Capacité technique et professionnelle : le Conseil d'état permet à un soumissionnaire de faire appel à des références de services intellectuels réalisés par les personnes physiques travaillant en son sein

_____

Conseil d'État (VI^e ch.), 2 octobre 2024, n° 260.900

Mots-clés

Marchés publics – services intellectuels – sélection qualitative – capacités technique et professionnelle – références de services passés – titularité des références - preuve de la capacité effective et actuelle des soumissionnaires - expérience des personnes physiques travaillant au sein du soumissionnaire personnel morale – absence d'acte de concurrence déloyale – recours à la capacité d'un tiers.

Résumé

L'attribution d'un marché public de services intellectuels, à un soumissionnaire qui se prévaut - pour démontrer sa capacité technique et professionnelle - de l'expérience acquise par les personnes physiques qui le composent, ne viole pas les articles 71 de la loi du 17 juin 2016 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

En effet, l'objectif de la phase de sélection qualitative relative à la capacité technique et professionnelle est de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de l'expérience, du personnel et des moyens techniques suffisants des soumissionnaires pour exécuter le marché.

Or, dans les marchés publics de services intellectuels, l'expérience et le savoir-faire des personnes physiques en fonction au sein de l'entreprise ayant remis offre sont particulièrement importants pour l'exécution du marché. De plus, l'objectif poursuivi par les dispositions précitées ne peut être interprété comme impliquant que la liste des principaux services qu'un soumissionnaire doit fournir pour prouver sa compétence technique à exécuter le marché, doit nécessairement comporter des références propres à la personne morale du soumissionnaire.

Par conséquent, la règlementation ne s'oppose pas à ce qu'un soumissionnaire puisse se prévaloir de « l'expérience acquise par les personnes physiques qui la composent à un moment où celles-ci étaient actives au sein d'une autre personne morale, lorsque cette expérience participe, voire constitue, la capacité actuelle et effective du candidat ou soumissionnaire à exécuter le marché ».

Technische en beroepsbekwaamheid: de Raad van State staat een inschrijver toe zich te beroepen op referenties van intellectuele diensten verricht door natuurlijke personen werkzaam binnen de onderneming

_____

Raad van State (VI^{e} kamer), 2 oktober 2024, nr. 260.900

Trefwoorden

Overheidsopdrachten - Intellectuele-diensten - Kwalitatieve selectie - Technische en beroepsbekwaamheid – Referenties van eerdere diensten - Eigendom van de referenties - Bewijs van de daadwerkelijke en actuele bekwaamheid van inschrijvers – Ervaring van natuurlijke personen werkzaam binnen de inschrijver als rechtspersoon – Afwezigheid van oneerlijke concurrentie - Beroep op de bekwaamheid van een derde

Samenvatting

De gunning van een overheidsopdracht voor intellectuele diensten aan een inschrijver die zich – om zijn technische en beroepsbekwaamheid aan te tonen – beroept op de ervaring van een natuurlijke personen die voor inschrijver werkzaam is, schendt de artikelen 71 van de wet van 17 juni 2016 en 68 van het koninklijk besluit van 18 april 2017 niet.

Het doel van de kwalitatieve selectiefase met betrekking tot de technische en beroepsbekwaamheid er in om de aanbestedende overheid in staat te stellen na te gaan of de inschrijvers over voldoende ervaring, personeel en technische middelen beschikken om de opdracht uit te voeren.

In de overheidsopdrachten voor intellectuele diensten is de ervaring en de knowhow van de natuurlijke personen die werkzaam zijn binnen het bedrijf dat een offerte heeft ingediend, van bijzonder belang voor de uitvoering van de opdracht. Bovendien kan het doel van de hierboven vermelde bepalingen niet zo worden geïnterpreteerd dat de lijst van de belangrijkste diensten die een inschrijver moet leveren om zijn technische bekwaamheid om de opdracht uit te voeren te bewijzen, noodzakelijkerwijs enkel verwijzingen naar de rechtspersoon van de inschrijver moet bevatten.

De regelgeving verhindert dus niet dat een inschrijver zich beroept op de ervaring die de natuurlijke personen die voor de inschrijver actief zijn, ook al hebben ze deze opgedaan toen ze werkzaam waren voor een andere rechtspersoon., Dit geldt zolang die ervaring bijdraagt aan, of zelfs de huidige en daadwerkelijke bekwaamheid van de kandidaat of inschrijver om de opdracht uit te voeren, vormt

Conseil d'État (VI^e ch.), 2 octobre 2024, n^o 260.900

- Prés. : D. De Roy
- Cons. : Fl. Piret, M. Belmessieri
- Greff. : N. Roba
- Pl. : Fr. Moises, C. Molitor, P. Lejeune

[…]

I. Objet du recours

Par une requête introduite le 23 septembre 2019, la partie requérante demande l'annulation de « *la décision prise par la Ville de JODOIGNE le 21 juin 2019 par laquelle elle attribue le marché "L'élaboration d'un schéma d'orientation local (S.O.L.) sur le site du Bosquet à Jodoigne", régi par le Cahier Spécial des Charges n^o 2019-013, à la société privée à responsabilité limitée SEN5* ».

Par une requête introduite le 8 mars 2022, la partie requérante sollicite « *une indemnité visant à réparer le préjudice subi du fait de l'illégalité de sa décision du 21 juin 2019 par laquelle elle a attribué le marché "L'élaboration d'un schéma d'orientation local (S.O.L.) sur le site du Bosquet à Jodoigne", régi par le Cahier Spécial des Charges n^o 2019-013, à la société privée à responsabilité limitée SEN5* ».

II. Procédure

Par une requête introduite le 7 novembre 2019, la société à responsabilité SEN5 demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

Cette intervention a été accueillie provisoirement par une ordonnance du 25 novembre 2019.

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

Mme Marie Lambert de Rouvroit, auditeur adjoint au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 25 mars 2024, l'affaire a été fixée à l'audience du 24 avril 2024.

Mme Michèle Belmessieri, conseillère d'État, a exposé son rapport.

Me François Paulus, loco Me François Moises, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Victor Davin, loco Me Cédric Molitor, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Jean Dambourg, loco Me Pierre Lejeune, avocat, comparaissant pour la partie intervenante.

Mme Marie Lambert de Rouvroit, auditeur, a été entendue en son avis conforme. Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Exposé des faits

La partie requérante est un bureau d'études actif dans les domaines du développement territorial, de l'urbanisme et de l'environnement, constitué en 2004.

En janvier 2018, la partie requérante est confrontée au départ de cinq collaborateurs. Ces cinq collaborateurs s'associent, en juillet 2018, pour constituer la SRL SEN5, c'est-à-dire la partie intervenante.

Le 23 août 2018, la partie requérante adresse un courrier à la partie intervenante, dénonçant un comportement qu'elle qualifie de concurrence déloyale ou contraire aux usages honnêtes, interdit par le Code de droit économique, et la met en demeure de cesser le démarchage de sa clientèle.

En sa séance du 19 février 2019, le collège communal de la partie adverse décide de lancer une procédure visant à attribuer un marché de services portant sur « l'élaboration d'un schéma d'orientation local (S.O.L.) sur le site dit du Bosquet à Jodoigne », par procédure négociée sans publication préalable sur la base de l'article 42, § 1er, 1°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Le cahier spécial des charges n° 2019-013 est adopté à cette même séance du 19 février 2019.

En sa séance du 1er mars 2019, le collège communal de la partie adverse décide de consulter quatre opérateurs économiques, dont les parties requérante et intervenante.

Le cahier spécial des charges fixe le délai de dépôt des offres au 8 avril 2019, à 12h00.

Le cahier spécial des charges fixe plusieurs conditions tenant à la sélection qualitative.

D'une part, l'aptitude à exercer l'activité professionnelle doit être démontrée par l'agréation du soumissionnaire pour la réalisation d'un S.O.L. et par l'agréation pour la réalisation d'un rapport d'incidences environnementales.

D'autre part, le soumissionnaire doit démontrer sa capacité technique et professionnelle à exécuter le marché conformément aux exigences suivantes :

> « *Capacité technique et professionnelle (AR du 18/04/2017 — article 68)*
>
> *Le soumissionnaire fournira :*
>
> - *Une liste des principaux services relatifs à la réalisation d'un S.O.L. (anciennement dénommé PCA), réalisés au cours des 3 dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire publics ou privés. Les prestations de services sont prouvées si possible par des attestations de bonne exécution émises ou contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services. Si le soumissionnaire n'est pas en mesure de fournir ce type d'attestation, il devra établir la liste des principaux services réalisés et le destinataire. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de se renseigner directement auprès des destinataires concernés de la bonne exécution des missions.*
>
> *Niveau minimal : Les services doivent être de minimum 3 pour des prestations de minimum 50.000 euros chacune, au cours des 3 dernières années.*

- *Une déclaration décrivant l'équipement technique et plus spécifiquement les logiciels dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.*

  <u>Niveau minimal</u> : Le matériel sera composé au minimum de licences informatiques et des supports nécessaires à leur utilisation complète. Afin d'être compatibles avec le logiciel Archicad utilisé par la Ville, les logiciels dont le prestataire de service disposera devront permettre la délivrance de documents dans des formats compatibles sans passage par un système de transfert de format. »

En outre, le cahier spécial des charges énumère, parmi les documents à remettre, les documents suivants :

« — *Une copie de* ***l'agréation du prestataire de services pour la réalisation d'un rapport sur les incidences environnementales*** *(références articles D-70 et R-58 et suivants du Code wallon de l'environnement) ;*
- *Une* ***liste des principaux services relatifs à la réalisation d'un S.O.L. (anciennement dénommé PCA)*** *effectué au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé (minimum 3) ;*
- *Si possible des* ***attestations de bonne exécution*** *émises ou contresignées par l'autorité compétente ou, lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services ;*
  Si ce type d'attestation ne peut être produite, une liste des missions réalisées et destinataires ;
- *Une* ***déclaration décrivant l'équipement technique*** *et plus spécifiquement les logiciels dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché ;* »

Le cahier spécial des charges prévoit quatre critères d'attribution, portant respectivement sur une note d'intention, la méthodologie, le prix et le délai d'exécution.

Il prévoit également que le soumissionnaire peut faire valoir les capacités de sous-traitants ou d'autres entités et doit, dans ce cas, joindre « *à son offre les documents utiles desquels ressort l'engagement de ces sous-traitants ou entités à mettre les moyens nécessaires à la disposition du soumissionnaire* ».

Trois des quatre opérateurs économiques consultés déposent une offre, dont la partie requérante et la partie intervenante. Le rapport d'examen des offres est établi le 14 juin 2019.

Il ressort de l'examen des conditions de sélection qualitative que les trois soumissionnaires y satisfont. Plus précisément, en ce qui concerne la condition portant sur la liste des principaux services relatifs à la réalisation d'un S.O.L. réalisés au cours des 3 dernières années, le pouvoir adjudicateur estime que les trois soumissionnaires sont « en ordre ».

À la suite de la comparaison des offres sur la base des critères d'attribution, le rapport d'examen des offres propose d'attribuer le marché à la partie intervenante.

