

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 261.998 du 16 janvier 2025

A. 234.643/VI-22.159

En cause :

1. **la société à responsabilité limitée MARCEL
BARATTUCCI, INGÉNIEUR
ARCHITECTE & ASSOCIÉS,**

2. **la société à responsabilité limitée
ARCHITECTURE ET CRÉATION,**

formant ensemble la société momentanée
St.Ar.Tech.,

ayant toutes deux élu domicile chez
M^{es} Véronique VANDEN ACKER et François VISEUR,
avocats,
avenue Louise 140
1050 Bruxelles,

contre :

**la société coopérative à responsabilité limitée
TOIT & MOI, IMMOBILIERE SOCIALE
DE LA REGION MONTAIGNE,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Louis VANSNICK et
Hugo DE GENNES, avocats,
place Flagey 18
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 24 septembre 2021, les parties requérantes demandent l'annulation de :

- « la décision de date inconnue notifiée par un pli recommandé daté du 9 septembre 2021 et reçu le 13 septembre 2021, par laquelle la partie adverse :
- exclut l'offre des requérantes sur base de l'article 69, 7° de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics;
 - *a priori*, attribue le marché à un autre soumissionnaire;
- [...] dans le cadre de la procédure d'attribution du marché public de services ayant pour objet des "services d'architecture dans le cadre de la démolition respectueuse de l'environnement de 192 appartements, parkings enterrés et voiries situés à la cité du Coq à 7012 Jemappes »

II. Procédure

Un arrêt n° 251.896 du 20 octobre 2021 (ECLI:BE:RVSCE:2021:ARR.251.896) a rejeté la demande de suspension d'extrême urgence.

Les parties requérantes ont demandé la poursuite de la procédure.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M. Constantin Nikis, premier auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 1^{er} octobre 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 6 novembre 2024.

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

M^e François Viseur, avocat, comparaisant pour les parties requérantes, et M^e Caroline Marchal, *loco* M^{es} Hugo de Gennes et Louis Vansnick, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M. Constantin Nikis, premier auditeur, 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. Exposé des faits utiles

Les faits de la cause ont été exposés par le Conseil d'État – selon la relation qu'en donnaient les parties requérantes – dans l'arrêt n° 251.896 du 20 octobre 2021. Cet exposé n'a pas été contesté et n'apparaît pas devoir être modifié pour les besoins de l'examen du recours en annulation. Il y a donc lieu de s'y référer

pour l'essentiel.

Il est toutefois précisé que l'acte attaqué doit être identifié comme étant la décision du 11 juin 2021 du conseil d'administration de la partie adverse, et que cette décision a attribué le marché en cause au soumissionnaire R+ Architecture.

IV. Premier moyen

IV.1. Thèses des parties

A. Requête en annulation

Les parties requérantes soulèvent un premier moyen pris « de l'excès voire du détournement de pouvoir, de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et en particulier de ses articles 66 et 69, de la violation du principe *patere legem quam ipse fecisti* et de la violation du cahier spécial des charges, spécifiquement de son article 2.2.1 relatif au droit d'accès ».

Elles estiment que l'article 2.2.1 du cahier spécial des charges n'autorise le pouvoir adjudicateur à exclure, sur la base de l'article 69, 7°, de la loi du 17 juin 2016 précitée, que les entreprises qui sont « sous le coup d'un écartement résultant de défaillances importantes ou persistantes », c'est-à-dire « en application de l'article 48 [de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics] ».

À leur estime, tel ne serait pas le cas en l'espèce, les parties requérantes n'ayant jamais fait l'objet d'une sanction d'écartement, ni par la société de logement de service public La Sambrienne, ni par aucun autre pouvoir adjudicateur.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse conteste, en substance, la portée que donnent les parties requérantes à l'article 2.2.1 du cahier spécial des charges. Elle affirme que celui-ci est clair et n'est pas sujet à interprétation. Il désigne, selon elle, « l'écartement du soumissionnaire dans le cadre d'un marché antérieur conformément à l'article 69, al. 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016 » et c'est « dans ce sens que le terme “sous le coup d'un écartement” doit être entendu ».

C. Mémoire en réplique

Les parties requérantes se réfèrent à un arrêt du 14 janvier 2021 de la Cour de Justice de l'Union européenne (RTS infra et Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel, affaire C-387/19) dans lequel celle-ci a considéré que, pour qu'un Etat membre puisse valablement prévoir qu'un soumissionnaire doit d'initiative faire état des mesures correctrices qu'il a prises, il importait « que les opérateurs économiques soient ouvertement informés au préalable, de manière claire, précise et univoque, de l'existence d'une telle obligation, que cette information résulte directement des documents du marché ou d'un renvoi, dans ces documents, à la réglementation nationale pertinente ».

Cette exigence de clarté et de précision ferait défaut en l'espèce. Selon les parties requérantes, en raison de l'imprécision du cahier spécial des charges, l'interprétation selon laquelle « la disposition litigieuse du cahier spécial des charges limitait la possibilité pour l'adjudicateur d'exclure un soumissionnaire sur base de cette disposition aux entreprises ayant connu des défaillances importantes ou persistantes dans l'exécution d'autres marchés ayant abouti à leur écartement en application de l'article 48 RGE » ne peut être exclue.

Ce serait dès lors à tort que la partie adverse a décidé d'exclure les parties requérantes, qui n'étaient pas dans cette situation.

D. Dernier mémoire des parties requérantes

Dans leur dernier mémoire, les parties requérantes contestent la conclusion de l'auditeur rapporteur, et se réfèrent aux développements de leur précédents écrits.

IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat

L'article 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics prévoit ce qui suit :

« Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :

[...]

7° lorsque des défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec un adjudicateur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable ;

[...]

Les exclusions à la participation aux marchés publics mentionnées à l'alinéa 1^{er} s'appliquent uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'événement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction ».

L'article 48 de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics (ci-après, l'arrêté royal RGE), invoqué par les parties requérantes à l'appui de leur moyen, prévoit ce qui suit :

« Sans préjudice de la possibilité de prendre des mesures correctrices telles que visées à l'article 70 de la loi et des sanctions prévues dans le présent arrêté, l'adjudicataire défaillant peut être exclu par l'adjudicateur de la participation à ses marchés pour une période de trois ans, plus particulièrement lorsqu'il a fait preuve d'un manquement important ou continu lors de l'application d'une disposition essentielle en cours d'exécution du marché ou qu'il n'a pas respecté les dispositions de l'article 5, § 1^{er}, alinéa 2, de la loi ou de l'article 10 de la loi défense et sécurité.

L'intéressé est entendu préalablement afin d'exposer ses moyens de défense et la décision motivée lui est notifiée.

La décision de suspension doit faire référence au présent article.

La période d'exclusion est de trois ans. Pour le calcul du délai de trois ans, l'article 69, alinéa 2, de la loi s'applique.

[...] »

Les parties requérantes mettent en parallèle cette dernière disposition avec l'article 2.2.1. du cahier spécial des charges, qui énonce ce qui suit :

« 2.2. Motifs d'exclusion et sélection qualitative

2.2.1. Droit d'accès

La participation au présent marché est soumise au respect des conditions suivantes :

1. Le soumissionnaire atteste qu'il ne fait l'objet d'aucune condamnation pénale au sens de l'article 67, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ou, en cas de condamnation pénale, qu'il a adopté des mesures de nature à démontrer leur fiabilité en dépit d'un motif d'exclusion obligatoire et ce, conformément à l'article 70 de la loi (mesures correctrices).

2. Le soumissionnaire atteste qu'il est en ordre de paiement de ses impôts et taxes et de ses cotisations sociales, conformément à l'article 68, § 1^{er}, de la loi.

3. Le soumissionnaire transmettra un extrait de casier judiciaire.

4. En outre, pour une période de 3 ans, l'accès au présent marché peut être refusé à tout prestataire, en application de l'article 69, 7°, de la loi, sous le coup d'un écartement résultant de défaillances importantes ou persistantes constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché antérieur passé par un adjudicateur, lorsque les défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou une autre sanction comparable ».

Les parties requérantes affirment que l'article 2.2.1 du cahier spécial des charges, par sa mention d'un « écartement résultant de défaillances importantes ou persistantes constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché antérieur », se réfère nécessairement à la sanction prévue par l'article 48 de l'arrêté royal RGE. En adoptant cette disposition du cahier des charges, la partie adverse aurait, à leur estime, entendu réduire la portée du motif d'exclusion facultatif prévu par l'article 69, 7°, de la loi du 17 juin 2016 précitée à la seule hypothèse d'un soumissionnaire qui aurait fait l'objet d'une telle sanction, ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Cette interprétation de l'article 2.2.1 du cahier spécial des charges ne peut être suivie.

D'une part, cet article ne fait nullement référence à la sanction de suspension d'une durée de trois ans prise par un pouvoir adjudicateur en application de l'article 48 de l'arrêté royal RGE. Cette disposition du cahier des charges vise explicitement l'article 69, 7°, de la loi du 17 juin 2016 et donc, de manière plus large, l'ensemble des hypothèses dans lesquelles les défaillances d'un opérateur économique ont donné lieu « à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou une autre sanction comparable ». La durée de trois ans mentionnée dans cette disposition est par ailleurs une référence au texte de l'article 69, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016, qui énonce que « les exclusions à la participation aux marchés publics mentionnées à l'alinéa 1^{er} s'appliquent uniquement pour une période de trois ans à compter de la date de l'évènement concerné ou en cas d'infraction continue, à partir de la fin de l'infraction ».

D'autre part, il résulte de la formule d'engagement imposée aux soumissionnaires par le cahier des charges que ceux-ci devaient notamment déclarer « ne se trouver dans aucune des situations visées aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 ». Un tel engagement, qui vise sans restriction l'ensemble des motifs d'exclusion prévus par les articles 67 à 69 de la loi, n'est pas compatible avec l'interprétation restrictive que font les parties requérantes de la disposition du cahier

des charges en cause.

Le premier moyen manque dès lors en droit.

