments administratifs provinciaux de Campus BW à l’entreprise COOL SUN ENERGY pour un montant de 352.981,36 € T.V.A.C. et de déclarer l’offre de KLINKENBERG S.A. substantiellement irrégulière et par conséquent de l’écarter ».

II. Procédure

Par une ordonnance du 16 février 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 4 mars 2024.

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

Par une requête introduite le 1^{er} mars 2024, la société à responsabilité limitée Cool Sun Energy demande à intervenir dans la présente procédure.

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

M. Xavier Close, conseiller d'État, président f.f., a exposé son rapport.

M^e Gaël Tilman, *loco* M^e Olivier Eschweiler, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Nathan Mouraux, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et M^e Marine Havelange, *loco* M^e Luc Bihain, avocate, ont été entendu en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu 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 utiles à l'examen de la demande

1. Le 19 octobre 2023, le conseil provincial de la province du Brabant wallon décide de la réalisation d'un marché public de fournitures ayant pour objet « l'installation de panneaux photovoltaïques sur les toitures des bâtiments administratifs provinciaux de Campus BW », à savoir les bâtiments « Archimède », « Copernic », « Galilée » et « Marie-Curie ».

A l'issue de sa délibération, le conseil provincial décide que le montant total maximum du marché sera de 330.991,74 euros HTVA, réparti entre les quatre bâtiments. Il fait également le choix d'une procédure ouverte, pour laquelle il adopte un cahier spécial des charges.

2. L'article I.5. du cahier des charges précise ce qui suit au sujet de la sélection qualitative des soumissionnaires, sur le plan de la capacité économique et financière :

Capacité économique et financière du soumissionnaire (critères de sélection)

Le DUME, par lequel l'opérateur économique déclare qu'il satisfait aux critères de sélection suivants :

N°	Critères de sélection	Exigences minimales
1	<p>Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du présent marché (missions de conception, de fournitures, de placement et de mise en œuvre d'installations photovoltaïques) (*) portant sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.</p> <p>(*) Si les activités du soumissionnaire portent exclusivement sur l'installation de panneaux photovoltaïques, la déclaration ne concernera que le chiffre d'affaires global.</p>	<p>Le chiffre d'affaires annuel global moyen sur les trois dernières années sera de 200.000,00 euros. Le chiffre d'affaires annuel moyen du domaine d'activités faisant l'objet du présent marché (missions de conception, de fournitures, de placement et de mise en œuvre d'installations photovoltaïques) sur les trois dernières années sera de 90.000,00 euros.</p> <p>Si les activités du soumissionnaire portent exclusivement sur l'installation de panneaux photovoltaïques, le chiffre d'affaires annuel global moyen sur les trois dernières années sera de 90.000,00 euros.</p>

L'article I.6. du cahier des charges, concernant la forme et le contenu des offres, précise ce qui suit, notamment quant aux documents devant être joints aux offres :

« **1.6 Forme et contenu des offres**

Le soumissionnaire établit son offre en français et complète l'inventaire sur le modèle annexé au cahier des charges le cas échéant. Si le soumissionnaire établit son offre sur d'autres documents que le formulaire prévu, il supporte l'entière responsabilité de la parfaite concordance entre les documents qu'il a utilisés et le formulaire.

Les offres étant transmises par des moyens électroniques, le rapport de dépôt de l'offre doit être revêtu d'une signature électronique qualifiée.

Lorsque le rapport de dépôt est signé par un mandataire, celui-ci mentionne clairement son (ses) mandant(s). Le mandataire joint l'acte authentique ou sous seing privé qui lui accorde ses pouvoirs ou une copie scannée de la procuration.

Si l'offre est déposée par un groupement d'opérateurs économiques (y compris la société momentanée), chaque participant doit signer le rapport de dépôt.

Les prix doivent toujours être exprimés en euro.

Les documents suivants doivent être joints complétés, le non-respect de ces modalités pouvant entraîner le cas échéant l'irrégularité de l'offre :

- 1. Documents relatifs à la sélection qualitative : voir les documents mentionnés au point 1.5.

2. Documents de régularité de l'offre :

2.A Le formulaire de soumission dûment complété et signé.

2.B L'inventaire complété et signé avec l'indication des prix. Le montant total est arrondi au centime d'euros. Le soumissionnaire assume la responsabilité de l'exactitude des quantités et totaux qu'il mentionne.

2.C Une note éventuelle signalant les erreurs et omissions relevées par le soumissionnaire, avec justification ; ainsi que les remarques du soumissionnaire.

2.D Les statuts de la société du soumissionnaire.

2.E Pour les soumissions signées et/ou déposées par des mandataires, l'acte de procuration leur conférant ce ou ces pouvoirs avec la preuve que cette personne lui conférant le mandat est compétente pour le faire.

2.F Pour les soumissions signées par un organe de la société du soumissionnaire ayant la qualité requise par les statuts pour signer l'offre (administrateur ...), l'acte de nomination attestant que le mandat de cette personne lui conférant ce pouvoir est toujours en cours.

3. Documents relatifs aux critères d'attribution : voir les éventuels documents mentionnés au point 1.10. »

L'article I.10 du cahier des charges énonce quant à lui les quatre critères d'attribution à savoir le « Rapport Prix au kWc proposé pour l'ensemble des bâtiments » (55 points), la « Conception de l'installation » (25 points), le « Délai d'exécution, [le] planning, et [la] méthodologie (15 points) et l'« Intégration architecturale » (5 points).

Le premier critère d'attribution est explicité comme suit :

N°	Description	Pondération
1	Rapport Prix au kWc proposé pour l'ensemble des bâtiments	55 points
	<p>Il s'agit du rapport entre le prix proposé pour l'ensemble des installations photovoltaïques et la puissance crête de l'ensemble des installations.</p> <p>Le soumissionnaire proposera un prix et une puissance crête par installation photovoltaïque pour chaque bâtiment visé par le marché.</p> <p>Par puissance crête, on entend la puissance produite par l'installation photovoltaïque lorsqu'elle est soumise aux conditions standards d'ensoleillement. C'est une référence qui a pour but de comparer les installations entre elles.</p> <p>Pour l'élaboration de son offre, le soumissionnaire tiendra compte de l'enveloppe maximale de 400.500,00 € TVAC que le pouvoir adjudicateur a prévue pour le présent marché, qui est ventilée comme suit :</p>	

<ul style="list-style-type: none"> - Le bâtiment WAV_ARCO-023_001, dit bâtiment Archimède, 115.000,00€ TVAC, - Le bâtiment WAV_ARCO-023_002, dit bâtiment Copernic, 98.000,00 € TVAC, - Le bâtiment WAV_GAL-027_001, dit bâtiment Galilée, 115.000,00 € TVAC, - Le bâtiment WAV_GAL-027_003, dit bâtiment Marie-Curie, 72.500,00 € TVAC. <p>Le soumissionnaire tiendra également compte des exigences techniques définies dans la partie III du présent cahier spécial des charges.</p>	
---	--

Le pouvoir adjudicateur évaluera ce critère suivant les propositions faites par le soumissionnaire dans le tableau suivant :

Bâtiment	Prix proposé/bâtiment	kWc (total)/bâtiment	Ratio prix/kWc par bâtiment
Archimède			
Copernic			
Galilée			
Marie Curie			

Somme des ratios prix/kWc pour l'offre considérée	
---	--

Un classement des offres sera établi suivant la somme des ratios prix par kWc proposée par chacun des soumissionnaires.