En sa séance du 21 juin 2019, le collège communal de la partie adverse décide de :

- sélectionner la partie requérante, la partie intervenante, ainsi qu'un troisième opérateur économique ;
- de considérer leurs trois offres comme étant « complètes et régulières » ;
- d'approuver le rapport d'examen des offres et de le considérer comme partie intégrante de la délibération ;

- et d'attribuer le marché portant sur « l'élaboration d'un schéma d'orientation local (S.O.L.) sur le site du Bosquet à Jodoigne » au soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse, soit la partie intervenante.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Par un courrier recommandé du 5 août 2019, la partie requérante est informée de ce que le marché a été attribué par la partie adverse à un autre soumissionnaire. Ce courrier précise que la décision motivée d'attribution peut lui être envoyée si elle en fait la demande par écrit dans les trente jours.

La décision d'attribution est envoyée par un mail du 7 août 2019 à la partie requérante, qui y donne suite en réclamant la communication du détail des critères d'attribution et de la méthodologie appliquée.

Par un courrier recommandé du 21 août 2019, la partie adverse envoie à la partie requérante le rapport d'examen des offres, ainsi que la délibération du collège communal du 21 juin 2019.

Par un courrier du 26 août 2019, la partie requérante conteste, auprès de la partie adverse, la sélection de l'offre de la partie intervenante, au regard de la condition portant sur la « *liste des principaux services relatifs à la réalisation d'un SOL [...]* ».

La partie adverse y donne suite par un courrier du 27 août 2019.

IV. Intervention

La requérante en intervention étant la bénéficiaire de l'acte attaqué, il y a lieu d'accueillir définitivement son intervention.

V. Recevabilité

V.1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie adverse

La partie adverse conteste l'intérêt au recours de la partie requérante, en invoquant l'irrégularité de son offre.

Elle relève que l'offre de la partie requérante a été signée par S. T., en qualité d'administratrice déléguée, mais estime qu'en vertu de l'article 24 des statuts de la partie requérante, l'offre aurait dû être signée par deux administrateurs.

Elle ajoute que le dépôt de l'offre de la partie requérante dans le cadre du marché litigieux ne peut être considéré comme un acte de gestion journalière, conformément à la jurisprudence du Conseil d'État.

Elle estime enfin que l'offre de la partie requérante aurait dû être déclarée irrégulière et qu'en cas de réfection de la décision d'attribution du marché litigieux, cette offre ne pourra être retenue par la partie adverse.

B. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante invoque le défaut d'intérêt légitime au recours dans le chef de la partie requérante.

Elle soutient que la partie requérante justifie sa capacité technique et professionnelle à exécuter le marché litigieux au moyen de références à d'anciens marchés, mais que l'équipe ayant réalisé ces marchés et mentionnée dans les agréments de la partie requérante n'existe plus à la suite du départ de ses collaborateurs qui sont devenus les associés de la partie intervenante.

Elle en conclut que la partie requérante n'a pas d'intérêt légitime au recours.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

L'article 14 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, soumet la recevabilité du recours en annulation dirigé contre les décisions prises par des autorités adjudicatrices à deux conditions. Tout d'abord, le recours doit être introduit par une personne qui a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché litigieux. Ensuite, les violations alléguées doivent avoir lésé, ou avoir risqué de léser, la partie requérante. Il suffit à la partie requérante pour justifier d'un intérêt au recours d'invoquer au moins un moyen fondé sur la violation ayant lésé ou risqué de léser la partie requérante.

En déposant une offre, la partie requérante a, ou a eu, un intérêt à obtenir le marché litigieux. Par ailleurs, dans le moyen unique, la partie requérante critique la sélection de la partie intervenante dont l'offre a été classée première. La sélection de la partie intervenante, à la supposer irrégulière comme le prétend la partie requérante, a pu léser cette dernière dont l'offre a été classée deuxième, après celle de la partie intervenante.

La partie requérante justifie dès lors d'un intérêt au recours au sens de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013.

La partie adverse ne peut être suivie en son argumentation selon laquelle l'offre de la partie requérante était irrégulière puisqu'elle n'avait pas été signée par deux administrateurs. Dès lors que la partie adverse n'a pas, elle-même, qualifié cette offre d'irrégulière au moment de l'attribution du marché, il n'appartient pas au Conseil d'État de procéder à l'examen de la régularité de l'offre de la partie requérante. S'il procédait à cet examen, il substituerait son appréciation à celle de la partie adverse, ce qu'il ne peut faire.

L'exception d'irrecevabilité de la partie intervenante, selon laquelle la partie requérante a justifié sa capacité technique et professionnelle à exécuter le marché litigieux au moyen de compétences humaines dont elle ne dispose plus, de sorte que l'intérêt à agir de la partie

requérante serait illégitime, ne peut être accueillie. Puisque la partie adverse n'a pas retenu l'absence de compétences humaines alléguée dans le chef de la partie requérante, il n'appartient pas au Conseil d'État de retenir cet argument, ce qui l'amènerait à substituer son appréciation à celle de la partie adverse.

Les exceptions d'irrecevabilité des parties adverse et intervenante sont rejetées.

VI. Moyen unique

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un moyen unique de la violation des articles 5, 42, § 3, 66, 71 et 78 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, des articles 65, 68, 72 et 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de la violation du cahier des charges, du principe général de bonne administration, du principe général d'égalité, du principe *patere legem quam ipse fecisti*, du principe de concurrence et de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs.

Dans la première branche du moyen unique, la partie requérante critique la sélection de la partie intervenante, particulièrement au regard des critères de capacité technique et professionnelle prévus dans le cahier spécial des charges.

Elle estime qu'en dix mois d'existence, il est peu probable que la partie intervenante ait pu réaliser le minimum des trois services pour des prestations de 50.000 euros, exigé au titre de critère de capacité technique et professionnelle. Elle en déduit que la partie intervenante a fait référence aux services prestés par ses associés lorsqu'ils étaient encore collaborateurs au sein de la partie requérante, ce qui ne serait pas régulier. En effet, elle estime que les références à produire pour remplir la condition des trois services doivent porter sur des prestations effectuées par le soumissionnaire en son propre nom et sous sa propre responsabilité, et invoque notamment l'arrêt du Conseil d'État n° 221.600 du 30 novembre 2012 à ce sujet. Elle soutient encore qu'il résulte de la jurisprudence du Conseil d'État que la différence de traitement, créée par un critère de sélection qui a pour effet d'écarter du marché les entreprises récemment constituées, n'est pas discriminatoire.

Elle ajoute qu'on ne peut pas considérer que la partie intervenante fait appel à la capacité d'autres entités, à savoir ses associés en personnes physiques, conformément à l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, car, dans ce cas, l'opérateur économique doit apporter la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires, notamment en produisant l'engagement de ces entités à cet effet. Or, elle estime que cette formalité n'a pas été respectée en l'espèce et que le pouvoir adjudicateur n'a pas motivé les raisons pour lesquelles il a accepté le recours, par la partie intervenante, à la capacité d'autres entités.

Dans la seconde branche du moyen unique, la partie requérante invoque une violation du principe de concurrence consacré par l'article 5, § 1er, de la loi du 17 juin 2016 précitée et l'obligation pour le pouvoir adjudicateur d'écarter une offre résultant d'un acte de nature à fausser les conditions normales de la concurrence, au regard de l'article 5, § 2, de cette même loi.

Selon elle, tous les actes de nature à fausser la concurrence sont visés par cet article 5. Elle invoque les articles VI.104 et XIV.7.1 du Code de droit économique et estime que ces dispositions, visant à sanctionner l'atteinte aux intérêts professionnels d'autres entreprises, ont été violées par la partie intervenante lorsqu'elle s'est approprié les références de la partie requérante, entreprise concurrente, ce comportement constituant un acte de concurrence déloyale et une violation du secret des affaires et des droits d'auteur de la partie requérante. Elle souligne qu'il était interdit aux gérants de la partie intervenante d'utiliser ces références pour leur propre compte.

Elle considère que la partie adverse ne pouvait ignorer cette situation puisqu'elle a admis que les mêmes références soient fournies à la fois par la partie intervenante et par elle-même dans la même procédure d'attribution d'un marché public.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse considère, en ce qui concerne la première branche du moyen unique, que la lecture des offres versées au dossier administratif révèle que celles-ci répondent aux exigences posées par le cahier spécial des charges, particulièrement en ce qui concerne la condition imposée au titre de la sélection qualitative portant sur « une liste des principaux services relatifs à la réalisation d'un S.O.L. (anciennement P.C.A.), réalisés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé », avec le niveau minimal d'exigences fixé à minimum trois services « pour des prestations de minimum 50.000 euros chacune, au cours des trois dernières années ».

Elle estime que ni le cahier spécial des charges, ni l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité ne s'opposent à ce que la partie intervenante se prévale de l'expérience de ses associés en vue de démontrer sa capacité technique. Elle souligne que l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité n'exige pas que les services dont la liste doit être fournie soient nécessairement prestés par le soumissionnaire lui-même. Elle ajoute que l'article 68 précité permet aussi de démontrer la capacité technique et professionnelle par les titres d'études et professionnels des cadres de l'entreprise et des responsables de l'exécution des services, de sorte que la capacité technique du soumissionnaire peut aussi s'apprécier par référence à l'expérience de ses dirigeants et exécutants. Elle invoque enfin l'article 73 du même arrêté royal et en déduit que le prestataire de services peut faire valoir l'expérience de tiers, y compris de ses actionnaires ou dirigeants d'entreprise.

Elle conteste l'application au cas d'espèce de la jurisprudence invoquée par la partie requérante et souligne qu'il est démontré que les associés de la partie intervenante seraient personnellement impliqués dans l'exécution du marché.

À propos de l'application de l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, elle estime qu'il est difficilement contestable que la partie intervenante pourra compter sur l'engagement de ses associés actifs dans l'exécution du marché litigieux.

En ce qui concerne la seconde branche du moyen unique, la partie adverse considère que la partie requérante n'étaye pas sa critique, mais procède par pure affirmation. Elle ajoute que l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 prévoit des sanctions, mais que l'annulation de la décision d'attribution du marché n'est pas la sanction prévue en cas de conclusion du marché.

Elle estime également ne pas avoir été informée, et ne pas être concernée par les relations entre la partie requérante et la partie intervenante.

Elle ajoute enfin qu'il n'est pas inenvisageable que deux soumissionnaires différents se prévalent d'une expérience ou de références similaires ou identiques, dans le cadre d'une même procédure d'attribution de marché.

C. Mémoire en intervention

En ce qui concerne la première branche du moyen unique, la partie intervenante estime que le moyen est partiellement irrecevable, dès lors que la partie requérante reproduit de manière tronquée les modes de preuve autorisés par le cahier spécial des charges pour la condition de sélection qualitative relative à la liste des prestations de services similaires.

Sur le fond du moyen, elle rappelle que son offre indique expressément, sans ambiguïté, que les services renseignés à titre de références ont été réalisés pour le compte de la partie requérante, par un ou plusieurs des associés de la partie intervenante dans le cadre de leurs collaborations précédentes. Elle estime donc que la partie adverse a pu décider que la liste des références renseignée par la partie intervenante répondait aux exigences du cahier spécial des charges, en motivant adéquatement la décision sur ce point.