V. Deuxième moyen

V.1. Thèses des parties

A. Requête

Les parties requérantes soulèvent un deuxième moyen pris de « l'excès voire du détournement de pouvoirs, de la violation de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et plus particulièrement de ses articles 4, 69, 7° et 70, des principes de proportionnalité ; de transparence ; d'égalité et de non-discrimination ; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur de fait ».

Elles contestent que les manquements reprochés à l'association momentanée ST.AR.TECH dans le cadre du marché exécuté pour la société La Sambrienne, pris ensemble ou individuellement, puissent constituer des défaillances importantes ou persistantes du soumissionnaire justifiant sa non-sélection.

Elles estiment que ces reproches (refus d'obéir aux ordres, non-respect du budget, non-respect des échéances de la SWL, non-respect des plans conformes à la réglementation en matière de logement adaptable/PMR) ne sont pas démontrés par La Sambrienne ou, *a fortiori*, par la partie adverse. Elles exposent leurs arguments en réponse à ces reproches, et affirment que ceux-ci trouvent en réalité leurs origines dans des décisions ou des manquements de La Sambrienne.

À leur estime les « prétendus manquements reprochés par La Sambrienne aux requérantes » ne suffisent pas à justifier la décision litigieuse.

B. Demande de poursuite de la procédure

À l'occasion de leur demande de la poursuite de la procédure introduite à la suite du rejet de leur demande de suspension, les requérantes ajoutent une seconde branche à leur moyen, prise de la violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions.

Elles estiment qu'à supposer que la partie adverse ait porté une appréciation concrète au sujet de l'existence et de la gravité des manquements qui leur ont été imputés par La Sambrienne, cette appréciation n'est pas adéquatement motivée en la forme.

C. Mémoire en réponse

La partie adverse conteste la recevabilité des développements du moyen contenus dans la demande de poursuite de la procédure, dont elle estime qu'elle n'est pas destinée à contenir des arguments nouveaux.

Sur le fond, elle rappelle les termes de l'article 69, alinéa 1^{er}, 7°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elle relève que cette disposition ne conditionne pas la prise en considération de défaillances importantes ou persistantes dans le chef de l'opérateur économique à l'existence d'une mesure d'office « définitive » ou « coulée en force de chose jugée en cas de litige devant le juge judiciaire ». En l'occurrence, la société La Sambrienne a constaté des défaillances importantes dans l'exécution d'un marché confié à ST.AR.TECH, ce dont la partie adverse a été informée.

Elle estime bénéficier d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'elle applique les motifs d'exclusion facultative, le principe de bonne administration imposant qu'un pouvoir adjudicateur ne se lie pas avec un opérateur économique qui aurait commis des irrégularités ou des manquements graves dans le cadre de marchés antérieurs.

La partie adverse détaille les raisons pour lesquelles certains manquements reprochés aux parties requérantes, repris dans la motivation formelle de l'acte attaqué, peuvent être considérés comme graves. Elle estime que tout autre pouvoir adjudicateur placé devant les mêmes faits aurait pris la même décision, et aurait refusé de se lier à un tel soumissionnaire.

Elle estime qu'à supposer qu'elle ait été informée des arguments des parties requérantes en réponse à la mesure prise d'office par La Sambrienne, il ne lui appartenait pas de statuer sur le litige de droit civil qui s'est noué entre ces parties, pas plus qu'il n'appartient au Conseil d'État de le faire. Elle souligne que, lors de la prise de la décision d'attribution, aucun élément ne lui permettait de considérer que la mesure de résiliation unilatérale du marché était contestée.

La partie adverse conteste s'être limitée à constater l'existence d'une décision de résiliation unilatérale prise par la société La Sambrienne. Elle affirme avoir elle-même examiné les manquements reprochés aux parties requérantes et avoir pris la décision de les exclure du marché sur le fondement de sa propre appréciation de l'existence et de la gravité de ceux-ci. Elle conteste l'affirmation des requérantes lui reprochant le manque de contenu du dossier administratif, et estime au contraire que ce dossier contient tous les éléments et documents nécessaires à la prise d'une décision.

D. Mémoire en réplique

Concernant la recevabilité du grief contenu dans la deuxième branche, les parties requérantes affirment que les critiques développées à l'occasion de la demande de poursuite de la procédure font suite à la consultation du dossier administratif.

Elles disent ne pas apercevoir « en quoi les éléments développés dans le cadre de la demande de poursuite de la procédure devraient être déclarés irrecevables dès lors qu'ils auraient pu être développés dans le cadre d'un mémoire en réplique » et que la partie adverse a pu y réagir dans son mémoire en réponse.

E. Dernier mémoire des parties requérantes

Les parties requérantes contestent que l'examen de leur moyen implique que le Conseil d'État tranche le litige portant sur la rupture du contrat de marché public qu'elles avaient conclu avec la société La Sambrienne. Le moyen invite uniquement le Conseil d'État à contrôler le sérieux de l'appréciation portée par la partie adverse sur les motifs de cette rupture. Il s'agit donc d'un contrôle des motifs de l'acte attaqué, et non d'un examen de la régularité de la rupture du contrat précité.

Elles réaffirment que la partie adverse n'a pas exercé « un véritable contrôle sur la réalité et la qualification en tant que “défaillances importantes ou persistantes” » des faits qui leur ont été reprochés. Cette absence de contrôle serait constitutive d'une erreur manifeste d'appréciation, et l'acte attaqué serait inadéquatement motivé en la forme quant à cette question.

Selon elles, il est « constant que la gravité des faits qui fondent l'exclusion d'un soumissionnaire [doit] s'apprécier à l'aune du marché auquel ledit soumissionnaire participe et non du marché dans le cadre duquel il a été sanctionné ». À leur estime, la partie adverse donnerait « l'impression de s'être entièrement

reportée sur le jugement de La Sambrienne et elle n'explique pas en quoi les reproches formulés par La Sambrienne pourraient être transposés, dans leur gravité, au marché litigieux ». Selon elles, la partie adverse n'expliquerait, pour aucun des griefs, « la pertinence du reproche pour le cas d'espèce ».

V.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la première branche

Les parties requérantes n'ont pas mentionné, dans le formulaire d'engagement joint à leur offre, l'existence dans leur chef d'un motif d'exclusion, alors que ce document les invitait à confirmer « ne se trouver dans aucune des situations visées aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 » et à s'engager à produire à la demande du pouvoir adjudicateur les documents et preuves nécessaires. Elles n'ont par ailleurs pas déposé, à l'appui de leur offre, un argumentaire et des pièces destinés à démontrer leur fiabilité en tant que soumissionnaire malgré la mesure d'office de résiliation unilatérale du marché prise par la société La Sambrienne dans le cadre de l'exécution d'un autre marché public récent.

La partie adverse, qui a néanmoins été informée de cette exclusion, n'a statué que sur le fondement des éléments communiqués par la société de logement de service public La Sambrienne, à savoir des procès-verbaux de constats de manquement et la décision de résiliation d'office prise ce pouvoir adjudicateur.

Ces décision et procès-verbaux font partie du dossier administratif et peuvent dès lors matériellement fonder un éventuel constat, par la partie adverse, de défaillances importantes ou persistantes du soumissionnaire concerné lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur. Il n'est nul besoin que les manquements énumérés par ces procès-verbaux soient eux-mêmes démontrés par d'autres pièces versées au dossier administratif.

En fonction des éléments dont disposait la partie adverse, l'appréciation de celle-ci selon laquelle « les faits reprochés au prestataire ST.AR.TECH sont à considérer comme des défaillances importantes dans le chef d'un architecte à savoir le non-respect des demandes du pouvoir adjudicateur, le non-respect du budget et des échéances de la SWL [et] le non-respect des plans conformes à la réglementation en matière de logement adaptable/PMR », ne peut être considérée comme manifestement déraisonnable.

Les arguments exposés par les parties requérantes dans leurs écrits de procédure pour contester les motifs de leur exclusion du marché de la société La Sambrienne n'ont pas été portés à la connaissance de la partie adverse, et ils ne peuvent dès lors influencer l'examen du caractère raisonnable de la décision qu'elle a prise, cet examen devant se faire en fonction des circonstances d'adoption de l'acte attaqué.

Le grief lié à la prise de cette décision sans avoir recueilli, au préalable, les observations des parties requérantes est soulevé dans le troisième moyen, et sera donc examiné avec celui-ci.

Le deuxième moyen n'est dès lors pas fondé en sa première branche.

B. Quant à la deuxième branche

La partie adverse conteste la recevabilité de la deuxième branche du moyen, soulevée à l'occasion de la demande de poursuite de la procédure.

Le caractère inadéquat de la motivation formelle de l'acte attaqué, notamment en ce qu'elle ne permettrait pas de vérifier que la partie adverse a procédé à sa propre appréciation de l'exactitude et de la gravité des manquements reprochés aux parties requérantes dans le cadre du marché exécuté pour la société La Sambrienne, était déjà évoqué dans la requête en annulation dans le cadre de la troisième branche du troisième moyen.

La deuxième branche du deuxième moyen, qui reprend en substance un grief déjà exposé dans la requête, peut donc être admise à ce titre.

Contrairement à ce qu'affirment les parties requérantes, la motivation formelle de l'acte attaqué permet de constater que la partie adverse a elle-même examiné, en fonction des pièces dont elle disposait, la réalité et la gravité des manquements ayant mené à la résiliation du marché conclu avec la société La Sambrienne. Exerçant un pouvoir d'appréciation qui lui est propre, elle a considéré, à l'issue de cet examen, que le comportement des parties requérantes méconnaissait leurs « obligations contractuelles envers un maître de l'ouvrage ce qui ne correspond pas au comportement du bon professionnel placé dans les mêmes conditions compte tenu des normes et usages de la profession ».

Le deuxième moyen n'est dès lors pas non plus fondé en sa deuxième branche.

VI. Troisième moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

Les parties requérantes soulèvent un troisième moyen pris « de l'excès voire du détournement de pouvoirs, de la violation de la directive 2014/24 du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics et abrogeant la directive 2004/18/CE, plus particulièrement en son article 57 ; de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et plus particulièrement de ses articles 4, 69, 7° et 70 ; du défaut de motivation, de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et de la violation de l'article 4 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 ; des principes de proportionnalité ; de transparence ; d'égalité et de non-discrimination ; de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'erreur de fait ; de la violation du principe *audi alteram partem* et de la violation du devoir de minutie ».