Somme la plus basse = 55 points
Somme la plus haute= 0 point

Pour les soumissionnaires se situant entre celui proposant, en fonction de leur place dans le classement, ils perdront autant de points par place que la pondération du critère divisé par le nombre de soumissionnaires qui ont répondu au marché sans compter celui proposant.

Exemple :

Il y a six soumissionnaires qui ont répondu.
 $55 / (6-1) = 11$ points
Le 1er du classement aura 55 points
Le 2ème du classement aura $55 - 11 = 44$ points
Le 3ème du classement aura $55 - 22 = 33$ points
Le 4ème du classement aura $55 - 33 = 22$ points
Le 5ème du classement aura $55 - 44 = 11$ points
Le 6ème et dernier du classement aura 0 point.

3. La requérante dépose une offre, de même que trois autres soumissionnaires, la SRL Cool Sun Energy, la SA Dauvister et la SA Monnaie.

4. Dans sa délibération du 21 décembre 2023, le collège provincial de la partie adverse décide d'abord de ne pas sélectionner la SA Dauvister en raison du fait que cette société n'avait « pas joint à son offre deux des trois moyens de preuve demandés par le cahier spécial des charges attestant de sa capacité financière ainsi que de ses compétences techniques et professionnelles ».

À ce sujet, l'acte attaqué relève spécifiquement que « l'entreprise Dauvister SA a été constituée le 28 mars 2007 de sorte qu'elle disposait forcément des chiffres d'affaires demandés ».

Le collège provincial décide également d'écarter l'offre de la requérante en raison de l'absence, en annexe de cette offre, du tableau visé par le premier critère d'attribution énonçant le « rapport prix au kWc proposé pour l'ensemble des bâtiments », la partie adverse estimant que cette absence constitue une irrégularité substantielle.

L'offre de la SA Monnaie est également écartée du marché, en raison de l'absence, en annexe de l'offre de cette société, du même document et d'un second document prescrit par les documents du marché.

S'agissant de l'offre de la SRL Cool Sun Energy, requérante en intervention dans la présente procédure, l'acte attaqué comporte les motifs suivants au sujet de la sélection qualitative :

« [...] l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL n'a présenté ni un chiffre d'affaires annuel global moyen ni un chiffre d'affaires annuel moyen du domaine d'activités faisant l'objet du présent marché, sur les trois dernières années, qui auraient correspondu aux exigences définies dans le Cahier spécial des charges ;

[...] cette absence de déclaration ne peut cependant pas entraîner l'écartement de l'adjudicataire pressenti du présent marché; qu'en effet, le Cahier des charges, conformément aux termes de l'article 67, § 1^{er}, al.2, 2° de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, prévoit qu'il doit être satisfait à cette exigence “[...] dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.”; qu'en l'espèce, l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL a été constituée le 29 août 2022; qu'il ressort de l'acte constitutif que les constituants ont décidé au jour de la constitution de l'entreprise que le premier exercice social finirait le 30 septembre 2023 et que la première assemblée générale qui statuerait sur les comptes serait tenue le 15 mars 2024 ; qu'il s'ensuit qu'au jour du dépôt de son offre, l'adjudicataire pressenti n'était pas en mesure de présenter les chiffres d'affaires visés dans le Cahier spécial des charges de sorte qu'il ne peut être écarté du marché de ce chef.

[...]

[...] il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL remplit les conditions minimales de capacité technique, telles que exigées par le Cahier spécial des charges, et doit être sélectionnée ;

[...] en ce qui concerne la capacité financière et économique, elle ne peut être que présumée, l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL, constituée au mois d'août 2022, ne disposant pas au jour de la signature de l'offre de comptes approuvés pour les motifs exposés ci-avant ».

L'acte attaqué comporte par ailleurs les motifs suivants au sujet de la régularité de l'offre de la requérante en intervention :

« Considérant qu'après vérification de la conformité de l'offre de l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL aux exigences, conditions et critères mentionnés dans les documents du marché ainsi qu'au regard de la réglementation applicable, le pouvoir adjudicateur a relevé que (1) l'offre a été déposée dans le délai imparti sur la plateforme e-Procurement, (2) le soumissionnaire a correctement complété le formulaire d'offre et l'inventaire, (3) le rapport de dépôt de l'offre est signé par une personne, dont le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de vérifier qu'elle était bien habilitée au jour de la signature pour représenter valablement l'entreprise au regard des statuts, actes de nomination et/ou mandat éventuel qui n'étaient pas joints à l'offre ;

Que les documents nécessaires à la vérification des pouvoirs du signataire du rapport de dépôt de l'offre n'étant pas joints à l'offre, celle-ci était à ce stade de l'analyse grevée d'une irrégularité que le pouvoir adjudicateur a jugée non-substantielle; que cette irrégularité vénielle n'était donc pas de nature à entraîner à elle seule l'écartement de l'offre; que le pouvoir adjudicateur a consulté le site de la BCE mais n'y a trouvé aucune information utile; que le pouvoir adjudicateur, usant de la faculté que lui offre l'article 66 § 3 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, a dès lors invité le soumissionnaire à lui transmettre la preuve des pouvoirs de représentation du signataire du rapport de dépôt de l'offre; que cette preuve a été apportée par le soumissionnaire; que l'offre a ainsi été purgée de l'irrégularité non-substantielle qui la grevait de sorte que le pouvoir adjudicateur a pu poursuivre son analyse ;

Que poursuivant la vérification de la conformité de l'offre de l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL aux exigences, conditions et critères mentionnés dans les documents du marché ainsi qu'au regard de la réglementation applicable, le pouvoir adjudicateur relève encore que (4) sous réserve de ce qui précède, les documents requis sont joints à l'offre ;