Elle considère que les associés de la partie intervenante sont les auteurs des prestations réalisées et renseignées comme références, de sorte que son offre est conforme à la réalité en ce qu'elle les renseigne comme services prestés pour le compte de la partie requérante. Elle ajoute que la cession des droits intellectuels par ses associés à la partie requérante, dans le contrat de collaboration, n'est pas pertinente car ce contrat permet d'utiliser les travaux réalisés en faisant expressément référence à la partie requérante, ce qui est le cas en l'espèce.

Elle reconnaît disposer d'une personnalité juridique distincte de celle de ses associés, mais souligne qu'il s'agit d'une fiction car la personne morale ne peut agir que par le truchement de ses organes. Or, elle relève que tous ses associés ont la qualité de gérant, soit d'organe de SEN5. Elle estime donc que, conformément au Code des sociétés, l'exécution du marché est réalisée par ses organes, qui n'ont pas la qualité de sous-traitants. Selon elle, il faut donc admettre que les références présentées par ses organes sont également celles de sa société.

À titre subsidiaire, elle estime qu'il peut être fait application de l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité et que la partie adverse disposait bien de la preuve de l'engagement d'autres entités quant à leur capacité, à savoir les associés fondateurs de SEN5. Selon elle, il ressort clairement de son offre que les prestations faisant l'objet du marché litigieux ne pouvaient être réalisées que par ses associés fondateurs. Elle invoque encore la circonstance que son offre était signée par trois de ces associés, ce qui démontrait, selon elle, leur engagement à exécuter le marché.

En ce qui concerne la seconde branche du moyen unique, la partie intervenante souligne qu'elle ne s'est pas approprié les références de la partie requérante, mais qu'elle a fait état de l'expérience acquise par ses associés pour le compte de la partie requérante.

Elle considère que le Conseil d'État n'est pas compétent pour juger de l'existence d'un engagement contractuel entre la partie requérante et elle-même.

À titre subsidiaire, elle estime que la clause de non-concurrence invoquée par la partie requérante est nulle et qu'il n'est pas exact de soutenir que les anciens collaborateurs ont cédé à

la partie requérante l'ensemble de leurs droits intellectuels, tels que le droit à la divulgation et le droit de paternité.

Elle en conclut qu'il n'y a pas de violation de la convention de collaboration, ni d'atteinte aux droits intellectuels de la partie requérante et au secret des affaires.

D. Mémoire en réplique

La partie requérante constate, à la lecture de l'extrait de l'offre de la partie intervenante qui lui a été communiqué par celle-ci, que la partie adverse était informée de ce qu'il ne s'agissait pas de références relatives à des marchés précédents exécutés par le soumissionnaire, mais de missions auxquelles les fondateurs de la partie intervenante avaient participé dans le cadre de leur précédente collaboration avec la partie requérante.

Elle considère que le degré d'implication par ses anciens collaborateurs dans les missions mentionnées n'est pas pertinent dans la décision de sélection car aucune vérification n'aurait été faite par la partie adverse qui s'est contentée d'un tableau, selon elle non conforme au niveau d'exigences puisque le montant respectif de chaque mission n'est pas mentionné. Elle ajoute que l'indication générale suivant laquelle les références données portent sur des montants supérieurs à 50.000 euros est inexacte.

Quant à l'exception d'irrecevabilité partielle du moyen soulevée par la partie intervenante, elle répond que si la partie requérante n'a pas produit les éléments litigieux du cahier spécial des charges, c'est parce qu'ils sont dépourvus de pertinence, la question n'étant pas de savoir si la partie intervenante devait ou non produire des attestations de bonne exécution mais si les marchés auxquels elle a fait référence sont des marchés qu'elle a elle-même exécutés, *quod non*.

Elle rappelle ensuite l'arrêt n° 221.600 du 30 novembre 2012 dont la conclusion peut, selon elle, être appliquée à l'espèce.

Elle ajoute que le pouvoir adjudicateur n'a pas retenu comme critère de sélection qualitative les qualifications professionnelles des personnes chargées de l'exécution du marché ni les titres d'études et professionnels des cadres de l'entreprise, mais bien une liste des principaux services similaires fournis au cours des trois dernières années.

Quant au recours à la capacité de tiers, elle relève qu'il n'en est nullement question dans la décision attaquée, ni dans le rapport d'examen des offres, en ce qui concerne l'offre de la partie intervenante. Elle invoque encore l'arrêt n° 221.600 du 30 novembre 2012, dans lequel le Conseil d'État avait rejeté l'argumentation développée à cet égard par le requérant.

À titre subsidiaire, elle indique que les associés fondateurs de la partie intervenante s'approprient indûment la paternité des références proposées car ils n'ont que partiellement participé à ces missions qui se sont poursuivies après leur départ.

À propos de la seconde branche du moyen unique, la partie requérante invoque les éléments de fait nouveaux qui confirment, selon elle, les actes de nature à fausser la concurrence. Elle souligne en effet que les cinq références produites par la partie intervenante portent sur des missions réalisées par elle-même et qu'elles n'ont pas été décrites de manière conforme à la réalité.

Elle conteste la lecture faite par la partie adverse de l'article 5 de la loi du 17 juin 2016 précitée. Elle estime que la partie adverse aurait dû écarter l'offre de la partie intervenante et a violé cette disposition en omettant de le faire, sans que la conclusion du marché n'ait d'incidence sur la sanction à donner à cette violation. Elle ajoute que le fait que la partie adverse ne connaissait pas la situation n'est pas pertinente et est, en outre, inexact. Elle estime que la partie adverse ne pouvait ignorer que Pluris et SEN5 avaient fourni des références identiques. Elle critique l'absence de vérification de ces références par la partie adverse.

Elle insiste enfin sur l'atteinte à ses intérêts professionnels dont s'est rendue coupable la partie intervenante en exploitant sa renommée, s'appropriant son know-how et en la dénigrant dans ses écrits de procédure.

E. Dernier mémoire de la partie adverse

La partie adverse fait valoir ce qui suit :

> « *4. La partie adverse considère que l'analyse et les conclusions du rapport, en ce qui concerne la première branche du moyen unique, ne peuvent être suivies.*
>
> *Pour les motifs qu'elle a exposés dans son mémoire en réponse, et dont elle considère qu'ils ne sont pas valablement remis en cause dans le rapport, la partie adverse persiste à penser qu'elle pouvait prendre en compte, dans le cadre de l'analyse de l'offre de la partie intervenante au regard des conditions de sélection qualitatives, les services précédemment prestés tels que renseignés dans cette offre.*
>
> *5. Comme le souligne l'auteur du rapport (point n° 53), l'objectif des conditions de sélection qualitatives est* "de s'assurer que le soumissionnaire dispose de l'expérience nécessaire pour exécuter le marché".
>
> *Cet objectif peut parfaitement être atteint si l'on tient compte de l'expérience personnellement acquise par les associés de la société soumissionnaire, par la suite désignés adjudicataires, à l'occasion de services précédemment prestés par eux.*
>
> *En réalité, il peut même être considéré que le but des conditions de sélection qualitative, qui vient d'être rappelé, est encore plus susceptible d'être rencontré dans une telle configuration, où l'on peut tenir compte de l'expérience qui a été acquise par les personnes qui, effectivement, s'engagent à exécuter le marché. En effet, dans l'hypothèse où l'on tient compte des services prestés par le soumissionnaire, constitué en personne morale, au cours de la période visée par les documents du marché. Il n'est pas nécessairement établi que le soumissionnaire, qui peut faire valoir de telles références, disposera encore pour l'exécution du marché du personnel ou des collaborateurs intervenus à l'occasion de la prestation de services invoquée dans son offre.*
>
> *6. En lien avec la question posée par la première branche du moyen et l'argumentation développée par la partie adverse pour y répondre, on peut se référer à un arrêt récent du Conseil d'État, n° 250.129 du 17 mars 2021, [...]. Dans cet arrêt, le Conseil d'État répond à un moyen reprochant à la partie adverse d'avoir pris en considération, pour vérifier la capacité professionnelle et technique de l'adjudicataire, une référence invoquée par celui-ci, et que la partie requérante avait également invoquée à l'appui de son offre. Les*

requérantes, qui constituaient une association momentanée, faisaient valoir que c'est l'une d'entre elles qui avait exécuté les prestations correspondant à la référence litigeuse, en sous-traitance et dans le cadre de l'exécution d'un marché public attribué par une structure publique intervenant dans la sphère économique, qui elle-même s'était vu attribuer un marché dont ces prestations faisaient partie. Or cette structure, étant membre de l'association momentanée attributaire du marché en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt cité, se prévalait de la même référence. Il apparaît ainsi que, dans cette affaire, l'association formée par les sociétés requérantes et celle à qui le marché litigieux a été attribué avaient toutes deux invoqué l'exécution d'une même mission, parmi les références dont la production était exigée au titre de la sélection qualitative.

En réponse au moyen, qu'il juge non-fondé, l'arrêt fait valoir que les dispositions et principes applicables n'imposent pas, dans les attestations de réalisation qui étaient exigées, la ventilation des prestations selon que celles-ci aient, ou non, été exercées en sous-traitance. L'arrêt souligne que le maître de l'ouvrage qui délivre l'attestation de bonne exécution ne dispose d'ailleurs pas nécessairement de cette information. Il ajoute qu'il n'est "pas requis qu'un entrepreneur ait exécuté lui-même les prestations qui lui ont été confiées par le maître de l'ouvrage pour pouvoir prétendre à une attestation d'exécution".

Ce faisant, le Conseil d'État a validé le fait que le pouvoir adjudicateur ait pris en compte, au titre de la sélection qualitative, et de l'expérience exigée, un service presté qui ne l'avait pas été par les soins du soumissionnaire concerné, mais par l'un des sous-traitants.

Au regard de ce qui précède, et de la position ainsi adoptée, on ne voit pas ce qui justifierait que des personnes ayant acquis une expérience utile à l'occasion de la réalisation de missions similaires à celles faisant l'objet d'un marché de services, et s'étant par ailleurs associées, formalisant cette association par la création d'une personne morale, ne puissent pas, à l'occasion d'un marché pour lequel une offre est faite par cette personne morale et qu'elles s'engagent à exécuter personnellement si le marché leur est attribué, [...] faire valoir, au titre de la sélection qualitative, l'expérience ainsi acquise.

7. Pour répondre à l'argumentation développée aux points n^os^ 54 et 55 du rapport, il y a lieu d'indiquer ce qui suit.

Certes, l'offre de la partie intervenante n'était signée que par trois de ses associés. Dans le même temps, cette offre, en décrivant la philosophie de travail du soumissionnaire et en décrivant son équipe, insistait sur la complémentarité des formations des différents associés, en soulignant que cela permettait de garantir une approche transversale, globale et adaptée. L'offre décrivait, par ailleurs, de manière précise l'expérience et la compétence de chacun des associés. Ces éléments laissaient clairement entendre, au-delà de la question de la signature de l'offre, que chacun de ces associés seraient impliqués dans l'exécution du marché. Les CV de ces associés joints dans l'offre faisaient par ailleurs apparaître qu'ils disposaient d'une expérience professionnelle antérieure commune, ce qui permettait également de considérer que les services renseignés par la partie intervenante dans son offre pouvaient être considérés comme ayant été réalisés avec l'implication de l'ensemble des membres de l'équipe renseignée.