Le moyen est divisé en trois branches.

En une première branche, les parties requérantes reprochent à la partie adverse de les avoir exclues du marché en cause sans leur avoir permis de présenter leurs mesures correctrices, les documents du marché ne précisant pas de manière claire et univoque que les soumissionnaires devaient d'initiative présenter ces mesures ou ne renvoyant pas clairement vers une disposition légale qui imposerait concrètement une telle obligation.

En une deuxième branche, les parties requérantes formulent deux griefs. En premier lieu, la partie adverse n'aurait pas eu égard à l'ensemble des documents relatifs à la résiliation unilatérale du marché de La Sambrienne et plus spécialement aux contestations des requérantes et a dès lors manqué à son devoir de minutie. En second lieu, la partie adverse aurait méconnu le principe *audi alteram partem* en n'auditionnant pas les parties requérantes avant de prendre la décision de les exclure du marché.

En une troisième branche, les parties requérantes développent deux griefs. En premier lieu, la motivation de l'acte attaqué, qui se contente de reprendre les motifs de la décision de résiliation du marché de La Sambrienne, ne permettrait pas de vérifier que la partie adverse a procédé à sa propre évaluation du comportement reproché aux parties requérantes. En deuxième lieu, la motivation formelle de l'acte attaqué ne permettrait pas de vérifier que la partie adverse a pris sa décision en tenant compte du principe de proportionnalité.

B. Demande de poursuite de la procédure

Dans leur demande de poursuite de la procédure, les parties requérantes ajoutent de nouveaux arguments à leur troisième moyen.

Au sujet de la première branche, elles reviennent sur le motif de l'arrêt n° 251.896 justifiant le rejet *prima facie* de leur moyen au stade de la suspension. Elles estiment que ce motif ne peut être maintenu, en raison de l'enseignement de l'arrêt de la Cour de Justice du 14 janvier 2021 (RTS infra et Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel). Selon elles, les documents du marché ne mentionnent pas une obligation d'exposer spontanément les mesures correctrices prises pour pallier la présence d'un motif d'exclusion. La réglementation belge ne prévoirait en outre pas clairement une telle obligation, mais bien une simple faculté de présenter les mesures correctrices au moment du dépôt de l'offre. Les exigences posées par la Cour de Justice dans son arrêt précité ne seraient donc pas rencontrées.

Les parties requérantes rappellent que, selon l'arrêt du 2 juin 2016 de la Cour de Justice (Pizzo, affaire C-27/15), « les principes d'égalité de traitement et de proportionnalité doivent être interprétés en ce sens qu'ils ne s'opposent pas au fait de permettre à l'opérateur économique de régulariser sa situation et de satisfaire à ladite obligation dans un délai fixé par le pouvoir adjudicateur ». Il existait donc, à leur estime, une obligation s'imposant au pouvoir adjudicateur d'interroger le soumissionnaire suspecté d'être affecté par un motif d'exclusion. Cette obligation était renforcée par le fait que le DUME n'était pas applicable au marché, alors que ce document « comprend systématiquement des cases qui interrogent explicitement le candidat quant à l'existence de mesures d'office adoptées à son encontre et lui permet de justifier et de faire valoir le fait qu'il conteste ces mesures d'office au sein même du DUME ». Selon elles, « dans la procédure litigieuse, les documents du marché restaient muets quant à cette question ».

Ce serait donc « à bon droit » que les parties requérantes n'ont pas « fait valoir les causes d'exclusion invoquées et ce d'autant plus qu'elles estimaient – légitimement – non seulement que les faits reprochés par La Sambrienne n'étaient pas fondés mais, en tout état de cause, que les faits reprochés par La Sambrienne ne constituaient pas des manquements importants ou persistants à leurs obligations contractuelles envers La Sambrienne et encore moins que ces faits, quand bien même ils seraient fondés, puissent être considérés comme mettant en cause leur fiabilité dans le cadre du marché litigieux ».

À titre subsidiaire, elles sollicitent que la question préjudicielle suivante soit posée à la Cour européenne de Justice :

« Le droit de l'Union européenne (et notamment l'article 57 de la Directive 2014/24/EU ainsi que le principe de proportionnalité) s'oppose-t-il à une mesure ou à une pratique nationale qui permette à un adjudicateur d'exclure un soumissionnaire pour défaillance importante ou persistante dans le cadre de l'exécution d'un marché public antérieur sans permettre à ce soumissionnaire de présenter des mesures correctrices alors même que le DUME ne devait pas être utilisé dans le cadre du marché litigieux et que ni les documents du marché, ni la réglementation nationale ne l'invitaient à le faire spontanément et ce de manière univoque ».

En ce qui concerne les deuxième et troisième branches, les parties requérantes affirment qu'à défaut pour la société La Sambrienne d'avoir transmis à la partie adverse leurs arguments en réponse aux procès-verbaux de manquement et les conclusions déposées par elles devant le tribunal de première instance de Charleroi, il incombait à la partie adverse, pour lui éviter de prendre une décision sur la base d'informations parcellaires, de permettre aux parties requérantes de présenter leur position quant à la réalité et la teneur des faits qui leur étaient reprochés par cette autre société de logement de service public.

Selon les parties requérantes, « faute d'avoir pu prendre la mesure de la réalité des faits reprochés par La Sambrienne, la partie adverse a abandonné son pouvoir d'appréciation à celle-ci », ce qui serait contraire à la jurisprudence précitée de la Cour européenne de Justice. L'examen de proportionnalité exigé par la Cour est, à leur estime, impossible si le soumissionnaire n'a pas été interrogé au préalable quant aux faits qui lui sont reprochés.

À titre subsidiaire, les parties requérantes sollicitent que les deux questions préjudicielles suivantes soient posées à la Cour de Justice de l'Union européenne :

« Le droit de l'Union européenne (et notamment l'article 57 de la Directive

2014/24/EU ainsi que le principe de proportionnalité) s'oppose-t-il à une mesure ou à une pratique nationale qui permette à un adjudicateur d'exclure un soumissionnaire pour défaillance importante ou persistante dans le cadre de l'exécution d'un marché public antérieur sans permettre à ce soumissionnaire de fournir sa position quant aux sanctions qui lui ont été infligées par un autre adjudicateur à l'occasion d'un précédent marché public, position pourtant indispensable à la réalisation du test de proportionnalité que doit réaliser l'adjudicateur, et ce alors même que ni les documents du marché, ni la réglementation nationale de l'invitent à le faire spontanément ? »

« Le droit de l'Union européenne (et notamment l'article 57 de la Directive 2014/24/EU ainsi que le principe de proportionnalité) s'oppose-t-il à une mesure ou à une pratique nationale qui permette à un adjudicateur d'exclure un soumissionnaire pour défaillance importante ou persistante dans le cadre de l'exécution d'un marché public antérieur sans connaître la position de ce soumissionnaire quant à la sanction qui lui a été infligée par un autre adjudicateur à l'occasion d'un précédent marché et ce alors même que ni les documents du marché, ni la réglementation nationale de l'invitent à le faire spontanément ? »

C. Mémoire en réponse

La partie adverse conteste d'abord la recevabilité des développements exposés dans la demande de poursuite de la procédure. Elle souligne que cette demande « est un acte de procédure par lequel la partie requérante, suite à un arrêt ayant rejeté sa demande en suspension, demande à ce que la procédure soit poursuivie ». Elle soutient que l'écrit des requérantes dépasse l'objectif d'une telle demande et que, compte tenu des développements qu'il contient et qu'à défaut d'être un acte prévu par les lois coordonnées sur le Conseil d'État ou l'arrêt du Régent du 23 août 1948, il doit être écarté des débats.

Concernant le fond, la partie adverse rappelle les circonstances ayant mené à la mesure de résiliation unilatérale prise par la société La Sambrienne dans le cadre de l'exécution d'un marché que cette société avait confié aux parties requérantes.

Elle soutient que, dans le cadre de la phase de sélection des soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur bénéficie d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'il applique les critères d'exclusion facultative. Dans le cadre de l'application des articles 69, alinéa 1^{er}, 7^o, de la loi du 17 juin 2016 et 57, § 4, de la directive 2014/24/UE, le pouvoir adjudicateur peut donc évaluer les faits, en tirer ses propres conclusions et considérer que les faits sont graves.

Elle affirme que « sur la base des pièces dont elle disposait, tout autre pouvoir adjudicateur aurait adopté la même décision ». Elle souligne à cet égard ne pas avoir eu connaissance des conclusions des parties requérantes déposées devant le

tribunal de première instance de Charleroi, et n'avoir même pas été informée de ce que la mesure d'office prise par La Sambrienne faisait l'objet d'une contestation. Elle estime néanmoins que le dossier administratif contient tous les éléments et documents qui permettent d'appréhender « les faits reprochés, la position de La Sambrienne et des parties requérantes et de comprendre les raisons qui ont poussé [la partie adverse] à prendre sa décision de ne pas sélectionner la société momentanée [des parties requérantes] ».

À son estime, il n'appartient pas, pour le surplus, au Conseil d'État de statuer sur le litige de droit civil qui s'est noué entre les parties requérantes et la société La Sambrienne.

Concernant les développements contenus dans la demande de poursuite de la procédure, à les supposer recevables, la partie adverse estime que l'enseignement de l'arrêt du 3 octobre 2019 de la Cour de justice, dans l'affaire C-267/18, n'est pas pertinent en l'espèce et que cet arrêt est, en toute hypothèse, interprété erronément par les parties requérantes.

Elle affirme avoir fait usage de son pouvoir d'appréciation pour examiner les faits, les considérer comme des défaillances graves et avoir motivé sa décision en la forme à ce sujet. Elle soutient qu'en application de l'article 70 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, il appartenait aux parties requérantes d'exposer d'initiative les mesures correctrices prises à la suite de la résiliation du marché par La Sambrienne, ce qu'elles se sont abstenues de faire.