Que le pouvoir adjudicateur a également contrôlé que l'offre de l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL répondait aux conditions techniques posées par le Cahier spécial des Charges ; que des précisions/compléments d'informations ont été apportés par le soumissionnaire sur quelques éléments du dossier à la demande du pouvoir adjudicateur usant de la faculté que lui réserve l'article 66, § 3 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ;

Que ces précisions/compléments d'informations avaient trait au critère d'attribution n° 2 "Conception de l'installation" et plus précisément à/aux raison/s de l'incompatibilité de l'onduleur présenté avec des batteries ainsi qu'aux taux d'autoconsommation proposés ;

Que ces précisions/compléments d'informations avaient également trait au sous-critère 3.2 "Planning d'intervention" et plus précisément au délai de livraison des fournitures, à la computation des deux délais de 20 jours calendriers annoncés pour les deux phases de "pose et installation technique" et à la planification plus précise du débriefing entre parties au terme de la phase 1 ;

Qu'après contrôle de la régularité de l'offre, qui a donné lieu à une régularisation et des précisions/compléments d'informations que le soumissionnaire a transmis au pouvoir adjudicateur, il est apparu que l'offre de l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL était régulière au regard des exigences, conditions et critères mentionnés dans les documents du marché ainsi qu'au regard de la réglementation applicable ;

Considérant que le pouvoir adjudicateur a ensuite procédé à la vérification des prix de l'offre de l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL ;

[...] ».

5. En conclusion des motifs qui précèdent, le collège provincial de la partie adverse décide de sélectionner la requérante en intervention, de déclarer son offre régulière et de lui attribuer le marché, pour un montant total de 352.981,36 euros TVAC (291.720,14 euros HTVA).

Il s'agit de l'acte attaqué.

6. Le 31 janvier 2024, la partie adverse communique à la requérante une copie de la décision d'attribution, accompagnée de la mention du délai et des modalités de recours.

IV. Intervention

Par une requête introduite le 1^{er} mars 2024, la société à responsabilité limitée Cool Sun Energy demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, cette société a intérêt à intervenir dans la présente affaire.

Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Premier moyen

V.1. Thèse des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation de : « la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11 ; la loi sur les marchés publics du 17 juin 2016, notamment en ses articles 4, 71 et 83 ; la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3 ; la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession, notamment en ses article 4 et 5 ; l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses articles 67 et 76 ; du cahier spécial des charges, et notamment des articles I.5, I.6 et I.10 ; du

principe *patere legem quam ipse fecisti* ; des principes de bonne administration, et notamment du devoir de minutie ; du principe d'égalité des soumissionnaires ».

Elle résume son moyen comme suit :

« [...] la requérante reproche à la partie adverse d'avoir écarté son offre au motif d'une irrégularité substantielle.

Ce moyen est divisé en trois branches.

A) Première branche – motivation irrégulière basée sur des motifs inexacts

Dans cette branche, la requérante fait grief à la partie adverse d'avoir motivé sa décision d'irrégularité de l'offre sur un motif inexact.

Concrètement, la partie requérante reproche à la partie adverse d'avoir justifié l'écartement de son offre au motif que "le document important destiné à permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier le critère d'attribution n° 1 'Rapport Prix au kWc proposé pour l'ensemble des bâtiments' et de comparer l'offre du soumissionnaire avec les autres offres reçues" était manquant alors que les documents du marché n'imposaient pas la production de pareil document.

B) Deuxième branche – absence des causes d'irrégularité substantielle visées par la partie adverse

Dans cette branche, la requérante fait grief à la partie adverse d'avoir motivé le caractère substantiel de la prétendue irrégularité de son offre sur base de motifs inexacts.

Concrètement, la partie adverse relève, dans sa décision querellée, quatre justifications du caractère substantiel de la prétendue irrégularité de l'offre de la requérante dont aucune ne permet cependant d'établir le caractère substantiel.

En effet,

- a) L'article I.6 auquel il est fait référence ne qualifie pas de substantielle l'irrégularité éventuelle de l'offre en cas de manquement d'un document ;
- b) L'absence du tableau dont question n'empêche nullement l'évaluation de l'offre de la requérante, ni sa comparaison avec les autres offres ;
- c) L'absence du tableau dont question ne peut être qualifié de non-respect d'une exigence minimale ;
- d) L'absence du tableau dont question n'a nullement ni porté atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, ni affecté la comparabilité des offres, ni modifié le classement des offres, ni compromis la bonne exécution du marché.

C) Troisième branche – rupture d'égalité entre les soumissionnaires

Dans cette branche, la requérante fait grief à la partie adverse d'avoir traité plus favorablement l'offre de l'adjudicataire que l'offre de la requérante ».

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse expose, en substance, qu'il était essentiel que les soumissionnaires complètent le tableau figurant dans la description du critère d'attribution n° 1 et le joignent à leur offre. A défaut, la partie adverse ne pouvait

pas disposer « aisément des données qui devaient y figurer » et ne pouvait donc pas procéder à la comparaison des offres. Pour cette raison, l'absence de dépôt du tableau en annexe d'une offre devait donc bien être considérée comme une irrégularité substantielle.

C. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante résume son argumentation comme suit :

« Quant à la première branche du premier moyen, la partie intervenante conteste que la motivation de l'acte attaqué, en ce qu'il déclare l'offre de Klinkenberg irrégulière, serait basée sur des motifs inexacts et partant, serait irrégulière. En effet, il ressort clairement du cahier spécial des charges que celui-ci exigeait, pour le critère n° 1, la production du tableau complété figurant au point I.10 et que l'absence de ce document serait sanctionnée par l'irrégularité de l'offre, prescrite par le point I.6, comme l'a relevé la partie adverse dans l'acte attaqué.

Quant à la deuxième branche du premier moyen, la partie intervenante entend qu'il soit confirmé que l'offre de la partie requérante rencontre effectivement les causes d'irrégularité substantielle soulevées par la partie adverse dans l'acte attaqué. Il en va d'ailleurs ainsi de l'absence du tableau relatif au critère d'attribution n° 1 dans l'offre de la partie requérante qui est substantiellement irrégulière. Pour le surplus, la partie intervenante rejoint la partie adverse dans ses développements.

Quant à la troisième branche du premier moyen, la partie intervenante conteste qu'il existerait une rupture du principe d'égalité entre les soumissionnaires, de même qu'il ait pu, à un aucun moment, être fait preuve de "mansuétude" à son égard, ou encore qu'un quelconque traitement inégalitaire des offres ait pu avoir lieu dans le chef de la partie adverse ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

La requérante conteste l'affirmation de l'acte attaqué selon laquelle les soumissionnaires avaient l'obligation de joindre à leur offre un document complété conforme au tableau mentionné par le cahier des charges au sujet du premier critère d'attribution, et que l'abstention de le faire constituait une irrégularité de l'offre.