8. À l'égard de l'argument nouveau invoqué par la partie requérante dans son mémoire en réplique, et jugé recevable par Madame l'Auditeur-adjoint dans son rapport, il y a lieu de faire valoir ce qui suit.

S'agissant de la capacité technique et professionnelle, le cahier spécial des charges imposait la production d'une liste des références. Selon le cahier des charges, les prestations de services ainsi évoquées devaient être prouvées "si possible" *par des attestations de bonne exécution établies et signées par le pouvoir adjudicateur ou le commanditaire si le soumissionnaire n'est pas en mesure de fournir ce type d'attestations, il fallait établir une liste* "des principaux services réalisés et le destinataire" *(p. 12 du cahier des charges, DA, pièce n° 2). Dans les* "documents à remettre" *listés à la page 13 du cahier spécial des charges, il est indiqué que si une attestation de bonne exécution ne peut être produite, il faut joindre* "une liste des missions réalisées et destinataires". *Force est de constater que l'offre de la partie intervenante répond à la mention du cahier spécial des charges ainsi libellée, et applicable lorsque, comme cela fut le cas en l'espèce, le soumissionnaire n'était pas en mesure de joindre à sa liste de références des attestations de bonne exécution.*

9. Le moyen est non-fondé ».

F. Dernier mémoire de la partie intervenante

La partie intervenante fait valoir ce qui suit :

« PREMIÈRE BRANCHE

2.— Se fondant sur l'enseignement de l'arrêt 221.600 du 30 novembre 2012, ARTBEL, le rapport expose que les références produites par l'intervenante concernent des prestations accomplies par ses associés. Or, le cahier spécial des charges a fait le choix de solliciter des références émanant du soumissionnaire. Partant, l'intervenante ne pouvait être régulièrement sélectionnée.

3.— Cette analyse ne peut être suivie en raison des objectifs poursuivis par la règlementation (i) et du fait que les associés ayant acquis l'expérience utile ont la qualité d'organes de l'intervenante (ii). Ces associés se sont engagés à mettre leur capacité au service de l'intervenante (iii). Enfin, le document produit par l'intervenante pour justifier de ses capacités techniques et professionnelles répond au prescrit du cahier spécial des charges (iv).

i) Les objectifs de la réglementation

4.— Selon le rapport, "suggérer, comme le fait la partie adverse, que le mode de preuve fixé par l'article 68, § 4, 1°, b), de l'arrêté royal précité n'exige pas que les services listés doivent nécessairement avoir été prestés par le soumissionnaire lui-même tend à contredire l'objectif même des conditions de sélection qualitative, et plus particulièrement celui de s'assurer que le soumissionnaire dispose de l'expérience nécessaire pour exécuter le marché".

5.— Mais il a été observé que cet objectif est : "[...] de s'assurer que le soumissionnaire est en mesure d'exécuter le marché, fût-ce en recourant à la capacité d'un tiers".

Dans certaines circonstances, il peut se produire qu'une même référence soit invoquée par deux soumissionnaires.

6.— Par ailleurs, l'intervenante ne peut que souscrire au rapport lorsqu'il expose, à l'occasion de la seconde branche du moyen :

"Il serait, par ailleurs, justement contraire au principe de concurrence d'empêcher un soumissionnaire de participer à une procédure d'attribution d'un marché en concurrence avec un autre soumissionnaire pour lequel plusieurs des associés du premier ont travaillé par le passé, y acquérant des compétences et know-how utile à l'exécution du marché".

Or, le principe de concurrence est un des principes transversaux de la commande publique et doit commander une interprétation téléologique des conditions de sélection.

7.— Il faut en conclure que le formalisme doit être au service des objectifs poursuivis et non l'inverse.

ii) Les personnes ayant acquis une expérience utile ont la qualité d'organes de l'intervenante

8.— Selon le rapport :

"Comme le souligne la partie intervenante, une personne morale dispose d'une personnalité juridique distincte de celle de ses associés, mais ne peut agir que par le truchement de ses organes. Toutefois, cette faculté pour les organes de poser des actes engageant la personne morale ne permet pas de considérer que la partie intervenante soumissionnaire dispose, elle-même, d'une expérience en matière de réalisation de S.O.L., conformément à ce qu'exige le cahier spécial des charges, ni que l'expérience qu'aurait acquise ses organes pour le compte et sous la responsabilité d'une autre société, lui serait ainsi transférée de manière à ce qu'elle puisse s'en prévaloir au titre de capacité technique et professionnelle propre. La partie intervenante, qui entend ainsi se distinguer de l'enseignement de l'arrêt n° 221.600, omet de relever que, dans ce dernier arrêt, la personne physique faisant valoir sa propre expérience pour démontrer la capacité technique et professionnelle de la personne morale soumissionnaire, était son administrateur délégué et gérant, organe de la personne morale qui avait par ailleurs signé l'offre déposée par cette dernière, l'engageant donc grâce à sa qualité d'organe".

9.— Cette analyse ne répond pas à l'argumentation issue du droit des sociétés, exposée par l'intervenante :

- sur le plan des principes, une personne morale, être de fiction, ne peut agir que par le truchement de ses organes lesquels incarnent la personne morale et s'identifient à elle ;

- en l'espèce, il résulte des statuts de l'intervenante que tous les associés ont la qualité de gérant, c'est-à-dire d'organe ;

- S'agissant du mode de preuve de la réalité du service presté, la déclaration fait partie intégrante de l'offre de l'intervenante — qui se trouve par-là identifiée — et est signée par elle de manière telle qu'elle engage sa responsabilité.

10.— Dans la mesure où les organes d'une société s'identifient à la société elle-même, où ces mêmes organes sont les personnes qui, au sein de la société, vont exécuter le marché, il faut alors admettre que les références présentées par ces organes sont également celles de la société au sens de la réglementation sur les marchés publics en matière de sélection qualitative.

11.— Le droit de la commande publique a déjà admis — initialement de manière purement prétorienne, avant sa consécration légale — qu'un marché entre deux entités pourtant juridiquement distinctes n'était pas soumis à la règlementation juridique en raison des liens qui pouvaient exister entre un pouvoir adjudicateur et sa filiale dans les marchés "in house". *La situation des associés actifs de l'intervenante répond aux conditions exposées à l'article 30, § 3, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics : ces associés exercent statutairement un* "contrôle analogue" *sur l'intervenante, ils exercent toute leur activité professionnelle en son sein. Enfin, le capital social n'est détenu par aucun autre associé.*

12.— En conséquence, un raisonnement par analogie permet la même solution pour apprécier les références dont disposent les associés d'une société lorsqu'ils sont organes de cette société.

iii) Les associés de l'intervenante ne se seraient pas engagés à mettre leur capacité à sa disposition

13.— Selon le rapport :

"La partie adverse et la partie intervenante ne peuvent pas davantage invoquer à titre subsidiaire l'application de l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, en considérant que les associés fondateurs de la partie intervenante se sont engagés, en tant que tiers, à mettre à disposition de celle-ci leurs capacités et, en l'occurrence, leur expérience professionnelle, afin d'exécuter le marché et de répondre aux conditions de sélection qualitative. En effet, l'application de cette disposition implique que l'opérateur économique, soumissionnaire, apporte au pouvoir adjudicateur la preuve qu'il disposera des moyens nécessaires à la fourniture des services pour lesquels ces capacités tierces sont requises, notamment en produisant l'engagement de ces entités à cet effet. Dans son offre, la partie intervenante ne prétend pas faire application de la faculté laissée par l'article 73 précité et ne produit aucun engagement à cet égard".

14.— L'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 permet à un soumissionnaire d'avoir recours aux capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique du lien qui l'unit à ces entités.

15.— Contrairement à ce que soutient le rapport, l'engagement des associés de l'intervenante à mettre leur capacité à son service a été administrée.

*16.— L'intervenante a en effet déposé ses statuts, d'où il résulte que tous ses associés ont la qualité de gérants statutaires (*supra*).*

Conformément au Code des sociétés et des associations, il appartient aux gérants d'accomplir tous les actes nécessaires ou utiles à l'accomplissement de l'objet social, lequel comprend la réalisation d'études telles que celles visées par le marché de la partie adverse.

17.— Les associés sont par ailleurs "associés actifs". *L'associé actif se définit comme celui qui, ayant investi des fonds dans une société, y exerce une activité effective et stable en vue de faire fructifier le capital qui est en partie le sien. Tel est bien le cas, ainsi que cela résulte de l'offre de l'intervenante :*

“Né du désir de travailler en phase avec nos valeurs (rigueur, intégrité, efficacité, disponibilité, créativité, écoute et respect d’autrui) et de donner du sens à nos activités professionnelles dans un contexte de crise environnementale, le bureau regroupe une inter-disciplinarité essentielle à nos domaines d’action : les 5 fondateurs sont en effet formés dans 5 disciplines complémentaires que sont la géographie, l’urbanisme, l’architecture, les sciences politiques et la gestion de l’environnement”.

18.— L’offre de l’intervenante contient en outre une présentation nominative de chaque associé, un bref descriptif des fonctions exercées par chacun et précise la répartition des tâches entre eux :

“Disposant en interne de profils complémentaires, nous proposons de répartir ces 3 volets de la manière suivante : [...]”.

L’annexe 7.2 de l’offre comporte le curriculum vitae de chaque associé et son expérience professionnelle.

19.— Au vu des personnes physiques renseignées dans les agréations de l’intervenante, les prestations objet du marché public litigieux ne pouvaient être réalisées que par ces personnes, exerçant leur activité dans le cadre d’une société professionnelle.

20.— Au vu de la finalité poursuivie par la sélection des candidats et le critère de capacité technique et professionnelle, cet élément permettait à la partie adverse de sélectionner régulièrement l’intervenante.

21.— Enfin, l’offre de l’intervenante est signée par trois personnes à savoir [N.D.], [S.J.] et [M.B.] À chaque reprise, leur signature est précédée de la mention “gérante” et “associée”.

22.— En signant l’offre en qualité de gérantes, ces trois personnes engageaient valablement l’intervenante.

En signant l’offre en qualité d’associées, ces trois personnes prenaient l’engagement d’exécuter le marché en qualité d’associées actives, conformément à la répartition des tâches entre associés que mentionne expressément l’offre.

23.— Il en résulte que la partie adverse disposait de la preuve requise pour considérer que les personnes physiques pouvant se prévaloir des références citées étaient les mêmes personnes qui, au travers de la personne morale de l’intervenante, exécuteraient le marché litigieux.

iv) Le document produit par l’intervenante répond au prescrit du cahier spécial des charges

24.— Selon le cahier spécial des charges, le premier critère de sélection en matière de capacité technique et professionnelle impose la production d’une liste de références :

“Une liste des principaux services relatifs à la réalisation d’un S.O.L. (anciennement dénommé PCA), réalisés au cours des 3 dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire publics ou privés”.

Le cahier spécial des charges prévoit en outre :

“Les prestations de services sont prouvées si possible par des attestations de bonne exécution émises ou contresignées par l’autorité compétente ou lorsque le destinataire a

été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services. Si le soumissionnaire n'est pas en mesure de fournir ce type d'attestation, il devra établir la liste des principaux services réalisés et le destinataire. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de se renseigner directement auprès des destinataires concernés de la bonne exécution des missions".