La partie adverse conteste enfin l'affirmation des parties requérantes selon laquelle les deux marchés ne sont pas de même nature de sorte que les faits reprochés par La Sambrienne ne pourraient fonder la décision de les exclure du marché en cause. À cet égard, il suffirait de constater « que les manquements reprochés sont des manquements graves pour un architecte – ce qui est difficilement contestable – et que sur la base de ces éléments, la S.C.R.L. TOIT & MOI a valablement pu considérer – sans à trancher un litige de droits civils – que les manquements justifiaient la non-sélection de ST.AR.TECH ».

D. Mémoire en réplique

Au sujet de la première branche, les parties requérantes rappellent leur argumentation antérieure. Elles ajoutent que l'absence de mention, dans leurs écrits de procédure, des mesures correctrices envisagées ne les prive pas de leur intérêt à

soulever la première branche du troisième moyen. Elles réaffirment également que l'arrêt du 14 janvier 2021 précité de la Cour de Justice est bien transposable à la présente affaire, puisqu'il concerne précisément la réglementation belge.

En ce qui concerne la deuxième branche, les parties requérantes répliquent que leurs conclusions du 9 juin 2021 déposées auprès du tribunal de première instance de Charleroi faisaient suite, avant la citation en justice de La Sambrienne, et à un courrier du 31 décembre 2020 par lequel les parties requérantes marquaient leur refus de payer quelque montant que ce fût à La Sambrienne, et réclamaient le paiement en leur faveur d'une somme de 150.259 € HTVA.

En ce qui concerne la troisième branche, les parties requérantes se réfèrent aux arguments développés dans leur requête et leur demande de poursuite de la procédure.

E. Dernier mémoire des parties requérantes

Au sujet de la première branche, les parties requérantes relèvent que le législateur, « conscient des difficultés d'interprétation de la transposition de la directive 2014/24 en droit belge concernant la présentation d'initiative des mesures correctrices », a adopté une loi du 18 mai 2022 pour modifier l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 et, notamment, rendre désormais obligatoire d'indiquer dans les documents du marché les motifs d'exclusion visés à l'article 69 pour lesquels le soumissionnaire doit communiquer d'initiative les mesures correctrices adoptées.

Elles notent, dans les travaux parlementaires de cette modification, que l'intention du législateur était de rendre la loi conforme à l'enseignement de l'arrêt du 14 janvier 2021 de la Cour de Justice. Si les modifications apportées par cette loi ne sont pas applicables au marché en cause, elles demeurent pertinentes dans la mesure où elles sont une conséquence de la nécessité de se conformer à la jurisprudence de la Cour de Justice.

Elles soulignent ensuite que les documents du marché « ne prévoient pas textuellement que les mesures correctrices doivent être présentées d'initiative » et soutiennent que « la circonstance que les documents du marché fassent référence à l'article 69 de la loi du 17 juin 2016 qui renvoie lui-même à l'article 70 de la même loi apparaît insuffisante au regard de cette exigence ».

À leur estime, puisque les documents du marché ne répondent pas aux exigences déduites de la jurisprudence de la Cour européenne de Justice de l'Union européenne, leur exclusion de la participation au marché litigieux est irrégulière.

Quant au fait que le formulaire devant être déposé par les soumissionnaires prévoit expressément leur engagement de « ne se trouver dans aucune des situations visées aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 », les parties requérantes relèvent qu'il mentionne également que les soumissionnaires « s'engage(nt) à produire à la demande du pouvoir adjudicateur les documents et preuves nécessaires ». Selon elles, ceci renforce la thèse selon laquelle les parties requérantes étaient en droit de s'attendre à être interrogées par le pouvoir adjudicateur quant aux mesures correctrices adoptées.

Les parties requérantes soulignent avoir contesté la mesure de résiliation unilatérale du marché prise par la société La Sambrienne, ce qui doit être considéré comme une « mesure correctrice » au sens de la réglementation.

À titre subsidiaire, les parties requérantes réaffirment qu'il y a lieu d'interroger la Cour de Justice de l'Union européenne.

Au sujet de la deuxième branche, les parties requérantes estiment « que la partie adverse se devait, comme toute autorité administrative normalement prudente et diligente, d'adopter sa décision en procédant à un examen complet et particulier de l'espèce ».

Elles considèrent qu'aux fins d'adopter l'acte en pleine connaissance de cause, la partie adverse aurait dû leur permettre de clarifier les faits et circonstances ayant conduit la société La Sambrienne à prendre une mesure d'office visant à résilier le marché antérieur, et leur laisser l'opportunité de présenter leurs mesures correctrices.

À titre subsidiaire, les parties requérantes réaffirment qu'il y a lieu d'interroger la Cour de Justice de l'Union européenne.

Au sujet de la troisième branche, les parties requérantes renvoient à leurs écrits antérieurs.

F. Débats à l'audience

Les parties requérantes, invitées à s'expliquer sur l'applicabilité au marché en cause de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, admettent que le montant évalué de ce marché est inférieur au seuil européen. Elles estiment toutefois que cette directive est bien applicable au marché pour deux raisons.

En premier lieu, elles affirment que la Cour de Justice de l'Union européenne considère que l'interprétation des dispositions d'un acte de l'Union dans des situations ne relevant pas du champ d'application de celui-ci se justifie lorsque ces dispositions ont été rendues applicables à de telles situations par le droit national de manière directe et inconditionnelle. Elles soulignent en particulier que l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, dans sa version applicable, transpose presque mot à mot l'article 57, § 6, de la directive 2014/24/UE, et que cet article de la loi est applicable à l'ensemble des marchés publics, qu'ils entrent ou non dans le champ d'application de la directive. À leur estime, et en substance, il ne peut être question d'interpréter différemment l'article 70 précité selon que la directive est ou non applicable. La Cour de Justice peut par ailleurs être interrogée quant à l'interprétation des dispositions de cette directive, même si la situation concernée se trouve en dehors du champ d'application de cet acte.

En deuxième lieu, elles estiment que le montant du marché en cause, fixé par référence au marché de travaux qui devait s'ensuivre, a probablement été sous-évalué. Selon elles, alors que le cahier des charges du marché de services litigieux estimait la valeur des travaux à 1.379.597,34 euros et donc la valeur du marché de services à 105.693,12 euros (correspondant à 9% du montant des travaux envisagés), l'avis du marché de travaux en question, publié au bulletin des adjudications du 17 avril 2023, estime la valeur des travaux à 2.000.000 EUR, ce qui ferait grimper la valeur du marché litigieux à 180.000 EUR HTVA. Ce montant étant proche, à leur estime, du seuil européen, le marché en cause présenterait indéniablement un intérêt transfrontalier.

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la recevabilité

A.1. Les arguments contenus dans la demande de poursuite de la procédure

La partie adverse conteste la recevabilité des arguments développés par les parties requérantes dans la demande de poursuite de la procédure.

Il convient toutefois de relever que ces arguments ne sont que des développements apportés aux griefs déjà contenus dans la requête. Ils ne constituent dès lors pas des moyens nouveaux et auraient pu être exposés de la même manière dans le mémoire en réplique.

Il n'y a dès lors pas lieu de les écarter.

A.2. Les arguments fondés sur la directive 2014/24/UE et sur l'applicabilité du droit de l'Union

Dans la première branche du moyen, les parties requérantes fondent une partie de leur argumentation sur l'enseignement de l'arrêt de la Cour de Justice du 14 janvier 2021, *RTS infra et Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel* (affaire C-387/19, ECLI:EU:C:2021:13).

Dans cet arrêt, la Cour de Justice a estimé en substance qu'au regard de l'article 57, § 5 à § 7, de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics, les États membres sont libres de prévoir l'obligation pour tout opérateur économique d'apporter spontanément, lors de la présentation de sa demande de participation ou de son offre, les preuves attestant que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Lorsqu'un État membre fait ce choix, la Cour a toutefois jugé qu'il doit être déduit de l'article 57, § 6, de la directive que les opérateurs économiques doivent être « ouvertement informés au préalable, de manière claire, précise et univoque, de l'existence d'une telle obligation, que cette information résulte directement des documents du marché ou d'un renvoi, dans ces documents, à la réglementation nationale pertinente ».

Les parties requérantes déduisent deux arguments de cet arrêt. Elles affirment d'abord que le droit national ne prévoit pas l'obligation, pour un soumissionnaire, de présenter spontanément, dès le dépôt de son offre, les mesures correctrices qu'il a prises pour démontrer sa fiabilité malgré la présence d'un motif d'exclusion facultatif. Une telle obligation ne serait, à leur estime, pas prévue dans la réglementation nationale applicable. Elles affirment ensuite que cette obligation n'a, en outre, pas été portée de manière claire, précise et univoque à la connaissance des opérateurs économiques au moyen des documents de marché.

Compte tenu des dispositions visées au moyen et des développements

importants relatifs au droit de l'Union que contiennent les écrits des parties, il convient d'examiner d'office si 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 est bien applicable au marché en cause.

L'article 11 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, tel qu'applicable en l'espèce, prévoyait ce qui suit :

« Le montant des seuils européens est de :

[...]

2° 139.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs fédéraux visés à l'annexe 2, partie A, et pour les concours organisés par ceux-ci; en ce qui concerne les marchés publics de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux qui opèrent dans le domaine de la défense, ce seuil ne s'applique qu'aux marchés concernant les produits visés à l'annexe 2, partie B;

3° 214.000 euros pour les marchés publics de fournitures et de services passés par les pouvoirs adjudicateurs non visés au 2° et pour les concours organisés par ceux-ci; ce seuil s'applique également aux marchés publics de fournitures passés par des pouvoirs adjudicateurs fédéraux opérant dans le domaine de la défense, lorsque ces marchés concernent des produits non visés à l'annexe 2, partie B ».

Le marché n'étant pas passé par un pouvoir adjudicateur fédéral visé à l'annexe 2, partie A, de cet arrêté royal, le seuil applicable est visé au 3° de cette disposition, soit 214.000 euros.

Le seuil précité résulte de la transposition, en droit interne, du règlement délégué (UE) 2019/1828 de la Commission du 30 octobre 2019 modifiant la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil en ce qui concerne les seuils pour les marchés publics de fourniture, de services et de travaux et pour les concours, par un arrêté ministériel du 20 décembre 2019 adaptant les seuils de publicité européenne dans plusieurs arrêtés royaux exécutant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession et la loi du 13 août 2011 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services dans les domaines de la défense et de la sécurité.