L'article I.6. du cahier des charges, consacré à la forme et au contenu des offres, énonçait ce qui suit :

« Les documents suivants doivent être joints complétés, le non-respect de ces modalités pouvant entraîner le cas échéant l'irrégularité de l'offre :
[...]
3. Les documents relatifs aux critères d'attribution ; »

Le premier critère d'attribution mentionnait par ailleurs ce qui suit :

Le pouvoir adjudicateur évaluera ce critère suivant les propositions faites par le soumissionnaire dans le tableau suivant :			
Bâtiment	Prix proposé/bâtiment	kWc (total)/bâtiment	Ratio prix/kWc par bâtiment
Archimède			
Copernic			
Galilée			
Marie Curie			
			Somme des ratios prix/kWc pour l'offre considérée
Un classement des offres sera établi suivant la somme des ratios prix par kWc proposée par chacun des soumissionnaires.			

Il résulte de l'application conjointe de ces deux extraits du cahier des charges que les soumissionnaires devaient effectivement déposer, à l'appui de leur offre, une proposition sous forme de tableau reprenant, pour chacun des quatre bâtiments concernés, le prix de la fourniture et de l'installation des panneaux photovoltaïques, la puissance de crête (kWc) par bâtiment, le ratio entre le prix et la puissance de crête, et le total des quatre ratios.

C'est donc à bon droit que la partie adverse a considéré qu'il s'agissait là d'une exigence des documents du marché, et que l'absence de ce document en annexe de l'offre de la requérante constituait une irrégularité.

En ce qu'il repose sur l'affirmation contraire, le premier moyen, en sa première branche, n'est pas sérieux.

B. Quant à la deuxième branche

L'article I.6. du cahier des charges, reproduit plus haut, n'a pas expressément érigé en irrégularité substantielle l'absence de dépôt des « documents relatifs aux critères d'attribution ». Il s'est limité à prévoir que le non-respect de cette obligation pouvait « entraîner le cas échéant l'irrégularité de l'offre ».

Dans un tel contexte, conformément à l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, la partie adverse devait se prononcer sur le caractère substantiel ou non substantiel de l'irrégularité de l'offre de la requérante et, dans l'hypothèse d'une irrégularité substantielle, la déclarer nulle.

L'acte attaqué comporte les motifs suivants quant à l'appréciation de la partie adverse sur le caractère substantiel de l'irrégularité commise :

« Considérant qu'après vérification de la conformité de l'offre de l'entreprise KLINKENBERG SA aux exigences, conditions et critères mentionnés dans les documents du marché ainsi qu'au regard de la réglementation applicable, le pouvoir adjudicateur a relevé que (1) l'offre a été déposée dans le délai imparti sur la plateforme e-Procurement, (2) le soumissionnaire a correctement complété le formulaire d'offre et l'inventaire, (3) le rapport de dépôt de l'offre est signé par une personne habilitée au jour de la signature pour représenter valablement l'entreprise au regard des statuts et actes de nomination joints à l'offre, (4) les documents requis sont joints à l'offre, sous réserve du document important destiné à permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier le critère d'attribution n° 1 "Rapport Prix au kWc proposé pour l'ensemble des bâtiments" et de comparer l'offre du soumissionnaire avec les autres offres reçues;

Que le document manquant consistait en un tableau préparé par le pouvoir adjudicateur et reproduit dans le point du Cahier spécial des charges ayant pour objet ce critère d'attribution, qu'il appartenait au soumissionnaire de compléter et de joindre à son offre ;

Que ce document, lié à un critère d'attribution qui représente 55 points sur un total de 100, étant manquant, l'offre du soumissionnaire déroge au prescrit du cahier spécial des charges de sorte qu'elle est irrégulière ;

Que le Cahier spécial des charges prévoyait, en son point I.6 "Forme et contenu de l'offre", que si un ou plusieurs des documents requis devait/aient ne pas être joint/s à l'offre, ce manquement pourrait "[...] entraîner le cas échéant l'irrégularité de l'offre [...]";

Qu'aux termes de l'article 76, § 1^{er}, al. 1 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, "Constitue une irrégularité substantielle celle qui est de nature à donner un avantage discriminatoire au soumissionnaire, à entraîner une distorsion de concurrence, à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire ou la comparaison de celle-ci aux autres offres ou à rendre inexistant, incomplet ou incertain l'engagement du soumissionnaire à exécuter le marché dans les conditions prévues";

Que l'irrégularité constatée était en l'espèce de nature à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire et la comparaison de celle-ci aux autres offres pour un de ses critères d'attribution ;

Qu'en outre, aux termes de l'article 76, § 1, al. 2 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, "Sont réputées substantiel/es notamment les irrégularités suivantes : [...] 3° le non-respect des exigences minimales [...]";

Que l'irrégularité avait en l'espèce trait à un critère d'attribution ; que les critères d'attribution relèvent des conditions essentielles d'un marché (P. Thiel, Mémento des marchés publics et des PPP 2023, p. 454 et CJUE, 10-05-2012 cité) ;

Qu'enfin, pour le Conseil d'État, une exigence est essentielle lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle aura pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché ;

Que dans le cas présent, le critère d'attribution concerné par l'irrégularité représentait 55 points sur un total de 100 ; qu'il se déduisait de cette pondération

que le pouvoir adjudicateur lui avait attaché une portée très importante de sorte que sa méconnaissance a pour effet d'empêcher une appréciation du critère et d'affecter la comparabilité des offres ;

Qu'au terme de son analyse, le pouvoir adjudicateur a qualifié l'irrégularité qui grevait l'offre d'irrégularité substantielle ;

Qu'étant fait usage d'une procédure ouverte dans le cadre du présent marché, le pouvoir adjudicateur a déclaré nulle l'offre du soumissionnaire en application de l'article 76, § 3, précité ; qu'une irrégularité substantielle emporte nécessairement l'écartement de l'offre, le pouvoir adjudicateur ne disposant d'aucune marge d'appréciation à cet égard dans le cadre d'une procédure ouverte ;

Que pour les motifs développés ci-avant, l'offre de l'entreprise KLINKENBERG SA est jugée substantiellement irrégulière et doit être écartée ; ».

Le constat du caractère substantiel de l'irrégularité contenue dans l'offre de la requérante repose donc sur trois motifs.