Sous le titre "Document à remettre", *il précise notamment :*

" Si possible des attestations de bonne exécution émises ou contresignées par l'autorité compétente ou, lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services ; Si ce type d'attestation ne peut être produite, une liste des missions réalisées et destinataires".

25.— Au point de vue de la preuve, le cahier spécial des charges organise donc un système en cascade : lorsque le soumissionnaire n'est pas en mesure d'assortir la liste de références d'une attestation de bonne exécution (personnes publiques) ou encore par une attestation de l'acheteur (personne privée), le cahier spécial des charges admet que les prestations sont prouvées "simplement par une déclaration du prestataire de services" *et prévoit le retour au principe exprimé par l'arrêté royal, c'est-à-dire* "la fourniture d'une liste des principaux services réalisés et le destinataire".

26.— Le document de l'intervenante répond à ce prescrit concernant le mode de preuve imposé. Y ajouter des exigences complémentaires revient à ajouter au contenu du cahier spécial des charges.

* * *

27.— En sa première branche, le moyen unique est non fondé.

SECONDE BRANCHE

28.— L'intervenante se réfère à son mémoire en intervention et au rapport sur l'affaire.

29.— Le moyen unique est non fondé ».

G. Dernier mémoire de la partie requérante

La partie requérante fait valoir ce qui suit :

« PREMIÈRE BRANCHE : PRISE EN COMPTE DES RÉFÉRENCES FOURNIES PAR LA SPRL SEN5 ALORS QUE LE MARCHÉ NE POUVAIT ÊTRE ATTRIBUÉ À UN SOUMISSIONNAIRE QUI NE RÉPOND PAS AUX CRITÈRES DE SÉLECTION QUALITATIVE FIXÉS PAR LE CAHIER SPÉCIAL DES CHARGES

33. À l'appui de ses prétentions, la Commune de Jodoigne cite un arrêt du Conseil d'État, n° 250.129 (17 mars 2021, srl Architecture et Création et consorts) selon lequel il ne serait pas requis qu'un entrepreneur ait exécuté lui-même les prestations qui lui ont été confiées par le maître de l'ouvrage pour pouvoir prétendre à une attestation d'exécution.

Cette jurisprudence n'est toutefois pas pertinente dans le cas d'espèce :

- Dans l'arrêt précité, le Conseil d'État a admis qu'il était possible de prendre en compte un service presté qui ne l'aurait pas été par les soins du soumissionnaire concerné, mais par l'un des sous-traitants ;

- In casu, *SEN5 cherche à se prévaloir de l'expérience acquise par certains de ses gérants quand ils étaient collaborateurs au sein d'une autre société ;*

- Le principal motif qui conduit le Conseil d'État à retenir une référence portant sur un marché attribué au soumissionnaire mais réalisé en partie par un sous-traitant réside dans le fait que le pouvoir adjudicateur n'est pas en mesure de vérifier la ventilation des prestations selon que celles-ci ont été réalisées par le soumissionnaire qui produit la référence ou par son sous-traitant ;

- Le cas de figure visé par cet arrêt est donc fondamentalement différent : en l'espèce, SEN5 ne dépose pas une référence qui aurait été réalisée par un de ses sous-traitants. Elle n'invoque pas plus des références qu'elle aurait elle-même réalisées en qualité de sous-traitant d'un autre prestataire. En effet, SEN5 n'a jamais été sous-traitant de PLURIS ;

- La différence est fondamentale puisque dans le cas de prestations produites par un soumissionnaire et réalisées par un sous-traitant, il s'agit bien de références concernant les entreprises elles-mêmes et non de prestations partiellement réalisées par les cadres de l'entreprise à un autre titre à savoir celui de collaborateur d'un bureau d'études.

La référence doit émaner du prestataire qui dépose l'offre et non d'un tiers, ce qui est bien le cas dans la première hypothèse mais pas la seconde.

L'article 68, § 1er et § 4, 1°, b, ne doit pas — suivant une jurisprudence constante de Votre Conseil — être interprété en ce sens qu'il permettrait de vérifier les références visées dans le chef de certains membres du personnel, voire du personnel de direction du candidat ou du soumissionnaire lorsque cette expérience aurait été acquise par ces personnes dans le cadre d'une activité autre que celle du candidat ou du soumissionnaire.

34. En outre, selon la partie adverse et la partie intervenante, la manière dont serait rédigée l'offre laisserait clairement entendre, au-delà de la question de la signature de l'offre, que chacun de ces associés étaient impliqués dans l'exécution du marché.

Selon elles, dans la mesure où les organes d'une société s'identifieraient à la société elle-même, où ces mêmes organes seraient les personnes qui, au sein de la société, exécuteraient le marché, il faudrait alors admettre que les références présentées par ces organes seraient également celles de la société.

Cette manière de présenter les choses s'oppose diamétralement à l'analyse développée par le Conseil d'État dans son arrêt n° 221.600 et revient à nier le fait qu'une personne morale dispose bien d'une personnalité juridique distincte de celle de ses associés-fondateurs.

Ce raisonnement pourrait également mener à de nombreux abus en ce qu'il permet d'échapper aux garanties mises en place par l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Si, dans le cadre de l'arrêt n° 221.600, une société n'a pas pu se prévaloir de l'expérience de son administrateur-délégué qui avait signé l'offre en sa qualité d'organe, la société SEN5 ne peut invoquer l'expérience acquise par ses associés-fondateurs (alors que, de surcroît, seuls trois d'entre eux ont signé l'offre, en leur qualité d'organes).

La Commune de Jodoigne a choisi de faire application pour la sélection qualitative concernant la capacité technique et professionnelle de l'article 68, § 4, 1°, b, à savoir la liste des principaux services fournis par le soumissionnaire au cours des trois dernières années.

Elle aurait pu, au lieu de la liste de références, viser :

- L'indication des techniciens ou des organismes techniques qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise de l'opérateur économique, en particulier ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité (article 68, § 4, 2°) ;

- L'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise à condition qu'ils ne soient pas évalués comme critère d'attribution (article 68, § 4, 6°) ;

- Cette approche lui aurait permis d'opérer la sélection qualitative sur la base de l'expérience et des curriculum vitae des cadres de l'entreprise.

Elle a toutefois fait le choix de ne pas le faire et d'imposer que ces services aient été réalisés par le soumissionnaire lui-même, de sorte que, comme l'écrit Madame l'Auditeur-Adjoint, le cahier spécial des charges, tel que rédigé par la partie adverse, ne permettait pas à la partie intervenante d'invoquer des services prestés par des entités tierces, sans faire application de la faculté prévue à l'article 78 de la loi du 17 juin 2016 et à l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017.

Dès lors, conformément à l'analyse développée par l'Auditorat, au regard de l'interprétation de l'article 68, § 4, 1°, b) de l'arrêté royal précité, donnée par l'arrêt n°221.600 du Conseil d'État, il faut conclure que la sprl SEN5, "n'a pas satisfait à l'exigence, imposée par le cahier spécial des charges, de produire une liste de services similaires à ceux qui font l'objet du marché litigieux, assurés au cours des trois dernières années par ses soins, en son nom et sous sa propre responsabilité".

35. Quant au raisonnement que la partie intervenante prétend issu du droit des sociétés et de la théorie de l'organe il ne peut être suivi par le Conseil d'État.

En effet, cette argumentation ne résiste pas à un examen sérieux.

Il suffit de constater pour couper court à ces développements théoriques que les références produites par SEN5 dont elle revendique indûment la paternité ont été en grande partie accomplies avant la constitution de la société le 5 juillet 2018 et avant le départ des anciens collaborateurs en sorte qu'elles n'ont pas été réalisées par ceux-ci en qualité d'organes d'une société qui n'existait pas.

36. Vis-à-vis du raisonnement par analogie, développé par la partie intervenante, entre, d'une part, le droit applicable aux marchés "in house" *et, d'autre part, la présente affaire, celui-ci n'a pas lieu d'être.*

Dans le cadre d'un marché in house*, ce sont bien deux entités juridiquement distinctes [qui] concluent un contrat.*

Le raisonnement développé par la société SEN5 ne permet pas d'assimiler la partie intervenante à ses gérants, de sorte qu'il ne lui permet pas non plus de soutenir que l'expérience de ses gérants sont des références qui émanent d'elle-même.

Par ailleurs, admettre cet argument de la société SEN5 reviendrait à permettre à des soumissionnaires d'échapper au prescrit de l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 dans un certain nombre de cas.

Il y a lieu de condamner [c]e raisonnement qui :

- N'est pas conforme avec le texte de l'article 73 qui s'applique "quelle que soit la nature juridique du lien qui l'unit à ces entités" *;*

- Ne permet pas au pouvoir adjudicateur d'être certain de l'engagement de l'autre entité, sans qui le soumissionnaire n'est pas capable d'exécuter le marché ;

- Permet à un soumissionnaire d'avoir recours à une autre entité qui ne remplirait pas les critères de sélection ou même à l'encontre de laquelle il existerait un motif d'exclusion.

37. Enfin, selon la partie adverse et la partie intervenante, le tableau de références produit par la société SEN5 serait parfaitement conforme aux prescrits du cahier spécial des charges.

Celles-ci soutiennent ainsi que, à défaut de pouvoir produire des attestations de bonne exécution, il était possible de produire une simple liste des services réalisés par le prestataire.

Ces arguments ne sont pas sérieux au vu des documents du marché.

Pour rappel, le cahier spécial des charges traite cette question de la manière suivante :

"Une liste des principaux services relatifs à la réalisation d'un S.O.L. (anciennement dénommé PCA), réalisés au cours des 3 dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire publics ou privés. Les prestations de services sont prouvées si possible par des attestations de bonne exécution émises ou contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services. Si le soumissionnaire n'est pas en mesure de fournir ce type d'attestation, il devra établir la liste des principaux services réalisés et le destinataire. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de se renseigner directement auprès des destinataires concernés de la bonne exécution des missions.

Niveau minimal : Les services doivent être de minimum 3 pour des prestations de minimum 50.000 euros chacune, au cours des 3 dernières années".

Ainsi, le niveau minimal imposé par [le] cahier des charges s'appliquait tant aux soumissionnaires déposant des attestations de bonne exécution qu'à ceux produisant une liste des différents services réalisés par ceux-ci.

Il serait totalement dénué de logique d'interpréter cette clause du cahier des charges comme signifiant que ce "niveau minimal" *n'était applicable qu'aux entreprises faisant valoir des attestations de bonne exécution mais pas à celles déposant uniquement une liste de prestations effectuées.*

Dans le cas contraire, tous les soumissionnaires auraient simplement pu opter pour cette deuxième possibilité pour échapper au niveau minimal fixé par le pouvoir adjudicateur.

Qu'il soit fait usage d'une ou l'autre possibilité, le pouvoir adjudicateur souhaitait bien imposer que les services servant de référence aux soumissionnaires se rapportent à des prestations de minimum 50.000 euros chacune, au cours des 3 dernières années.