La directive 2014/24/UE, en son article 4, détermine son champ d'application par référence aux mêmes montants, la directive précisant ne s'appliquer qu' « aux marchés dont la valeur estimée hors taxe sur la valeur ajoutée (TVA) est égale ou supérieure » à ces seuils.

Le marché en cause est un marché de services d'architecture, passé selon une procédure négociée directe avec publication préalable. Le cahier des charges a justifié le recours à cette procédure spécifique par la mention de l'article 41, § 1^{er}, 1°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qui est rédigé comme suit :

« § 1^{er}. Les marchés publics ne peuvent être passés par procédure négociée directe avec publication préalable que dans les cas suivants :
1° pour les fournitures et les services dont le montant estimé est inférieur au seuil correspondant fixé pour la publicité européenne ;
[...] ».

Le montant du marché a par ailleurs été estimé à 105.693,12 EUR hors TVA (soit 127.888,68 EUR TVA comprise), correspondant à 9 % de la valeur estimée des travaux, et les soumissionnaires ne disposaient d’aucune latitude pour faire offre à un montant d’honoraires calculé différemment, ce qu’atteste l’absence d’un critère d’attribution portant sur le prix.

Le montant précité, hors TVA, est inférieur au seuil fixé par l’article 4 de la directive 2014/24/UE, tel que modifié par le règlement délégué (UE) 2019/1828 de la Commission du 30 octobre 2019 précité.

Le marché en cause échappe de ce fait au champ d’application de cette directive.

La Cour de Justice considère en effet « que les procédures particulières et rigoureuses prévues par les directives de l’Union européenne portant coordination des procédures de passation des marchés publics s’appliquent uniquement aux contrats dont la valeur dépasse le seuil prévu expressément par chacune de ces directives » et que « les règles édictées par lesdites directives ne s’appliquent pas aux marchés dont la valeur n’atteint pas le seuil fixé par celles-ci » (CJUE, ordonnance du 5 juillet 2024, Eurocash1, C-788/23, ECLI:EU:C:2024:589, point 18).

La directive 2014/24/UE ne serait, dans une telle hypothèse, applicable – quoique de manière indirecte – que s’il existait une disposition de droit national la rendant, aux termes utilisés par la Cour, « directement et inconditionnellement applicable aux marchés publics dont la valeur n’atteint pas le seuil pertinent prévu à son article 4 ou qui prévoirait un renvoi direct et inconditionnel aux dispositions de la directive 2014/24 » (CJUE, Ordonnance du 12 novembre 2020, Novart Engineering, C-170/20, ECLI:EU:C:2020:908, point 31 ; CJUE, 4 avril 2019, Allianz Vorsorgekasse, C-699/17, ECLI:EU:C:2019:290, point 43). Le prescrit de la directive serait alors rendu applicable, de la seule volonté du législateur belge, à des marchés échappant pourtant au champ d’application de ce texte.

Or, une telle disposition n’existe pas dans la loi du 17 juin 2016 précitée ou dans ses arrêtés d’exécution.

Il en découle que le moyen est irrecevable en ce qu'il invoque la violation, par le droit national et les documents du marché, des dispositions de la directive 2014/24/UE.

L'argument énoncé à l'audience par les requérantes quant à l'interprétation unique qu'il convient de donner à l'article 70 de la loi du 17 juin 2016, quel que soit le montant du marché, et quant à la possibilité d'interroger au besoin la Cour de Justice sur la signification de l'article 57, § 6, de la directive, peut cependant être suivi.

Il n'y a en effet pas lieu d'interpréter différemment une norme de droit interne qui s'applique de la même manière à l'ensemble des marchés publics, qu'ils soient soumis ou non au prescrit de la directive 2014/24/UE.

La Cour de Justice accepte par ailleurs, lorsqu'elle l'estime justifié, de répondre à des questions préjudicielles posées dans le cadre de situations échappant au champ d'application du droit communautaire « lorsqu'une disposition [du droit interne] peut trouver à s'appliquer aussi bien à des situations relevant du droit national qu'à des situations relevant du droit communautaire » car il existe « un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, cette disposition reçoive une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elle est appelée à s'appliquer » (CJUE, Hermès, 16 juin 1998, C-53/96, ECLI:EU:C:1998:292, point 32).

Ceci ne suffit toutefois pas à rendre la directive applicable – ni *a fortiori* directement applicable – au marché en cause.

L'utilité d'interroger la Cour de Justice de l'Union européenne sur l'interprétation de l'article 57, § 6, de la directive, dont les termes ont été repris dans l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (dans sa version applicable), doit être évaluée à l'occasion de l'examen des diverses branches du moyen.

Pour le surplus, l'affirmation des requérantes selon laquelle le marché en cause – s'il était recalculé en fonction du montant de l'avis de marché publié le 17 avril 2023 – serait proche du seuil européen, et présenterait de ce fait un intérêt pour l'Union, est indifférente. Un tel intérêt justifie en effet l'application des principes issus du droit primaire de l'Union européenne, en particulier le principe de la libre

prestation des services, mais il n'a pas pour effet d'étendre le champ d'application d'une directive.

B. Quant au fond

B.1 Quant à la première branche

L'article 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, qui énonce, selon l'intitulé applicable en l'espèce, les « motifs d'exclusion facultatifs », est rédigé comme suit :

« Sauf dans le cas où le candidat ou le soumissionnaire démontre, conformément à l'article 70, avoir pris des mesures suffisantes afin de démontrer sa fiabilité, le pouvoir adjudicateur peut exclure, à quelque stade de la procédure de passation, de la participation à une procédure, un candidat ou un soumissionnaire dans les cas suivants :

[...]

7° lorsque des défaillances importantes ou persistantes du candidat ou du soumissionnaire ont été constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché public antérieur, d'un marché antérieur passé avec un adjudicateur ou d'une concession antérieure, lorsque ces défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou à une autre sanction comparable;
[...] ».

Avant sa modification par l'article 7 de la loi du 18 mai 2022 modifiant la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et la loi du 17 juin 2016 relative aux contrats de concession, l'article 70 de la loi du 17 juin 2016 précitée prescrivait ce qui suit :

« Tout candidat ou soumissionnaire qui se trouve dans l'une des situations visées aux articles 67 ou 69 peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes par le pouvoir adjudicateur, le candidat ou le soumissionnaire concerné n'est pas exclu de la procédure de passation.

A cette fin, le candidat ou le soumissionnaire prouve d'initiative qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute.

Les mesures prises par le candidat ou le soumissionnaire sont évaluées en tenant compte de la gravité de l'infraction pénale ou de la faute ainsi que de ses circonstances particulières. Il s'agit dans tous les cas d'une décision du pouvoir adjudicateur qui doit être motivée aussi bien matériellement que formellement.

Lorsque les mesures sont jugées insuffisantes, la motivation de la décision concernée est transmise à l'opérateur économique.

Un opérateur économique qui a été exclu par une décision judiciaire ayant force de chose jugée de la participation à des procédures de passation de marché ou d'attribution de concession n'est pas autorisé à faire usage de la possibilité prévue au présent article pendant la période d'exclusion fixée par ladite décision dans les Etats membres où le jugement produit ses effets ».

L'article 39, § 1^{er}, alinéas 1 et 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est rédigé comme suit :

« § 1^{er}. Sans préjudice de l'article 73, §§ 3 et 4, de la loi et pour les marchés dont le montant estimé est inférieur aux seuils fixés pour la publicité européenne, le simple fait d'introduire la demande de participation ou l'offre constitue une déclaration implicite sur l'honneur du candidat ou du soumissionnaire qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés aux articles 67 à 69 de la loi. Il en va de même pour les marchés dont le montant estimé est égal ou supérieur aux seuils précités et qui sont passés par procédure négociée sans publication préalable dans les cas visés à l'article 42, § 1^{er}, 1^o, b), et d), 2^o, 3^o, 4^o, b), et c), de la loi.

Lorsque le candidat ou le soumissionnaire visé à l'alinéa 1^{er} se trouve dans un cas d'exclusion et qu'il fait valoir des mesures correctrices conformément à l'article 70 de la loi, la déclaration implicite sur l'honneur ne porte pas sur des éléments qui ont trait au motif d'exclusion concerné. Dans ce cas, il produit la description écrite des mesures prises ».

Le cahier spécial des charges comportait les mentions suivantes au sujet des motifs d'exclusion :

« 2.2. Motifs d'exclusion et sélection qualitative

2.2.1. Droit d'accès

La participation au présent marché est soumise au respect des conditions suivantes :

1. Le soumissionnaire atteste qu'il ne fait l'objet d'aucune condamnation pénale au sens de l'article 67, § 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ou, en cas de condamnation pénale, qu'il a adopté des mesures de nature à démontrer leur fiabilité en dépit d'un motif d'exclusion obligatoire et ce, conformément à l'article 70 de la loi (mesures correctrices).

2. Le soumissionnaire atteste qu'il est en ordre de paiement de ses impôts et taxes et de ses cotisations sociales, conformément à l'article 68, § 1^{er}, de la loi.

3. Le soumissionnaire transmettra un extrait de casier judiciaire.

4. En outre, pour une période de 3 ans, l'accès au présent marché peut être refusé à tout prestataire, en application de l'article 69, 7^o, de la loi, sous le coup d'un écartement résultant de défaillances importantes ou persistantes constatées lors de l'exécution d'une obligation essentielle qui lui incombait dans le cadre d'un marché antérieur passé par un adjudicateur, lorsque les défaillances ont donné lieu à des mesures d'office, des dommages et intérêts ou une autre sanction comparable ».

Le document unique de marché européen (DUME) n'était pas applicable à la procédure en cause. Néanmoins, la « formule d'engagement » jointe au cahier des charges, que les soumissionnaires étaient invités à compléter et à signer, comportait la déclaration suivante :

« Je (nous) déclare (déclarons) :

[...]

H. En participant au présent marché, confirment ne se trouver dans aucune des situations visées aux articles 67 à 69 de la Loi du 17 juin 2016 et s'engage(nt) à produire à la demande du pouvoir adjudicateur les documents et preuves nécessaires ».