Le premier motif est l'affirmation que « l'irrégularité constatée était en l'espèce de nature à empêcher l'évaluation de l'offre du soumissionnaire et la comparaison de celle-ci aux autres offres pour un de ses critères d'attribution ».

Ce motif ne peut, *prima facie*, être considéré comme exact.

S'il est vrai que le dépôt du tableau en question en annexe de l'offre du soumissionnaire était une exigence du cahier des charges, et que ce tableau permettait la comparaison aisée des offres entre elles, son absence n'a pas rendu matériellement impossible, ni même exagérément difficile, la comparaison de l'offre de la requérante avec les autres offres déposées.

La partie adverse ne conteste pas que l'ensemble des informations nécessaires pour compléter les différentes cellules du tableau en question étaient bien présentes dans l'offre de la requérante. La puissance de crête (kWc) des installations photovoltaïques proposées pour les quatre bâtiments provinciaux y est en effet précisée en pages 22 à 24 de son offre. Le prix de la fourniture et de l'installation des panneaux pour chacun des quatre bâtiments était quant à lui repris dans le document intitulé « annexe D : inventaire », déposé avec l'offre.

Le « ratio prix/kWc par bâtiment », constituant la dernière colonne du tableau, pouvait être déduit objectivement des informations de base précitées en divisant simplement, pour chaque bâtiment, le prix hors TVA de l'installation par sa puissance de crête (kWc).

La « somme des ratios prix/kWc pour l'offre considérée » pouvait quant à elle être calculée en additionnant les quatre ratios précités.

Ces opérations étaient simples et objectives. Elles n'impliquaient aucune modification de l'offre de la requérante, ni même la nécessité de l'interroger pour qu'elle précise son offre.

Contrairement à ce qu'affirme l'acte attaqué, les offres pouvaient bien être comparées – malgré l'irrégularité affectant l'offre de la requérante – pour autant que la partie adverse exploite elle-même les informations qui y étaient présentes, sous une autre forme que celle exigée par les documents du marché.

À cet égard, la partie adverse a souligné dans sa note d'observations et à l'audience qu'« il ne revenait aucunement à la partie adverse de rechercher les données manquantes au sein des documents transmis dans l'offre transmise » et que « aucune disposition légale ou réglementaire ne l'impose d'ailleurs ». Elle souligne aussi qu'il appartient à la requérante de préparer minutieusement son offre.

Ces remarques ne peuvent en l'espèce, et *prima facie*, être suivies.

En premier lieu, ces arguments ne sont pas utilisés dans la motivation formelle de l'acte attaqué pour qualifier de substantielle l'irrégularité contenue dans l'offre de la requérante. Ils ne peuvent donc être pris en considération s'agissant d'examiner la légalité de l'acte attaqué au regard des obligations de motivation matérielle et formelle qui s'imposent à la partie adverse.

En deuxième lieu, le manque de minutie de la requérante est avéré, puisqu'elle a omis de joindre à son offre un document requis par les documents du marché, mais ce manque de minutie et l'irrégularité qui en a résulté ne dispensent pas la partie adverse de son obligation d'utiliser des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles pour fonder sa décision quant au caractère substantiel ou non de l'irrégularité commise.

En troisième lieu, l'offre de la requérante en intervention, adjudicataire du marché, ne comportait elle-même pas un tableau totalement conforme au prescrit du cahier des charges, puisque le ratio final – précisément celui qui était utile pour comparer les offres quant à ce critère d'attribution – n'y apparaissait pas. Cette offre impliquait donc aussi, quoique d'une manière moindre que pour l'offre de la requérante, l'obligation pour le pouvoir adjudicateur de procéder à une opération mathématique pour la comparer aux autres offres.

Le deuxième motif de l'acte attaqué repose sur l'affirmation que l'obligation de déposer le document en question en annexe de l'offre constituait une « exigence minimale du marché » car « l'irrégularité avait en l'espèce trait à un critère d'attribution ». Le troisième motif insiste sur l'importance de ce critère en soulignant son caractère essentiel aux yeux de la partie adverse, et sa très grande importance dans le cadre de l'attribution du marché.

Ces motifs n'apparaissent pas non plus, *prima facie*, pouvoir être admis.

S'il est exact que les informations que devait contenir le tableau visé par le premier critère d'attribution sont indispensables à l'examen de ce critère, et si ce critère doit effectivement être considéré comme essentiel dans l'attribution du marché, la forme selon laquelle ces informations apparaissent dans l'offre des soumissionnaires – c'est-à-dire un tableau – ne peut, *prima facie*, être qualifiée d'« exigence minimale » du marché.

Hormis les hypothèses où les documents du marché indiquent expressément qu'il s'agit d'une exigence minimale ou substantielle, une disposition a ce caractère lorsque son auteur a voulu lui attacher une telle portée, notamment parce que sa méconnaissance éventuelle peut avoir pour effet de porter atteinte à l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, d'affecter la comparabilité des offres, de modifier le classement de celles-ci ou de compromettre la bonne exécution du marché.

En l'occurrence, les documents du marché n'identifient pas le tableau des ratios kWc/prix, visé par le premier critère d'attribution, comme étant une « exigence minimale ».

Par ailleurs, comme relevé au sujet du premier motif, l'irrégularité que constitue l'absence de ce tableau dans l'offre de la requérante – dans la mesure où les informations nécessaires pour remplir ce tableau sont présentes et facilement identifiables dans l'offre de la requérante – n'a pas eu pour effet de rendre impossible l'appréciation du premier critère d'attribution et la comparaison de cette offre avec les autres. Cette absence n'apparaît par ailleurs pas de nature à affecter l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, ni pouvoir modifier le classement des offres.

Dans ces circonstances, la présence du tableau précité dans les offres des soumissionnaires ne peut donc, *prima facie*, être qualifiée d'une exigence minimale du marché.

Le premier moyen, en sa deuxième branche, est sérieux en ce qu'il est pris de la violation de l'article 76 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et des obligations de motivation formelle et matérielle qui s'imposent au pouvoir adjudicateur.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen pris de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation de : « la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11 ; la loi sur les marchés publics du 17 juin 2016, notamment en ses articles 4, 71 et 83 ; la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3 ; la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession, notamment en ses article 4 et 5 ; l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses articles 67 et 76 ; du cahier spécial des charges, et notamment des articles I.5, I.6 et I.10 ; du principe *patere legem quam ipse fecisti* ; des principes de bonne administration, et notamment du devoir de minutie ; du principe d'égalité des soumissionnaires ».