Or, en l'espèce, la société SEN5 s'est limitée à indiquer, de manière générale, que les principaux services prestés "tous pour un montant supérieur à 50.000€", *mais n'a pas détaillé, pour chaque service, le montant de celui-ci, de sorte qu'il était impossible pour le pouvoir adjudicateur de vérifier que le niveau minimal d'exigence était rencontré par la partie intervenante.*

Ainsi, comme le conclut Madame l'Auditeur-Adjoint, pour ce qui concerne la condition tenant à la liste des principaux services, la partie adverse n'a pas respecté le cahier spécial des charges, ni le principe général de droit qui se traduit par l'adage patere legem quam ipse fecisti.

38. Pour le surplus, la requérante se réfère à sa requête en annulation, à son mémoire en réplique et au rapport de l'Auditorat.

IV.5.2. DEUXIÈME BRANCHE : VIOLATION DU PRINCIPE DE CONCURRENCE — OBLIGATION POUR L'ADJUDICATEUR D'ÉCARTER UNE OFFRE RÉSULTANT D'UN ACTE DE NATURE À FAUSSER LES CONDITIONS NORMALES DE LA CONCURRENCE.

39. Selon Madame l'Auditeur-Adjoint, la partie intervenante n'aurait posé aucun un acte de nature à fausser les conditions normales de la concurrence en déposant offre pour le marché litigieux puisqu'il ressortirait clairement de l'offre de la partie intervenante que cette dernière n'aurait pas fait sienne les références des principaux services exécutés par ses associés, de manière déloyale, mais qu'elle les aurait expressément renseignés comme ayant été exécutés dans le cadre de leur précédente collaboration, pour le compte de la requérante. Si les associés-fondateurs de la société SEN5 ne soutiennent pas que les références données au pouvoir adjudicateur sont siennes, il existe toutefois bel et bien une violation du principe de concurrence. Pour faire concurrence au bureau PLURIS, les associés-fondateurs de la société SEN5 se sont approprié le know-how de leur ancien employeur de manière parfaitement illégitime.

Dans son offre, la société SEN5 a remis : "une liste des principaux services relatifs à la réalisation d'un SOL, PCA ou RUE réalisés par l'un ou plusieurs des associés de SEN5 sprl, au cours des 3 dernières années, dans le cadre de collaborations précédentes pour le compte de PLURIS scrl, et cités ici à titre confidentiel, tous pour un montant supérieur à 50.000€ htva". *Cette manière de présenter les choses est totalement mensongère en ce qu'elle suggère que ce sont les associés de la société SEN5 qui ont réalisé ces travaux alors qu'il n'en est rien. Ceux-ci se prévalent d'une expérience qui est, en réalité, propre à Madame [S.T.] et à Monsieur [P.P.] Ce sont bien eux qui dirigent les projets et du bureau PLURIS et qui effectuent le gros du travail. Si, certes, ceux-ci sont assistés par certains collaborateurs pour des tâches spécifiques, ce travail est minime et est, de surcroît, systématiquement encadré et contrôlé par les administrateurs de PLURIS. Rappelons que l'agrément nécessaire pour la réalisation de telles études, dont PLURIS est titulaire, a été accordé à la personne de [S.T.], de sorte que les documents doivent être signés par elle pour être validés par le Ministre (http://lampspw.wallonie.be/dgo4/site_amenagement/site/directions/dal/auteurspr ojet).*

De même, l'assurance responsabilité professionnelle est souscrite uniquement aux noms de [S.T.] et [P. P.]. À aucun moment, les associés-fondateurs du bureau SEN5 n'ont été responsables ni compétents pour agir seuls. En s'appropriant indûment des missions antérieurement réalisées par PLURIS et en allant jusqu'à soutenir que ces missions ont été essentiellement réalisées et pilotées par les gérants de SEN5, cette dernière exploite la renommée d'un bureau d'études concurrent et s'approprie son know-how. Il s'agit, indubitablement, d'une violation du principe de concurrence.

40. Pour le surplus, la requérante se réfère à sa requête en annulation et à son mémoire en réplique ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Quant à la recevabilité du moyen unique

Dans son mémoire en intervention, la partie intervenante soutient que le moyen unique est partiellement irrecevable, puisque, selon elle, la partie requérante a reproduit de manière tronquée le passage du cahier des charges qui concerne les modes de preuve des principaux services relatifs à la réalisation d'un S.O.L. Plus précisément, la partie intervenante critique le fait que la partie requérante ne mentionne pas le passage du cahier des charges qui précise que le soumissionnaire est autorisé à produire une liste des missions réalisées et des destinataires, s'il ne peut produire des attestations de bonne exécution.

La partie intervenante n'explique pas, et le Conseil d'État n'aperçoit pas, en quoi le fait que la partie requérante n'ait pas cité l'extrait du cahier des charges relatif à la production d'attestations de bonne exécution par les soumissionnaires rendrait le moyen partiellement irrecevable. Celui-ci est, en toute hypothèse, formulé de manière suffisamment claire dans la requête.

L'exception d'irrecevabilité du moyen est rejetée.

Quant au fondement du moyen unique

En ce qui concerne la première branche

L'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose ce qui suit :

« *Le ou les critères de sélection peuvent avoir trait : 1° à l'aptitude à exercer l'activité professionnelle ; et/ou 2° à la capacité économique et financière ; et/ou 3° aux capacités techniques et professionnelles. Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer d'autres critères que ceux susvisés comme conditions de participation aux candidats et aux soumissionnaires. Ils limitent ces conditions à celles qui sont propres à garantir qu'un candidat ou un soumissionnaire dispose de la capacité juridique et financière ainsi que des compétences techniques et professionnelles nécessaires pour exécuter le marché à*

attribuer. Toutes les conditions sont liées et proportionnées à l'objet du marché. Le Roi précise les modalités relatives à la fixation de ces conditions ».

Conformément à l'article 42, § 3, 2°, de la même loi, la partie adverse a rendu cette disposition applicable au marché litigieux, qui est attribué selon la procédure négociée sans publication préalable, en fixant dans le cahier des charges deux critères de sélection relatifs à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires, en application de l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, lequel est libellé comme il suit :

« *§ 1er. En ce qui concerne les capacités techniques et professionnelles, le pouvoir adjudicateur peut imposer des conditions garantissant que les opérateurs économiques possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaires pour exécuter le marché en assurant un niveau de qualité approprié.*

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

§ 2. Dans le cas d'un marché de travaux, d'un marché de fournitures nécessitant des travaux de pose ou d'installation ou d'un marché de services, le pouvoir adjudicateur peut :

1° évaluer la capacité technique ou professionnelle des candidats ou des soumissionnaires d'exécuter les travaux, de réaliser l'installation ou de prester les services en vertu notamment de leur savoir-faire, de leur efficacité, de leur expérience et de leur fiabilité ;

2° imposer aux personnes morales d'indiquer dans leur demande de participation ou dans leur offre les noms et les qualifications professionnelles appropriées des personnes chargées de l'exécution du marché.

§ 3. La preuve des capacités techniques et professionnelles des opérateurs économiques peut être fournie par un ou plusieurs des moyens énumérés au paragraphe 4 selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services.

§ 4. Les moyens de preuve attestant des capacités techniques des opérateurs économiques sont :

1° les listes suivantes :

[…]

b) une liste des principales fournitures effectuées ou des principaux services fournis au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Le cas échéant, afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les pouvoirs adjudicateurs peuvent indiquer que les éléments de preuve relatifs à des fournitures effectuées ou des services pertinents fournis il y a plus de trois ans seront pris en compte ;

[…]

6° l'indication des titres d'études et professionnels du prestataire de services ou de l'entrepreneur ou des cadres de l'entreprise, à condition qu'ils ne soient pas évalués comme critère d'attribution ;

[…]

9° une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services ou l'entrepreneur disposera pour la réalisation du marché ;

10° l'indication de la part du marché que l'opérateur économique a éventuellement l'intention de sous-traiter ;

[…] ».

À propos de cette disposition, le Rapport au Roi mentionne ce qui suit :

« *Cette disposition traite des capacités techniques et professionnelles et transpose l'article 58.4 de la directive 2014/24/UE, ainsi que la partie II de l'annexe XII de la directive précitée. L'objectif général de la sélection qualitative reste inchangé sur le plan des capacités techniques et professionnelles. Il est néanmoins précisé dans le paragraphe 1er, alinéa 1er, que l'imposition de ces exigences sert à garantir que les opérateurs économiques disposent du personnel, des moyens techniques et de l'expérience suffisants afin de pouvoir exécuter le marché selon un niveau de qualité approprié* ».

L'« opérateur économique » est défini par l'article 2, 10°, de la loi du 17 juin 2016 précitée comme il suit : « *toute personne physique, toute personne morale de droit public ou de droit privé ou tout groupement de ces personnes, y compris les associations temporaires d'entreprises, qui offre, respectivement, la réalisation de travaux, d'ouvrages au sens du 19°, des fournitures ou des services sur le marché. Il s'agit, selon les cas, d'un entrepreneur, d'un fournisseur ou d'un prestataire de services* ». L'opérateur économique est donc la personne qui offre des travaux, des fournitures ou des services à un pouvoir adjudicateur pour répondre aux besoins de ce dernier. La forme juridique que revêt l'opérateur économique importe peu.

Il suit de ce qui précède que le but de la fixation de critères de sélection liés à la capacité technique et professionnelle est de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer que l'opérateur économique qui se porte candidat ou qui propose de réaliser des travaux, de fournir des produits ou de prester des services, dispose de l'aptitude nécessaire, en termes d'expérience et de ressources humaines et techniques, à exécuter le marché.

La question que soulève la première branche du moyen unique est celle de savoir si, en considérant dans le rapport d'examen des offres que celle de la partie intervenante est « en ordre » pour la liste des principaux services portant sur la réalisation d'un S.O.L. réalisés au cours des trois dernières années, et partant, en sélectionnant la partie intervenante, la partie adverse a violé les dispositions et principes visés au moyen.

La partie adverse a fixé deux critères de sélection liés à la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires dans le cahier spécial des charges, dont le point I.6.2 relatif à la « sélection qualitative » se lit comme il suit :

« ***I.6.2. Sélection qualitative***

Aptitude à exercer l'activité professionnelle (AR du 18/042017 — article 66)

Le soumissionnaire fournira une copie de son agréation pour la réalisation d'un S.O.L. (agréments visés aux articles D.I.11, D.I.18, et R.I.11-1 à R.I.11-8 du CoDT).

Le soumissionnaire fournira une copie de son agrément pour la réalisation d'un rapport d'incidences environnementales (agréments visés aux articles D.70 et R-58 et suivants du Code wallon de l'environnement).

Capacité technique et professionnelle (AR du 18/04/2017 — article 68)

Le soumissionnaire fournira :

- *Une liste des principaux services relatifs à la réalisation d'un S.O.L. (anciennement dénommé PCA), réalisés au cours des 3 dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire publics ou privés. Les prestations de services sont prouvées si possible par de attestations de bonne exécution émises ou contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services. Si le soumissionnaire n'est pas en mesure de fournir ce type d'attestation, il devra établir la liste des principaux services réalisés et le destinataire. Le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de se renseigner directement auprès des destinataires concernés de la bonne exécution des missions.*

  Niveau minimal : Les services doivent être de minimum 3 pour des prestations de minimum 50.000 euros chacune, au cours des 3 dernières années.