Le formulaire d'engagement déposé par les parties requérantes à l'appui de leur offre du 26 avril 2021 ne comportait aucune réserve ni aucune mention d'un motif d'exclusion visé aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics. Elles admettent cependant que leur association momentanée a vu un marché de la société de logement de service public La Sambrienne résilié unilatéralement par ce pouvoir adjudicateur, le 10 mars 2020, par l'adoption d'une mesure d'office prise en application de l'article 47, § 2, 1°, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, en raison de manquements graves et répétés qui leur étaient reprochés.

Les parties requérantes, loin de mentionner être concernées par le motif d'exclusion facultatif prévu par l'article 69, 7°, de la loi précitée du 17 juin 2016, ont donc formulé une déclaration en sens contraire.

Contrairement à ce qu'affirment les parties requérantes, l'obligation pour les soumissionnaires d'apporter, dès le dépôt de leur offre, la preuve des mesures correctrices prises pour démontrer leur fiabilité malgré la présence d'un motif d'exclusion, résulte clairement de la réglementation alors applicable.

L'article 70, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016, antérieurement à sa modification par la loi du 18 mai 2022, prévoyait en effet que c'est « d'initiative » que le soumissionnaire doit prouver « qu'il a versé ou entrepris de verser une indemnité en réparation de tout préjudice causé par l'infraction pénale ou la faute, clarifié totalement les faits et circonstances en collaborant activement avec les autorités chargées de l'enquête et pris des mesures concrètes de nature technique et organisationnelle et en matière de personnel propres à prévenir une nouvelle infraction pénale ou une nouvelle faute ».

Cette obligation doit par ailleurs être reliée au devoir qui est également imposé au soumissionnaire de révéler lui-même l'existence d'un tel motif d'exclusion. S'agissant d'un marché inférieur au seuil de publicité européenne, pour lequel les soumissionnaires n'étaient pas tenus de déposer un document unique de marché européen (DUME), l'article 39, § 1^{er}, alinéa 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques énonce que « pour les marchés dont le montant estimé est inférieur au seuil fixé pour la publicité européenne » – comme le marché en cause – « le pouvoir adjudicateur ne peut pas demander de DUME au candidat ou au soumissionnaire ». Les alinéas 1^{er} et 2 du même paragraphe prévoient toutefois alors que « le simple fait d'introduire la demande de participation ou l'offre constitue une déclaration implicite sur l'honneur du candidat ou du soumissionnaire qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion visés aux articles 67 à 69 de la loi ».

Contrairement à ce qu'affirment les parties requérantes, la réglementation telle qu'applicable lors de la procédure d'attribution, prévoyait donc bien l'obligation pour tout soumissionnaire concerné d'exposer d'initiative les mesures correctrices prises pour démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion, obligation qui coexiste avec celle de révéler spontanément au pouvoir adjudicateur l'existence d'un tel motif. Cette obligation ne peut être jugée contraire à l'article 57 de la directive 2014/24/UE, tel qu'interprété par la Cour de Justice de l'Union européenne puisque, dans son arrêt du 14 janvier 2021, la Cour de Justice a confirmé que les États membres peuvent prévoir, dans le cadre de la transposition de cette disposition, l'obligation pour tout opérateur économique d'apporter spontanément, lors de la présentation de sa demande de participation ou de son offre, les preuves attestant que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent.

Le moyen, en ce qu'il repose sur l'affirmation contraire, manque en droit.

Se fondant sur la jurisprudence précitée de la Cour de Justice, les parties requérantes affirment que les documents du marché auraient dû, pour être conformes à l'ensemble des obligations déduites de l'article 57 de la directive 2014/24/UE, informer les soumissionnaires « au préalable, de manière claire, précise et univoque » de l'existence de l'obligation légale précitée.

Cet argument, qui est relatif au caractère suffisamment explicite des documents du marché, ne peut pas non plus être suivi.

Les documents du marché mentionnaient clairement que les motifs d'exclusions visés aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 étaient applicables. S'ils ne rappelaient pas l'obligation contenue dans l'article 70, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, il ne peut être considéré qu'ils contrevenaient aux obligations pouvant être déduites de la réglementation belge, seule pertinente dans le cadre de la passation du marché en cause.

En droit interne, à défaut d'une disposition légale en sens contraire, il n'est pas requis qu'une norme qui a été publiée au *Moniteur belge* soit spécialement portée à l'attention de ses destinataires d'une autre manière.

Dans sa version applicable à l'acte attaqué, la loi du 17 juin 2016 et ses arrêtés d'exécution ne faisaient pas obligation aux pouvoirs adjudicateurs de rappeler expressément dans les documents du marché l'exigence, contenue à l'article 70, alinéa 2, de cette loi. En outre, comme constaté précédemment, l'obligation faite aux pouvoirs adjudicateurs de rappeler le prescrit légal dans les documents du marché, que la Cour de Justice déduit de l'article 57, § 6, de la directive 2014/24/UE, ne peut être considérée comme directement applicable au marché en cause, celui-ci échappant au champ d'application de ladite directive.

Il ne peut dès lors être reproché à la partie adverse d'avoir porté atteinte au principe de transparence en ne rappelant pas l'existence ou les termes de la loi dans les documents du marché.

La mention du formulaire d'engagement selon laquelle les soumissionnaires « s'engage(nt) à produire à la demande du pouvoir adjudicateur les documents et preuves nécessaires » ne peut par ailleurs s'interpréter comme visant à différer les obligations du soumissionnaire en ce qui concerne les informations à communiquer au pouvoir adjudicateur. Elle signifie simplement que le pouvoir adjudicateur peut réclamer au soumissionnaire, en cours de procédure, des informations ou des précisions supplémentaires, s'il l'estime utile.

Il n'y a par ailleurs pas lieu de poser à la Cour de Justice la question préjudicielle suggérée par les parties requérantes à l'appui de la première branche de leur moyen.

Cette proposition de question ne contient d'abord aucune demande d'interprétation des termes de l'article 57 de la directive 2014/24/UE.

Ensuite, la question suggérée vise, en réalité, à réinterroger la Cour de Justice sur des questions auxquelles elle a déjà répondu dans son arrêt du 14 janvier 2021 précité, alors qu'aucune clarification supplémentaire n'est nécessaire.

Enfin, cette proposition de question repose sur le postulat erroné que l'article 57 de cette directive aurait dû être respecté dans le cadre de la rédaction du cahier des charges du marché concerné alors que tel n'est pas le cas, puisque la situation en cause échappe au champ d'application de la directive.

Le moyen n'est pas fondé en sa première branche.

B.2. Quant à la deuxième branche

Le principe général de droit de l'audition préalable (qui se traduit par l'adage *audi alteram partem*) impose que, lorsque l'autorité administrative envisage l'adoption d'une mesure grave, de caractère non disciplinaire, prise en raison du comportement de l'administré, voire de toute mesure grave indépendamment de son comportement, ce dernier doit, avant que ne soit prise la décision, sauf cas d'urgence, pouvoir être entendu ou du moins être mis en mesure d'exposer utilement son point de vue.

Ce principe n'est susceptible de s'appliquer que lorsque la loi ou la réglementation applicable n'a pas expressément prévu la manière dont un administré peut faire valoir son point de vue dans le cadre d'une procédure, le cas échéant dès son entame.

En l'occurrence, il résulte de la lecture combinée de l'article 70, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics et de l'article 39 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques qu'un soumissionnaire a l'obligation, d'une part, d'avertir le pouvoir adjudicateur de la présence dans son chef d'un motif d'exclusion visé aux articles 67 à 69 de la loi et, d'autre part, de lui communiquer d'initiative les mesures correctives prises pour démontrer sa fiabilité pour l'exécution d'un nouveau marché public, en dépit de ce motif d'exclusion.

Ces dispositions prévoient de manière expresse la manière dont un soumissionnaire affecté par un motif d'exclusion est en droit de faire valoir son point de vue quant aux raisons pour lesquelles il peut néanmoins être considéré comme

fiable.

L'abstention des parties requérantes d'exercer leur droit dans les conditions prévues par la loi n'a créé aucune obligation, pour la partie adverse, de les interpeler pour obtenir les explications qui auraient dû être produites à l'appui de leur offre.

Les parties requérantes sont responsables de leurs propres abstentions. Elles ne peuvent dès lors reprocher à la partie adverse d'avoir manqué à son devoir de minutie en statuant sans prendre connaissance de leur argumentation visant à contester la mesure d'office prise par la société La Sambrienne. Ceci est confirmé par les travaux parlementaires de l'article 70, alinéa 2, de la loi du 17 juin 2016, qui précisent ce qui suit quant à la conséquence d'une absence de preuve de mesures correctrices, déposée d'initiative par un soumissionnaire :

« L'attention est attirée sur le fait que l'opérateur économique doit d'initiative indiquer les mesures correctrices prises. En l'absence de précisions en ce sens, le pouvoir adjudicateur peut estimer qu'aucune mesure correctrice n'a été prise » (Doc. parl., Chambre, Sess. 2015-2016, n° 1541/001, page 124).

En outre, comme déjà évoqué, l'article 57, § 6, de la directive 2014/24/UE et l'obligation qu'en déduit la Cour de Justice, pour les pouvoirs adjudicateurs, de permettre à un soumissionnaire concerné par un motif d'exclusion de faire valoir son point de vue, ne peuvent être considérés comme directement applicable à la situation en cause.

Il n'y a par ailleurs pas lieu de poser à la Cour de Justice les deux questions préjudicielles suggérées par les parties requérantes à l'appui de la deuxième branche de leur moyen.

Ces propositions de question ne contiennent aucune demande d'interprétation des termes de l'article 57 de la directive 2014/24/UE. Elles visent par ailleurs à réinterroger la Cour de Justice sur des questions auxquelles elle a déjà répondu dans son arrêt du 14 janvier 2021, alors qu'aucune clarification supplémentaire n'est nécessaire. Elles se fondent enfin sur le présupposé erroné que l'article 57 de la directive serait applicable à la situation concernée.