Elle résume son moyen comme suit :

- « Par ce second moyen, la requérante fait grief à la partie adverse a conclu à la régularité de l'offre de l'adjudicataire, ainsi qu'au respect par celui-ci des critères de sélection qualitative

Ce moyen est divisé en quatre branches.

A) Première branche – violation des règles relatives à la sélection qualitative

Dans cette branche, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir violé les règles de sélection qualitative relatives à la capacité financière et économique en acceptant que l'adjudicataire ne dépose aucune déclaration relative à son chiffre d'affaires alors qu'elle était en mesure d'établir pareille déclaration.

B) Deuxième branche – violation des règles relatives à la régularité des offres

Dans cette branche, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir violé les règles relatives à la régularité des offres en acceptant que l'adjudicataire ne joigne pas à son offre les documents établissant l'habilitation du signataire de l'offre, et en faisant usage de l'article 66, § 3 de la loi du 17 juin 2016 au mépris des principes d'égalité de traitement.

C) Troisième branche – violation de l'égalité entre les soumissionnaires

Dans cette branche, la requérante reproche à la partie adverse d'avoir violé les principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires en traitant de manière plus favorable l'offre de l'adjudicataire que l'offre de la requérante.

D) Quatrième branche – défaut de motivation

Dans cette branche, la requérante reproche à la partie adverse de ne pas avoir exposé les motifs qui justifient la qualification de vénielle de l'irrégularité de l'offre de l'adjudicataire, au mépris de ses obligations de motivation ».

B. Thèse de la partie adverse

Dans sa note d'observations, la partie adverse expose essentiellement qu'elle disposait d'un pouvoir d'appréciation concernant la définition de ce qu'est le « chiffre d'affaires » et qu'elle a pu raisonnablement considérer que cette notion renvoyait au droit comptable, et donc aux comptes annuels approuvés par l'assemblée générale du soumissionnaire et déposés à la Banque nationale.

Selon elle, puisque l'adjudicataire « a été constitué le 29 août 2022, qu'il a clôturé son exercice comptable le 30 septembre 2023 et qu'une première assemblée générale validant les comptes annuels aura lieu le 15 mars 2024, il est évident que l'on se situe dans l'hypothèse visée à l'article 67, § 1^{er}, 2^o et à l'article 1.5 du cahier spécial des charges qui prescrivent le dépôt d'une déclaration "dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles" ».

C. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante résume ses arguments comme suit :

« Quant à la première branche du second moyen, la partie intervenante conteste qu'il y ait eu dans le chef de la partie adverse une violation des règles relatives à la sélection qualitative. En effet, l'approbation des comptes annuels par l'assemblée générale de la partie intervenante, qui sera réunie pour la première fois le 15 mars 2024, était un préalable indispensable à la production d'une quelconque déclaration relative au chiffre d'affaires, afin d'en assurer une force probante sans faille. À ce sujet, tant l'arrêté royal du 18 avril 2017 que le cahier spécial des charges ou encore, le droit comptable, avalisent l'interprétation donnée de la notion de chiffre d'affaires par les parties adverse et intervenante.

Quant à la deuxième branche du second moyen, la partie intervenante conteste la théorie de la partie requérante selon laquelle son offre était substantiellement irrégulière en raison de l'absence de preuve du pouvoir de signature de la personne qui a signé le rapport de dépôt. Au contraire, c'est à bon droit que la partie adverse a fait faire application de l'article 66, § 3 de la loi du 17 juin 2016 à l'égard de la partie intervenante, afin de voir celle-ci compléter l'information manquante à cet égard. En effet, le véritable enjeu réside en réalité dans la question de l'existence du pouvoir de signature dans le chef du mandataire et non

dans la question de la production du mandat, qui, bien que postérieure au dépôt de l'offre, n'a eu aucun impact concret sur le marché.

Quant à la troisième branche du second moyen, la partie intervenante conteste qu'il y ait eu une violation de l'égalité entre les soumissionnaires tant concernant l'examen de la régularité des offres que de la vérification des critères de sélection qualitative. Au contraire, la partie intervenante n'a bénéficié d'aucune "mansuétude" de la part de la partie adverse, en comparaison avec les autres soumissionnaires.

Quant à la quatrième branche du second moyen, la partie intervenante conteste l'existence d'un quelconque défaut de motivation dans le chef de la partie adverse lorsqu'elle qualifie l'irrégularité liée à l'absence de preuve de pouvoir de signature de "vénielle" ».

D. L'avis de l'auditeur rapporteur

L'auditeur rapporteur a soulevé, à l'audience, une exception d'irrecevabilité relative au deuxième moyen.

À son estime, le premier moyen de la requête devant être rejeté, l'offre de la requérante a été valablement écartée du marché. Or, le deuxième moyen dénonce des illégalités sans rapport avec les motifs qui ont justifié l'écartement de l'offre de la requérante, et qui ne peuvent aboutir à une remise en cause de la régularité de la décision à cet égard. La perspective de voir invalidée la procédure d'attribution, avec la nécessité pour la partie adverse de la recommencer *ab initio*, ne suffit pas à démontrer concrètement la lésion qu'aurait causé ou risqué de causer à la requérante la violation alléguée.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la recevabilité du moyen

Dans le cadre des recours en annulation et en suspension entrant dans le champ d'application de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, l'intérêt d'une partie requérante à invoquer un moyen existe si elle a été lésée ou a risqué d'être lésée par la violation qu'elle allègue.

Il ressort de l'examen du premier moyen que les motifs du constat d'une irrégularité substantielle dans l'offre de la requérante sont *prima facie* irréguliers. Il ne peut donc être considéré, lors de l'examen du deuxième moyen, que l'offre de la requérante a été valablement exclue du marché.

L'irrégularité dénoncée dans le deuxième moyen est de nature à causer grief à la requérante.

B. Quant au fond

Le cahier des charges impose le critère de sélection qualitative et les exigences minimales suivants, concernant la capacité économique et financière attendue des soumissionnaires :

N°	Critères de sélection	Exigences minimales
1	<p>Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du présent marché (missions de conception, de fournitures, de placement et de mise en œuvre d'installations photovoltaïques) (*) portant sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.</p> <p>(*) Si les activités du soumissionnaire portent exclusivement sur l'installation de panneaux photovoltaïques, la déclaration ne concernera que le chiffre d'affaires global.</p>	<p>Le chiffre d'affaires annuel global moyen sur les trois dernières années sera de 200.000,00 euros. Le chiffre d'affaires annuel moyen du domaine d'activités faisant l'objet du présent marché (missions de conception, de fournitures, de placement et de mise en œuvre d'installations photovoltaïques) sur les trois dernières années sera de 90.000,00 euros.</p> <p>Si les activités du soumissionnaire portent exclusivement sur l'installation de panneaux photovoltaïques, le chiffre d'affaires annuel global moyen sur les trois dernières années sera de 90.000,00 euros.</p>

La requérante affirme que « l'adjudicataire n'a joint à son offre aucun document relatif à ce critère » de sélection qualitative. Selon elle, en « acceptant que l'adjudicataire ne dépose aucune déclaration, alors qu'elle était en possibilité de le faire, la partie adverse a bafoué son propre cahier des charges, ainsi que les normes visées au moyen ».