- *Une déclaration décrivant l'équipement technique et plus spécifiquement les logiciels dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.*

  Niveau minimal : Le matériel sera composé au minimum de licences informatiques et des supports nécessaires à leur utilisation complète. Afin d'être compatibles avec le logiciel Archicad utilisé par la Ville, les logiciels dont le prestataire de service disposera devront permettre la délivrance de documents dans des formats compatibles sans passage par un système de transfert de format. »

Pour démonter qu'elle satisfait au premier critère de sélection lié à la capacité technique et professionnelle, la partie intervenante a produit cinq références relatives à des prestations de services portant sur la réalisation d'un S.O.L. Les trois premières références sont identiques à celles que la partie requérante a produites. L'offre de la partie intervenante mentionne toutefois expressément que les trois références en question portent sur des services « *réalisés par l'un ou plusieurs des associés de SEN5 sprl, au cours des 3 dernières années, dans le cadre de collaborations précédentes pour le compte de PLURIS scrl, et cités ici à titre confidentiel, tous pour un montant supérieur à 50.000 € htva* ».

Comme il est dit ci-dessus, l'objectif de la phase de la sélection qualitative, lorsqu'elle a trait à la capacité technique et professionnelle des candidats ou de soumissionnaires, est de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de l'expérience, du personnel et des moyens techniques suffisants des candidats ou soumissionnaires pour exécuter le marché.

Par ailleurs, il relève du cours normal des affaires qu'une personne morale, qui peut être un candidat ou un soumissionnaire d'un marché public, puisse être confrontée à des départs d'associés et de collaborateurs ou décide d'intégrer de nouveaux associés ou collaborateurs en son sein.

Dans un marché public portant sur des prestations intellectuelles comme en l'espèce, l'expérience et le savoir-faire des personnes travaillant au sein d'une personne morale qui a déposé une candidature ou une offre, sont particulièrement importante pour l'exécution du marché.

Par ailleurs, si l'article 68, § 1er et § 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité vise les « *opérateurs économiques* » qui « *possèdent les ressources humaines et techniques et l'expérience nécessaire pour exécuter le marché* », ainsi que la « c*apacité technique ou professionnelle des candidats ou soumissionnaires* », ces termes ne peuvent être interprétés comme signifiant, au regard de l'objectif poursuivi par cette disposition, que la liste des principaux services qu'un candidat ou soumissionnaire doit fournir pour prouver sa compétence technique à exécuter le marché, doit nécessairement comporter des références propres à la personne morale du candidat ou soumissionnaire.

L'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité ne s'oppose donc pas à ce qu'une personne morale qui est candidate ou soumissionnaire à un marché public puisse se prévaloir de l'expérience acquise par les personnes physiques qui la composent à un moment où celles-ci étaient actives au sein d'une autre personne morale, lorsque cette expérience participe, voire constitue, la capacité actuelle et effective du candidat ou soumissionnaire à exécuter le marché.

Quant au cahier spécial des charges qui régit le marché litigieux, il ne contient pas de mention selon laquelle il serait exigé que la liste des principaux services à produire doit exclusivement porter sur des services réalisés par le soumissionnaire lui-même.

En conséquence, en acceptant que la partie intervenante puisse justifier sa capacité professionnelle et technique à exécuter le marché litigieux au moyen de trois références qui sont identiques à celles invoquées par la partie requérante, la partie adverse n'a violé ni les dispositions et principes visés au moyen, ni le cahier spécial des charges.

À titre subsidiaire, la partie requérante fait valoir que si l'expérience de ses anciens collaborateurs peut être prise en compte par la partie adverse dans le chef de la partie intervenante, « *cette expérience serait acquise par ces personnes physiques uniquement et non pas par la SPRL SEN5 qui elle seule a le statut de soumissionnaire* ». Selon la partie requérante, l'utilisation de ces références par la partie intervenante s'apparenterait donc à un recours à la capacité d'une entité tierce et, conformément à l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, la partie intervenante aurait dû apporter la preuve qu'elle disposera effectivement de la capacité de ces tiers pour exécuter le marché, en produisant notamment l'engagement de celles-ci.

L'argumentation de la partie requérante ne peut être suivie, étant donné que les fondateurs de la partie intervenante, qui en sont les gérants, ne sont pas des entités tierces par rapport à la partie intervenante, mais constituent les organes mêmes de celle-ci qui ne peut qu'agir par leur intermédiaire.

À titre encore plus subsidiaire, la partie requérante soutient dans le mémoire en réplique que, si le Conseil d'État devait considérer que la partie intervenante pouvait utiliser au titre de références adéquates provenant de marchés exécutés antérieurement les prestations accomplies par ses gérants lors de leur précédente collaboration avec la partie requérante, ces prestations partielles sous la supervision des administrateurs de la partie requérante ne constituaient pas la preuve de leur capacité de mener à bien de telles missions. Ce grief, qui est nouveau, aurait pu être formulé dès l'introduction de la requête. Il est, partant, irrecevable.

Enfin, la partie requérante soutient dans le mémoire en réplique, après avoir pris connaissance de la page 10 de l'offre de la partie intervenante communiquée par celle-ci le 17 janvier 2020, que « *le degré d'implication dans les missions mentionnées des anciens collaborateurs de PLURIS est sans pertinence quant à la décision de sélection puisqu'aucune vérification n'a été faite par la partie adverse qui s'est contentée d'un simple tableau non conforme au niveau d'exigence puisque le montant respectif de chaque mission n'est pas mentionné* ».

Ce faisant, la partie requérante formule un grief nouveau sous la première branche du moyen unique. Toutefois, dès lors qu'il ne pouvait être invoqué dans la requête car la partie requérante n'avait pas connaissance, lors de l'introduction de cette requête, de la page 10 de l'offre de la partie intervenante, ce grief nouveau est recevable.

Ensuite, il y a lieu d'observer que, conformément à l'article 66, § 1er, de la loi du 17 juin 2016 précitée, le pouvoir adjudicateur doit vérifier si un soumissionnaire répond aux critères de sélection qu'il a fixés. Ce contrôle doit être effectif, en ce sens que le pouvoir adjudicateur doit s'assurer de la réalité des capacités à exécuter un marché, notamment techniques et professionnelles, dont un candidat ou un soumissionnaire se targue.

Dans son offre, la partie intervenante produit, sous forme d'un tableau, une liste de cinq principaux services afin de prouver, au regard du premier critère de sélection lié à la capacité technique et professionnelle, son aptitude à exécuter le marché. Ces références ne sont guère détaillées et ne mentionnent pas le montant pour lequel elles ont été réalisées. L'offre précise uniquement, à cet égard, que ces services sont « *tous pour un montant supérieur à 50.000 € htva* ».

Il ne ressort pas du dossier administratif que la partie adverse aurait vérifié plus en détail les références invoquées par la partie intervenante, alors qu'elles sont identiques à celles de la partie requérante.

Par ailleurs, le fait que la liste des principaux services invoqués par la partie intervenante ne mentionne pas le montant précis de chaque référence, comme c'était exigé par le cahier des charges, rend cette liste non conforme au cahier des charges.

Dès lors, la partie adverse n'a, d'une part, pas respecté l'obligation qui lui incombe de vérifier effectivement la capacité de la partie intervenante à exécuter le marché au regard du premier critère de sélection et a, d'autre part, violé le cahier des charges en acceptant à titre de preuve de la capacité technique et professionnelle de la partie intervenante, une liste des principaux services qui est non conforme au cahier des charges.

Le moyen est fondé dans cette mesure.

En ce qui concerne la seconde branche

Selon la seconde branche du moyen, la partie adverse aurait dû écarter l'offre de la partie intervenante sur la base de l'article 5, § 2, 1°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, puisque cette offre est le résultat d'un acte de concurrence déloyale et d'une violation du secret des affaires et des droits d'auteur de la partie requérante, en ce que la partie intervenante a produit, afin de prouver sa capacité technique et professionnelle à exécuter le marché, une liste

des principaux services que ses associés ont réalisés dans le cadre d'une collaboration précédente pour le compte de la partie requérante.

L'article 5 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics dispose comme il suit :

> « *§ 1er. Un adjudicateur ne peut concevoir un marché public dans l'intention de le soustraire au champ d'application de la présente loi ou de limiter artificiellement la concurrence. La concurrence est considérée comme artificiellement limitée lorsqu'un marché est conçu dans l'intention de favoriser ou de défavoriser indûment certains opérateurs économiques.*
>
> *Les opérateurs économiques ne posent aucun acte, ne concluent aucune convention ou entente de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.*
>
> *§ 2. Le non-respect de la disposition visée au paragraphe 1er, alinéa 2, donne lieu à l'application des mesures suivantes, excepté dans le cas où l'alinéa 1er du paragraphe 1er n'est pas non plus respecté, auquel cas le paragraphe 3 est d'application :*
>
> *1° tant que l'adjudicateur n'a pas pris de décision finale et que le marché n'est pas conclu, l'écartement des demandes de participation ou des offres introduites à la suite d'une [sic] tel acte, convention ou entente ;*
>
> *2° lorsque le marché est déjà conclu, les mesures d'office fixées par le Roi, à moins que l'adjudicateur n'en dispose autrement par décision motivée.*
>
> *[…]* ».

L'alinéa 2 du paragraphe 1er contient donc une interdiction pour les opérateurs économiques de poser des actes et de conclure des conventions ou ententes de nature à fausser les conditions normales de la concurrence.

La partie requérante ne soutient pas qu'il y aurait eu en l'espèce une entente ou une convention entre opérateurs économiques de nature à créer une distorsion de concurrence. Par ailleurs, son argumentation ne fait pas apparaître en quoi le fait, pour un opérateur économique, de justifier sa capacité professionnelle et technique à exécuter le marché public litigieux au moyen de références qui sont identiques à celles d'un autre soumissionnaire, voire qui « appartiennent » à ce dernier, constitue un acte de nature à fausser le jeu normal de la concurrence au sens de la disposition précitée. Dès lors, il ne peut être reproché à la partie adverse de ne pas avoir écarté l'offre de la partie intervenante pour ce motif.

Pour le reste, il n'appartient pas au Conseil d'État de trancher la question de savoir si le comportement de la partie intervenante peut être qualifié d'acte contraire aux pratiques honnêtes du marché au sens du Code de droit économique, puisqu'il n'est pas compétent pour ce faire.

Il en va de même des questions, débattues entre parties, de savoir (i) si les associés de la partie intervenante ont respecté le contrat de collaboration qui les avait liés à la partie requérante lorsqu'ils étaient encore ses collaborateurs, (ii) si ce contrat restreint ou non la liberté du commerce et de l'industrie de la partie intervenante, et (iii) si la partie intervenante a violé les droits intellectuels de la partie requérante. Ces questions concernent des contestations ayant pour objet un droit civil au sens de l'article 144 de la Constitution.

Le moyen ne peut être accueilli en sa seconde branche.

VII. Indemnité de procédure

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure. Il y a lieu de faire droit à sa demande et de lui accorder une indemnité de procédure liquidée au montant de base, tel qu'indexé, soit 770 euros.

VIII. Confidentialité

La partie requérante demande de garantir la confidentialité de son offre et de ses annexes (pièce 6 de son dossier de pièces).