Le moyen n'est pas fondé en sa deuxième branche.

B.3. Quant à la troisième branche

Après avoir rappelé les termes des articles 69 et 70 de la loi du 17 juin 2016, le rapport d'analyse des offres contient l'explication suivante au sujet de l'exclusion des parties requérantes :

«

En l'espèce, la direction de Toit&moi a été informée que « La Sambrienne » a pris la résolution, lors de son Conseil d'administration du 10 mars 2020, de mandater sa direction en vue de procéder à la résiliation unilatérale du marché « Centpoul, marché public d'architecture Avenue du centenaire à Montignies/Sambre et cité Pourveur à Gerpinnes » qu'elle avait passé avec le prestataire ST.AR.TECH., le de la société de logements « La Sambrienne » conformément à l'article 47, §2, 1° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013. *Annexe 7 – Annexe 8*

Le marché concerné (Dossiers SWL 124.070 – 124.391) avait fait l'objet de plusieurs PV de carence en dates du 23/09/2019-15/11/2019-21/01/2020 mentionnant les faits suivants considérés par Toit&moi comme étant des défaillances importantes - *Annexes 9-10-11*

A la lecture des documents transmis par la SLSP « la Sambrienne » et sans la connaissance des dossiers concernés et des moyens de défense fournis par le bureau STARTECH, il apparaît que certaines des fautes reprochées au bureau d'étude, à savoir, notamment, le non-respect des demandes du Pouvoir adjudicateur, du budget et des échéances SWL, des plans conformes à la réglementation en matière de logement adaptable/PMR, etc. résulte d'un comportement qui méconnaît (ou fait fit) de ses obligations contractuelles envers un maître de l'ouvrage ce qui ne correspond pas au comportement du bon professionnel placé dans les mêmes conditions compte tenu des normes et usages de la profession

A préciser que le cahier spécial des charges du marché S/21/0434 mentionne en son article 2.2.1 que la participation au marché est soumise au respect de conditions dont l'application de l'article 69, 7° de la loi ;

A préciser que le soumissionnaire doit prouver d'initiative qu'il a pris les mesures nécessaires pour ne pas être exclu du marché et que ce dernier n'a pas transmis de document spécifiquement à cet effet dans son offre ;

A préciser que la société wallonne du Logement a attribué début 2021 un accord-cadre d'architecture destiné au Plan de Renovation 2021-2024 à une liste de participants dont le soumissionnaire ST.AR.TECH fait partie mais que cette situation n'est pas problématique étant donné que le motif d'exclusion est facultatif

2.3. CONCLUSION

Le soumissionnaire *Association momentanée StArTech* est exclu du marché conformément à l'article 69, 7° de la Loi du 17 juin 2016 ;

»

Il ressort clairement de ce rapport que la partie adverse a analysé, en fonction des pièces disponibles, les manquements reprochés aux parties requérantes lors de l'exécution du marché public de la société La Sambrienne, et qu'elle a considéré, dans le cadre d'une appréciation qui lui est propre, qu'ils étaient révélateurs d'un comportement qui méconnaissait leurs obligations contractuelles envers le maître de l'ouvrage.

L'acte attaqué comprend par ailleurs la motivation formelle suivante à ce sujet :

«

- Considérant que « La Sambrienne » a pris la résolution, lors de son Conseil d'administration du 10 mars 2020, de mandater sa direction en vue de procéder à la résiliation unilatérale du marché « Centpoul, marché public d'architecture Avenue du centenaire à Montignies/Sambre et cité Pourveur à Gerpinnes » qu'elle avait passé avec le prestataire ST.AR.TECH., conformément à l'article 47, §2, 1° de l'arrêté royal du 14 janvier 2013;
- Considérant que les faits reprochés au prestataire ST.AR.TECH sont à considérer comme des défaillances importantes dans le chef d'un architecte à savoir le non-respect des demandes du Pouvoir adjudicateur, le non-respect du budget et des échéances SWL, le non-respect des plans conformes à la réglementation en matière de logement adaptable/PMR. Démontrant un comportement qui méconnaît (ou fait fit) de ses obligations contractuelles envers un maître de l'ouvrage ce qui ne correspond pas au comportement du bon professionnel placé dans les mêmes conditions compte tenu des normes et usages de la profession
- Considérant que conformément à l'article 70 de la loi du 17 juin 2016, le soumissionnaire doit prouver d'initiative qu'il a pris les mesures nécessaires pour ne pas être exclu du marché et que ce dernier n'a pas transmis de document spécifiquement à cet effet dans son offre;
- Considérant que conformément à l'article 69, 7° de la loi du 17 juin 2016, l'adjudicateur exclu du marché le soumissionnaire ST.AR.TECH. ;

»

En énonçant une partie des motifs matériels ayant amené la société La Sambrienne à résilier d'office un marché conclu avec les parties requérantes, cette motivation formelle permet de comprendre que la partie adverse a elle-même examiné les manquements concernés et a jugé que ceux-ci étaient suffisamment graves pour justifier l'exclusion des parties requérantes du marché.

En exposant que les manquements ainsi relevés constituaient des défaillances importantes dans le chef des parties requérantes, démontrant la méconnaissance de leurs obligations contractuelles dans le cadre de l'exécution d'un autre marché, et en relevant que les parties requérantes n'avaient apporté à l'appui de leur offre aucun élément de nature à les contester, la motivation formelle de l'acte attaqué permet de constater que la proportionnalité de la mesure d'exclusion du marché a bien été examinée par la partie adverse.

Le moyen n'est pas fondé en sa troisième branche.

VII. Quatrième moyen

VII.1. Thèses des parties

A. Demande de poursuite de la procédure

Les parties requérantes soulèvent, dans leur demande de poursuite de la procédure, un quatrième moyen pris de « la violation des articles 4 ainsi que 66 et suivants de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 65 à 74 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, [...] du principe *patere legem quam ipse fecisti*, de l'avis de marché et du cahier spécial des charges, de l'excès de pouvoir et de la violation des

principes généraux d'égalité et de non-discrimination et la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs ».

Elles rappellent que le cahier spécial des charges imposait un critère de sélection qualitative concernant la capacité des soumissionnaires « relative à la gestion d'un projet intégrant le réemploi et/ou la réutilisation et/ou le recyclage des matériaux ou de projet de construction circulaire », et énonçait les trois modes de preuve de cette capacité (soit une liste de minimum 3 missions d'architecture intégrant la réutilisation, le réemploi et le recyclage des matériaux réalisées ou en cours durant les trois dernières années ; soit des attestations de formation suivies dans le domaine du réemploi des matériaux ; soit des attestations d'implication dans des projets de recherche relatifs à ces domaines).

Elles relèvent qu'il a été considéré que l'adjudicataire du marché, la société R+ Architecture, a été considérée comme satisfaisant à ce critère car il est « agréé BREEAM ». Selon elles, un tel agrément ne correspond à aucune des preuves de capacité autorisées par le cahier des charges. Elles expliquent à cet égard que la « *BRE Environmental Assessment Method* (BREEAM) » vise à évaluer le comportement environnemental des bâtiments et non « les aspects liés à l'économie circulaire, que ce soit l'utilisation de matériaux de remploi ou la démolition sélective ». Les formations reçues dans le cadre de la certification BREEAM ne seraient aucunement des formations concernant « le fond des matières envisagées » mais bien des formations « permettant aux agents certificateurs de valider le fait qu'un projet réponde ou non aux exigences de BREEAM ». Il s'agirait donc de former des certificateurs, mais pas des auteurs de projets, des architectes ou des ingénieurs.

À leur estime, le critère de sélection qualitative en question concerne la formation dans le domaine du réemploi des matériaux, et « non une formation dans le domaine de la certification de projets dans lesquels le réemploi des matériaux intervient ».

Les parties requérantes soulignent aussi qu'il existe plusieurs agréments BREEAM, dont certains seulement portent sur la construction/démolition d'un bâtiment. De leur point de vue, « si l'économie circulaire peut intervenir sporadiquement dans la certification BREEAM, rien ne permet d'affirmer que la question du réemploi des matériaux intervienne d'une façon ou d'une autre dans le cadre de cette certification ».

Elles mettent en doute la bonne compréhension, par la partie adverse, de

la notion de certificat BREEAM ou des contenus des formations en la matière. Tout indique, selon elles, « qu’une confiance aveugle (et injustifiée) a été faite au soumissionnaire R+ quant à ce critère ».

Sur le plan de la motivation formelle, les parties requérantes affirment que ni la décision d’attribution, ni le dossier administratif, n’expliquent en quoi l’adjudicataire du marché répondrait, d’une façon ou d’une autre, à l’exigence de sélection qualitative. Or, selon elles, il appartenait à la partie adverse « de motiver en quoi elle estimait qu’un certificat BREEAM répondait au critère de sélection visé ».

Enfin, à titre subsidiaire, les parties requérantes critiquent le critère de sélection qualitative précité, celui-ci ne répondant pas, à leur estime, aux exigences de l’article 65, alinéa 4, de l’arrêté royal du 17 juin 2017, selon lequel « chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires ». Selon elles, le critère est imprécis et offre un important pouvoir d’appréciation à la partie adverse.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse relève que la société R+ Architecture recourt aux capacités d’un sous-traitant, la S.A .Poly-Tech Engineering, pour satisfaire au critère de sélection qualitative concerné. Elle expose que cette société répond audit critère parce qu’elle peut faire valoir les formations suivies par son personnel pour obtenir une certification « BREEAM », qui correspond à une méthode particulière de gestion des projets, intégrant une analyse de la performance environnementale d’un projet et un contrôle de qualité très strict. Selon la partie adverse, ces formations suivies comportent notamment un module relatif au réemploi des matériaux.

Au sujet de l’argument subsidiaire des parties requérantes, qu’elle considère être un cinquième moyen, la partie adverse soutient qu’il doit être déclaré irrecevable, car il n’est pas d’ordre public et aurait pu être soulevé dès le dépôt de la requête en annulation.

C. Mémoire en réplique

Les parties requérantes estiment qu’il appartenait « à la partie adverse de motiver en quoi elle estimait qu’un certificat BREEAM répondait au critère de sélection visé », et non « aux requérantes de faire la preuve inverse ». Elles soulignent qu’une telle motivation ne figure ni dans la décision d’attribution, ni dans le dossier

administratif.