S'agissant de statuer sur la sélection de la requérante en intervention, l'acte attaqué énonce les motifs formels suivants :

« [...] l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL n'a présenté ni un chiffre d'affaires annuel global moyen ni un chiffre d'affaires annuel moyen du domaine d'activités faisant l'objet du présent marché, sur les trois dernières années, qui auraient correspondu aux exigences définies dans le Cahier spécial des charges ;

[...] cette absence de déclaration ne peut cependant pas entraîner l'écartement de l'adjudicataire pressenti du présent marché; qu'en effet, le Cahier des charges, conformément aux termes de l'article 67, § 1^{er}, al.2, 2° de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, prévoit qu'il doit être satisfait à cette exigence “[...] dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles”; qu'en l'espèce, l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL a été constituée le 29 août 2022; qu' il ressort de l'acte constitutif que les constituants ont décidé au jour de la constitution de l'entreprise que le premier exercice social finirait le 30 septembre

2023 et que la première assemblée générale qui statuerait sur les comptes serait tenue le 15 mars 2024 ; qu'il s'ensuit qu'au jour du dépôt de son offre, l'adjudicataire pressenti n'était pas en mesure de présenter les chiffres d'affaires visés dans le Cahier spécial des charges de sorte qu'il ne peut être écarté du marché de ce chef.

[...]

[...] il résulte de l'ensemble de ces éléments que l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL remplit les conditions minimales de capacité technique, telles que exigées par le Cahier spécial des charges, et doit être sélectionnée ;

[...] en ce qui concerne la capacité financière et économique, elle ne peut être que présumée, l'entreprise COOL-SUN ENERGY SRL, constituée au mois d'août 2022, ne disposant pas au jour de la signature de l'offre de comptes approuvés pour les motifs exposés ci-avant ».

Il se déduit de ces motifs que la requérante en intervention, constituée en août 2022, n'a déposé ni la déclaration attestant de ce qu'elle disposait d'un chiffre d'affaires global moyen d'au moins 200.000 euros sur les trois dernières années, ni la déclaration attestant d'un chiffre d'affaires moyen, dans le domaine spécifique des installations photovoltaïques, d'au moins 90.000 euros sur les trois dernières années. Le dossier administratif permet de vérifier qu'elle n'a pas non plus déposé une déclaration relative à ses chiffres d'affaires, global ou spécifique au domaine d'activité concerné, réalisés depuis sa création l'année précédente, ce que confirment les parties adverse et intervenante.

L'acte attaqué décide néanmoins, en se donnant pour fondement l'article 67, § 1^{er}, alinéa 2, 2^o, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de sélectionner l'offre de la requérante.

Selon la partie adverse, en application de cette disposition, l'exigence du cahier des charges de voir déposée, dans le cadre de la sélection qualitative, une « déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise » et « le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché », et ce pour les trois dernières années, ne peut être appliquée à un soumissionnaire que « dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ».

La requérante en intervention ayant clôturé son premier exercice comptable le 30 septembre 2023, mais l'assemblée générale destinée à valider ses comptes annuels n'étant programmée que le 15 mars 2024, les chiffres d'affaires utiles à la sélection qualitative ne sont, à son estime, pas disponibles. Aux yeux de la partie adverse, en l'absence de tout compte annuel disponible, la capacité financière et économique de la requérante en intervention « ne peut être que présumée ».

Cette interprétation de l'article 67, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, de l'arrêté royal précité du 18 avril 2017 ne peut *prima facie* être suivie.

La sélection qualitative des soumissionnaires est destinée, selon le texte de l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, « 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 ». Cette sélection vise donc à exclure d'un marché les soumissionnaires qui – selon l'appréciation portée par le pouvoir adjudicateur lors de l'adoption des documents du marché – ne démontrent pas avoir les capacités requises pour l'exécuter.

Conformément à l'article 66, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précitée, 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 » notamment que « l'offre provient d'un soumissionnaire [...] qui répond aux critères de sélection fixés par le pouvoir adjudicateur ».

Il en résulte que lorsque le pouvoir adjudicateur fait le choix d'imposer des critères de sélection qualitative et qu'il détermine les niveaux d'exigence appropriés pour satisfaire à cette sélection, il ne peut attribuer le marché qu'à un soumissionnaire qui satisfait aux critères et niveaux d'exigence ainsi décidés.

Dans ce contexte légal, l'arrêté royal du 18 avril 2017 contient une distinction entre, d'une part, le critère de sélection qualitative et le niveau d'exigence qui y lié et, d'autre part, les « moyens de preuve acceptables » de ce qu'un soumissionnaire y satisfait.

À ce dernier égard, l'article 65, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 énonce que le pouvoir adjudicateur doit indiquer dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents du marché, non seulement les « critères de sélection », mais également « les moyens de preuve acceptables ».

S'agissant de la capacité économique et financière, l'article 67, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal précité est par ailleurs rédigé comme suit :

« La preuve de la capacité économique et financière de l'opérateur économique peut, en règle générale, être apportée par un ou plusieurs des éléments de références suivants :

1° la présentation d'états financiers ou d'extraits d'états financiers, dans les cas où la publication d'états financiers est prescrite par la législation du pays dans lequel l'opérateur économique est établi ;

2° la déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et, le cas échéant, le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché, portant au maximum sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou du début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles ;
3° la preuve d'une assurance des risques professionnels ou, le cas échéant, une déclaration bancaire ».

Cet alinéa concerne uniquement la preuve de la capacité économique et financière de l'opérateur économique. Il correspond d'ailleurs à la transposition en droit interne de l'article 60, § 3, alinéa 1^{er}, et de l'annexe XII, partie 1, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, qui concernent « la preuve de la capacité économique et financière de l'opérateur économique ».

Lorsque l'article 67, § 1^{er}, alinéa 2, 2°, de l'arrêté royal précise que les déclarations concernant le chiffre d'affaires peuvent être réclamés « dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles », il ne dispense pas les opérateurs économiques qui ne disposent pas des chiffres d'affaires réclamés de satisfaire au critère de sélection qualitative fixé dans les documents du marché. Il vise seulement à les dispenser du mode de preuve de cette capacité, choisi par le pouvoir adjudicateur.

L'alinéa 3 énonce ce qui suit lorsqu'un opérateur économique n'est pas en mesure de déposer « les éléments de référence » – en d'autres termes les moyens de preuve – choisis par le pouvoir adjudicateur pour démontrer la capacité économique et financière des soumissionnaires :

« Toutefois, si pour une raison justifiée, l'opérateur économique n'est pas en mesure de produire les éléments de référence demandés par le pouvoir adjudicateur, il est autorisé à prouver sa capacité économique et financière par tout autre document. Il appartient au pouvoir adjudicateur d'apprécier le caractère approprié ou non du document présenté ».

Il en découle que si « pour une raison justifiée », un opérateur économique ne peut pas produire les références choisies par le pouvoir adjudicateur, il peut produire d'autres documents permettant « de prouver sa capacité économique et financière ».

Le pouvoir adjudicateur doit alors examiner les documents produits et apprécier s'ils permettent de confirmer, dans le chef du soumissionnaire, la capacité requise.

En l'espèce, l'article I.5. du cahier des charges – en ce qu'il contient l'« exigence minimale » que « le chiffre d'affaires annuel global moyen sur les trois dernières années [soit] de 200.000,00 euros » et que « le chiffre d'affaires annuel moyen du domaine d'activités faisant l'objet du présent marché (missions de conception, de fournitures, de placement et de mise en œuvre d'installation photovoltaïques) sur les trois dernières années [soit] de 90.000,00 euros », avec la précision que « si les activités du soumissionnaire portent exclusivement sur l'installation de panneaux photovoltaïques, le chiffre d'affaires annuel global moyen sur les trois dernières années [soit] de 90.000,00 euros » – fixe *prima facie* un critère de sélection qualitative et un niveau d'exigence s'appliquant à tous les soumissionnaires, sans qu'ils puissent en être dispensés.

En revanche, lorsqu'il exige que les soumissionnaires déposent, à l'appui de leur offre, une « déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffres d'affaires du domaine d'activité faisant l'objet du présent marché (missions de conception, de fournitures, de placement et de mise en œuvre d'installations photovoltaïques) et portant sur les trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création de l'entreprise ou de début d'activités de l'opérateur économique, dans la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles », avec la précision que « si les activités du soumissionnaire portent exclusivement sur l'installation de panneaux photovoltaïques, la déclaration ne concernera que le chiffre d'affaires global », le cahier des charges contient un choix du pouvoir adjudicateur en matière de preuve de la capacité économique et financière des opérateurs économiques. A supposer qu'il soit impossible de déposer la déclaration requise, l'opérateur économique peut alors recourir à un autre mode de preuve de sa capacité, comme prévu par l'article 67, § 3, de l'arrêté royal précité.

La partie adverse et la requérante en intervention allèguent qu'il n'était pas possible pour cette dernière de déposer une déclaration relative au chiffre d'affaires de sa première année d'activité car les comptes annuels de la société n'ont pu être approuvés que le 15 mars 2024.

Cette explication ne peut être admise.

D'une part, l'exigence du pouvoir adjudicateur quant à la démonstration de la capacité économique et financière concerne le dépôt d'une simple déclaration relative au chiffre d'affaires. Si celui-ci ne peut être considéré comme définitivement fixé que lorsque l'assemblée générale a approuvé les comptes annuels de la société, rien n'empêchait la requérante en intervention de faire, en

toute transparence, une déclaration relative au chiffre d'affaires de l'année écoulée, en se fondant sur les factures émises par la société.

D'autre part, et en toute hypothèse, cette prétendue impossibilité de faire une déclaration relative au chiffre d'affaires ne dispensait pas la requérante en intervention de démontrer sa capacité à l'aide d'autres documents. A cet égard, il lui était à tout le moins possible de déposer l'ensemble des factures correspondant à ses prestations en matière d'installation de panneaux photovoltaïques depuis sa création.

La partie adverse devait quant à elle vérifier concrètement, sur base des documents produits par la requérante en intervention à l'appui de son offre, si les exigences du cahier des charges en matière de capacité économique et financière étaient bien satisfaites.

Comme le soutient la requérante, et comme en atteste le dossier administratif, la requérante en intervention n'a déposé aucun document permettant d'établir ses capacités économiques et financières. La partie adverse, sans pouvoir vérifier si la requérante en intervention satisfaisait au critère défini par le cahier des charges, a quant à elle considéré qu'elle devait présumer que tel était le bien cas.

Ce faisant, la partie adverse n'a, *prima facie*, pas fait une correcte application de l'article 67, § 1^{er}, alinéa 2, 2^o et § 3 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Le deuxième moyen apparaît sérieux, en sa première branche, en ce qu'il est fondé sur la violation de cet article, du principe général *patere legem quam ipse fecisti* et de l'article I.5 du cahier des charges.

VII. Autres branches des moyens

Il n'y a pas lieu d'examiner la troisième branche du premier moyen et les deuxième, troisième et quatrième branches du deuxième moyen qui, à les supposer sérieuses, ne pourraient entraîner une suspension plus étendue de l'acte attaqué.

VIII. Confidentialité

La requérante dépose son offre en annexe de sa requête en annulation. Elle sollicite que celle-ci soit maintenue confidentielle. Il s'agit des pièces A1, A2 et A3 annexées à la requête.

Dans sa note d'observations, la partie adverse souligne déposer les pièces, A à D du dossier administratif à titre confidentiel. Il s'agit des offres des quatre soumissionnaires.

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 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société à responsabilité limitée Cool Sun Energy est accueillie.

Article 2.

La suspension de l'exécution de la décision adoptée par la province du Brabant wallon le 21 décembre 2023, et communiquée le 31 janvier 2024, d'attribuer le marché de fournitures relatif à l'installation de panneaux photovoltaïques sur les bâtiments administratifs provinciaux de Campus BW à l'entreprise Cool Sun Energy pour un montant de 352.981,36 € T.V.A.C. ainsi que de déclarer l'offre de la société Klinkenberg substantiellement irrégulière et par conséquent de l'écarter, est ordonnée.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les pièces A1, A2 et A3 annexées à la requête et les pièces A à D du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 11 mars 2024, par la VI^e chambre du
Conseil d'État siégeant en référé, composée de :

Xavier Close,	conseiller d'État, président f.f.,
Vincent Durieux,	greffier.

Le Greffier,	Le Président,
--------------	---------------

Vincent Durieux	Xavier Close
-----------------	--------------