À leur estime, rien ne montre « que la partie adverse aurait une connaissance de la notion de certificat BREEAM ou du contenu des formations en la matière avant la procédure en suspension d'extrême urgence au cours de laquelle ce point a été soulevé pour la première fois », et tout porte à croire « qu'une confiance aveugle (et injustifiée) a été faite au soumissionnaire R+ quant à ce critère ».

Selon les parties requérantes « aucune preuve n'a été apportée par l'adjudicataire du marché que Poly-Tech a suivi la formation "BREEAM Sustainability Assessment method" ni que le suivi de cette formation est un préalable essentiel à l'obtention du certificat BREEAM dont bénéficie Poly-Tech ».

Les parties requérantes considèrent par ailleurs que leur argument subsidiaire est recevable parce qu'il est formulé à titre subsidiaire, dans l'hypothèse où le Conseil d'État estimerait « que le grief à l'encontre de l'agrément BREEAM de l'adjudicataire » n'est pas fondé. Elles renvoient pour le surplus aux arguments contenus dans leur demande de poursuite de la procédure.

D. Dernier mémoire des parties requérantes

Les parties requérantes exposent, en réponse au rapport de l'auditeur, qu'elles disposent bien d'un intérêt à l'argument principal de leur quatrième moyen. Elles estiment par ailleurs que leur grief subsidiaire n'est pas tardif car l'illégalité du critère de sélection concerné « n'est apparue qu'à la lumière des arguments développés par la partie adverse lors des débats ».

VII.2. Appréciation du Conseil d'État

A. Quant à la recevabilité

Le grief formulé à titre principal par le quatrième moyen, en ce compris l'éventuelle inadéquation de la motivation formelle de l'acte attaqué, n'a pu être décelé qu'à la prise de connaissance du rapport d'attribution, déposé au dossier administratif. Il pouvait donc être soulevé à l'occasion du mémoire en réplique et, *a fortiori*, à l'occasion de la demande de poursuite de la procédure. L'argument à titre principal du quatrième moyen est donc recevable *ratione temporis*.

Les parties requérantes, qui ont été écartées sur le fondement d'un motif

d'exclusion, ont pu être lésées par l'abstention de la partie adverse d'écarter, au stade de la sélection qualitative, l'offre de la société à laquelle le marché a finalement été attribué, seule autre offre déposée. Elles disposent donc d'un intérêt à leur grief soulevé à titre principal.

En revanche, le grief soulevé à titre subsidiaire, relatif à l'irrégularité d'un critère de sélection qualitative, n'est pas d'ordre public, et il n'était nullement nécessaire de prendre connaissance du dossier administratif pour le soulever. L'argument subsidiaire des parties requérantes, qui aurait dû être soulevé dans la requête, est tardif et donc irrecevable.

B. Quant au fond

Le cahier des charges comprenait l'exigence suivante quant aux capacités techniques et professionnelles des soumissionnaires :

- « Pour l'appréciation des capacités techniques et professionnelles du soumissionnaire, les références suivantes sont requises:
[...]
3. Le soumissionnaire doit produire des preuves de capacité relative à la gestion d'un projet intégrant le réemploi et/ou la réutilisation et/ou le recyclage des matériaux ou de projet de construction circulaire
* soit : une liste de minimum 3 missions d'architecture intégrant la réutilisation, le réemploi et le recyclage des matériaux réalisées ou en cours durant les trois dernières années (le montant, la date et leurs destinataires publics ou privés, avec mention du pouvoir Adjudicateur sont indiqués)
* soit : des attestations de formation suivies dans le domaine du réemploi des matériaux
* soit des attestations d'implication dans des projets de recherche relatifs à ces domaines (matériaux, écoconstruction, construction circulaire, etc.) ».

Le rapport d'analyse des offres comprend le tableau suivant au sujet du critère de la capacité « relative à la gestion d'un projet intégrant le réemploi et/ou la réutilisations et/ou le recyclage des matériaux ou de projet de construction circulaire » (« Rummel » désigne la société R+ Architectures) :

«

2.2. SELECTION ET SOUS-TRAITANTS

	RUMMEL	Association momentanée StArTech
--	--------	---------------------------------

<p>Le soumissionnaire doit produire des preuves de capacité relative à la gestion d'un projet intégrant le réemploi et/ou la réutilisation et/ou le recyclage des matériaux ou de projet de construction circulaire</p> <ul style="list-style-type: none"> * soit : une liste de minimum 3 missions d'architecture intégrant la réutilisation, le réemploi et le recyclage des matériaux réalisées ou en cours durant les trois dernières années (le montant, la date et leurs destinataires publics ou privés, avec mention du Pouvoir Adjudicateur sont indiqués) * soit : des attestations de formation suivies dans le domaine du réemploi des matériaux * soit des attestations d'implication dans des projets de recherche relatifs à ces domaines (matériaux, écoconstruction, construction circulaire, etc.) 	<p>1 mission d'architecture : Cité Bois du Luc (pg11 de l'offre) : en cours</p> <p>Implication dans le domaine du réemploi de matériaux : Agréé Breeam</p> <p>Validé</p>	<p>1 mission d'architecture : Bibliothèque de Dour (2020)</p> <p>Implication dans le domaine du réemploi de matériaux : Intervention au colloque "les déchets de construction et de démolition" - Cité du Centenaire, 2017</p> <p>Validé</p>
---	--	--

»

La décision d'attribution comporte par ailleurs le motif suivant concernant le même critère :

« Considérant que dans le cadre de la vérification du droit d'accès au marché et de la sélection qualitative des soumissionnaires, le soumissionnaire R+Architecture est sélectionné étant donné que les renseignements et documents remis établissent qu'il remplit cumulativement les conditions de droit d'accès et de sélection qualitative ».

Il ressort de l'offre de la société adjudicataire que celle-ci, aux fins de satisfaire à ce critère de sélection qualitative, a invoqué la capacité d'un sous-traitant, la société Poly-tech Engineering.

La partie adverse explique, dans son mémoire en réponse, avoir considéré que les capacités techniques et professionnelles de cette société étaient vérifiées sur le plan des « attestations de formation suivies dans le domaine du réemploi des matériaux ». À cet égard, elle relève que la société Poly-tech Engineering dispose de divers certificats « BREEAM » qui attestent le suivi de formations en matière d'évaluation de la durabilité des bâtiments. Elle affirme que pour obtenir l'une de ces certifications, le membre du personnel concerné de la société Poly-tech a dû suivre une formation spécifique dont l'un des modules portait sur le réemploi des matériaux.

Il revient au pouvoir adjudicateur d'évaluer la pertinence des références qui lui sont présentées au regard de l'objet du marché et, partant, au regard des caractéristiques annoncées du projet. Il n'appartient pas au Conseil d'État de substituer son appréciation à la sienne à cet égard, sous réserve de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation et sans préjudice du contrôle de la légalité de la décision attaquée au regard notamment du respect du principe de transparence et de l'obligation de motivation qui incombe au pouvoir adjudicateur.

Au vu des certificats déposés par la société adjudicataire à l'appui de son offre, l'appréciation de la partie adverse selon laquelle ce soumissionnaire satisfaisait, en raison de l'apport de son sous-traitant, à l'exigence de capacité prévue par le critère relatif à « la gestion d'un projet intégrant le réemploi et/ou la réutilisation et/ou le recyclage des matériaux ou de projet de construction circulaire », n'apparaît pas manifestement déraisonnable.

L'argument des parties requérantes selon lequel le dossier administratif devrait démontrer que les formations suivies par les membres du personnel de la société Poly-Tech concernaient effectivement « le domaine du réemploi des matériaux » manque en droit. Le dossier administratif doit seulement contenir les éléments sur lesquels s'est fondé le pouvoir adjudicateur pour estimer qu'il était satisfait au critère de sélection concerné à savoir, en l'occurrence, les certificats « BREEAM » déposés par l'adjudicataire du marché. Pour le surplus, il appartient aux parties requérantes d'établir qu'en fonction des éléments présents au dossier, la partie adverse a commis une erreur manifeste en considérant que la société R+ Architecture satisfaisait au critère concerné.

À ce dernier égard, l'« argumentaire sur base du critère 3 » que les parties requérantes déposent en annexe de leur dernier mémoire mentionne que les critères pris en compte pour effectuer une analyse du bâtiment dans le cadre d'une évaluation BREEAM comprennent notamment le critère de la « valorisation des déchets ». Même si, comme l'indiquent les parties requérantes, le fait d'expertiser un bâtiment sur base de critères écologiques n'équivaut pas à une expertise de fond dans les domaines concernés, notamment le réemploi des matériaux, il n'est pas manifeste que la formation invoquée par la société adjudicataire ne correspond pas à la notion – assez large – des « formations suivies dans le domaine du réemploi des matériaux » utilisée par le cahier des charges.

De même, la simple mise en doute de la bonne compréhension, par la partie adverse, de la « notion de certificat BREEAM » et du « contenu des formations en la matière », ne suffit pas à démontrer que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation.

Sur le plan de la motivation formelle, et contrairement à ce qu'affirment les parties requérantes, la partie adverse n'était pas contrainte d'expliquer « en quoi elle estimait qu'un certificat BREEAM répondait au critère de sélection visé ». Une telle exigence revient en effet à exiger les motifs des motifs de la sélection de

l'adjudicataire.

Le quatrième moyen ne peut être accueilli.

VIII. Indemnité de procédure et autre dépens

La partie adverse sollicite une indemnité de procédure de base. Il y a lieu de faire droit à sa demande.

Le rejet du recours justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés aux requérantes.

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

Les parties requérantes supportent les dépens, à savoir les droits de rôle de 800 euros, les contributions de 40 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles le 16 janvier 2025, par la VI^e chambre du Conseil d'État, composée de :

David De Roy,	président de chambre,
Pierre-Olivier Debroux,	conseiller d'État,
Xavier Close,	conseiller d'État,
Nathalie Roba,	greffière.

La greffière,

Le Président,

Nathalie Roba

David De Roy