Dans sa requête, elle demande par ailleurs la levée partielle de la confidentialité de l'offre de la partie intervenante en ce qui concerne la liste des principaux services relatifs à la réalisation d'un S.O.L. réalisés au cours des trois dernières années.

Cette demande de levée partielle de la confidentialité de l'offre de la partie intervenante est contestée par la partie adverse, qui dépose les offres des parties intervenante (pièce 16 du dossier administratif) et requérante (pièce 14 du dossier administratif) à titre confidentiel.

Les parties requérantes et intervenantes ont toutefois accepté, de commun accord, de lever la confidentialité de leurs offres en ce qui concerne leurs listes respectives des principaux services relatifs à la réalisation d'un S.O.L.

Dans ces circonstances, la demande de levée partielle de la partie requérante a perdu son objet.

La partie adverse dépose, par ailleurs, à titre confidentiel l'échange de questions et réponses avec la partie requérante (pièce 15 du dossier administratif).

Cette demande n'étant pas contestée, il y a lieu de maintenir la confidentialité de la pièce 15 du dossier administratif.

Enfin, la partie intervenante n'ayant pas joint à son offre des attestations de bonne exécution, il n'y a pas lieu d'en ordonner la divulgation comme le demande la partie requérante dans le mémoire en réplique.

PAR CES MOTIFS,

LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la SRL SEN5 est accueillie.

Article 2.

La décision de la ville de Jodoigne du 21 juin 2019 par laquelle celle-ci attribue à la SRL SEN5 le marché relatif à « l'élaboration d'un schéma d'orientation local (S.O.L.) sur le site du Bosquet à Jodoigne » régi par le cahier spécial des charges n° 2019-013, est annulée.

Article 3.

Les débats sont rouverts sur la demande d'indemnité réparatrice.

Article 4.

À compter de la notification du présent arrêt, la partie adverse dispose d'un délai de soixante jours pour déposer le mémoire en réponse prévu par l'article 25/3, § 4, alinéa 1er, du règlement général de procédure.

Article 5.

La pièce 6 du dossier de la requérante et les pièces 14 à 16 du dossier administratif sont tenues pour confidentielles.

Article 6.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros, accordée à la partie requérante.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention.

Observations

xxx

Gauthier Ervyn
Avocat au barreau de Bruxelles

Olivier Vandingenen
Avocat au barreau de Bruxelles

I. Rappel des faits

1. Par son arrêt n° 260.900, prononcé le 2 octobre 2024, le Conseil d'État a annulé, à la requête de la SCRL PLURIS, la décision d'attribution d'un marché public de services portant sur « *l'élaboration d'un schéma d'orientation local (S.O.L.) sur le site dit du Bosquet à Jodoigne* », octroyé à la SRL SEN5.

Les éléments essentiels de ce litige peuvent être résumés comme suit.

2. PLURIS, est un bureau d'études spécialisé dans le développement territorial, l'urbanisme et l'environnement.

En 2018, cinq collaborateurs indépendants[1] quittent PLURIS et constituent la société SEN5, dont l'objet social est similaire.

3. Le 19 février 2019, la Ville de Jodoigne lance une procédure de marché public de services portant sur « *l'élaboration d'un schéma d'orientation local (S.O.L.) sur le site dit du Bosquet à Jodoigne* », par procédure négociée sans publication préalable.

4. Le 1er mars 2019, le collège communal consulte quatre opérateurs économiques. Trois d'entre eux remettent offre, dont PLURIS et SEN5.

5. Parmi les critères de sélection qualitative permettant d'évaluer la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires, ces derniers doivent fournir « *une liste des principaux services relatifs à la réalisation d'un S.O.L., réalisés au cours des 3 dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire publics ou privés* ».

Les soumissionnaires PLURIS et SEN5 remettent trois références identiques, qui sont relatives à des services prestés au nom de PLURIS, par ses anciens collaborateurs, avant qu'ils ne deviennent associés de SEN5. SEN5 estime pouvoir invoquer ces références à l'appui de son offre, bien que ses associés les aient exécutées lorsqu'ils étaient collaborateurs de PLURIS.

[1] La qualité d'indépendant de ces collaborateurs n'est pas explicitement confirmée dans l'arrêt, mais elle se déduit implicitement des mentions de « *contrat de collaboration* » et « *convention de collaboration* » y mentionnées. Le site internet de SEN5 confirme expressément que cette collaboration était indépendante.

6. Par décision du 21 juin 2019, la Ville de Jodoigne sélectionne les 3 opérateurs économiques ayant remis offre, considérant qu'ils sont tous « *en ordre* » au niveau de leur capacité technique, et elle attribue le marché à SEN5.

Cette décision fait l'objet d'un recours en annulation de PLURIS, introduit le 23 septembre 2019, contre la décision d'attribution de la Ville de Jodoigne. SEN5 intervient à la procédure.

II. Objet de la contestation

7. PLURIS invoque un moyen unique à l'appui de son recours, arguant que SEN5 ne pouvait pas être sélectionné pour le marché ou, à tout le moins, que son offre devait être écartée.

8. Dans la première branche de son moyen, PLURIS soutient que SEN5 ne pouvait pas être sélectionné pour le marché, conformément à l'article 71 de la loi du 17 juin 2016 relatif aux marchés publics et l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Selon PLURIS, SEN5 ne démontrait pas remplir le critère de capacité technique et professionnelle portant sur la transmission d'une liste de minimum trois services de 50 000 euros, relatifs à la réalisation d'un S.O.L.[2] au cours des trois années précédentes. SEN5 n'a pas pu, en effet, en dix mois d'existence, exécuter les services requis par les documents du marché, et a probablement fait référence aux services prestés par ses associés, lorsque ces derniers étaient encore collaborateurs de PLURIS, ce qui ne serait pas régulier.

La requérante ajoute qu'il ne peut également pas non plus être considéré que SEN5 aurait fait appel à la capacité de ses associés personnes physiques, au sens de l'article 78 de la loi du 17 juin 2016 et de l'article 73 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, pour répondre à la sélection qualitative, puisque ces derniers n'ont pas déposé d'engagement écrit de mettre leur capacité à disposition de SEN5 pour ce marché.

9. Dans la seconde branche de son moyen, PLURIS reproche à SEN5 — et à ses administrateurs — de s'être approprié les références de sa concurrente, ce qui constituerait un acte de concurrence déloyale, que la Ville de Jodoigne ne pouvait ignorer, vu la similitude des services invoqués dans les deux offres. L'offre de SEN5 aurait donc dû être écartée, en application de l'article 5 de la loi du 17 juin 2016.

III. Arrêt du Conseil d'État

10. S'agissant de l'examen de la première branche du moyen unique, le Conseil d'État vérifie si la Ville de Jodoigne a violé, ou non, les règles applicables en matière de sélection qualitative, en considérant comme étant « *en ordre* » la liste des références fournie par SEN5 et, par conséquent, en sélectionnant ce dernier.

[2] Schéma d'orientation local.

11. Dans un premier temps, le Conseil d'État rappelle que l'objectif de la phase de sélection qualitative relative à la capacité technique et professionnelle est de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de l'expérience, du personnel et des moyens techniques suffisants des soumissionnaires pour exécuter le marché.

Le Conseil d'État souligne, ensuite, que le marché litigieux porte sur des prestations intellectuelles, impliquant que l'expérience et le savoir-faire des personnes physiques en fonction au sein de l'entreprise ayant remis offre sont particulièrement importants pour l'exécution du marché.

Par ailleurs, le Conseil d'État juge que l'objectif poursuivi par l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ne peut être interprété comme impliquant que la liste des principaux services qu'un soumissionnaire doit fournir pour prouver sa compétence technique à exécuter le marché, doit nécessairement comporter des références propres à la personne morale du soumissionnaire[3]. Il estime, au contraire, que l'article 68 précité ne s'oppose pas à ce qu'un soumissionnaire puisse se prévaloir de « *l'expérience acquise par les personnes physiques qui la composent à un moment où celles-ci étaient actives au sein d'une autre personne morale, lorsque cette expérience participe, voire constitue, la capacité actuelle et effective du candidat ou soumissionnaire à exécuter le marché* ».

Enfin, constatant que les documents de marché n'exigent pas, pour démontrer la capacité technique, des services réalisés par les soumissionnaires eux-mêmes, le Conseil d'État décide que la Ville de Jodoigne n'a violé ni les articles 71 de la loi du 17 juin 2016 et 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 ni le cahier des charges du marché, en admettant trois références invoquées par SEN5 qui sont identiques à celles de PLURIS.

Il est à noter que le Conseil d'État s'écarte, sur ce point, diamétralement du rapport de son Auditeur, qui était — au contraire — d'avis que SEN5 ne pouvait pas être sélectionné. Selon l'Auditeur en effet, le mode de preuve fixé par l'article 68, § 4, 1°, b), de l'arrêté royal du 18 avril 2017exige que les services listés soient prestés par le soumissionnaire lui-même, permettant de s'assurer que le soumissionnaire dispose de l'expérience nécessaire pour exécuter le marché.

12. Dans un deuxième temps, le Conseil d'État conteste que l'invocation, par SEN5, de références qui appartiennent à ses associés personnes physiques, constitue un recours à la capacité de tiers, au sens de l'article 78 de la loi du 17 juin 2016. En effet, suivant le Conseil d'État, les associés et fondateurs de SEN5, qui en sont également les gérants, « *ne sont pas des entités tierces par rapport à la partie intervenante, mais constituent les organes mêmes de celle-ci qui ne peut qu'agir par leur intermédiaire* ».

Il n'y a donc pas lieu de joindre un engagement écrit de ces derniers, pour invoquer leurs références dans l'offre de SEN5.

13. Le Conseil d'État analyse, **dans un troisième temps**, deux griefs nouveaux invoqués, pour la première fois, dans le mémoire en réplique de PLURIS.

Par son premier grief, PLURIS soutient que, même à considérer que SEN5 puisse invoquer les références acquises par ses associés dans le cadre de leur collaboration avec PLURIS, « *ces prestations partielles sous la supervision des administrateurs de la partie requérante ne constitu(ai)ent pas la preuve de leur capacité de mener à bien de telles missions* ». Le Conseil

[3] C.E., 2 octobre 2024, n° 260.900, p. 30.

d'État ne se prononce pas sur ce premier grief, jugé irrecevable, parce qu'il n'a pas été invoqué dans la requête en annulation.

Par son second grief, PLURIS considère que la Ville de Jodoigne a accepté, à tort, le tableau des références de SEN5, alors que celui-ci ne détaille pas les exigences requises par le cahier des charges, à savoir le montant respectif de chaque mission invoquée.

Ce second grief est déclaré recevable par le Conseil d'État, étant issu de la consultation du dossier administratif déposé par la partie adverse.

Le Conseil d'État rappelle que l'article 66 de la loi du 17 juin 2016 impose au pouvoir adjudicateur de procéder à un contrôle « effectif » de la réalité des capacités techniques et professionnelles dont un soumissionnaire se targue.

Or, le Conseil d'État constate, d'une part, que rien ne permet de considérer que la Ville de Jodoigne a vérifié « *plus en détail* » les références invoquées dans le tableau, « *guère détaillé* », de SEN5, alors qu'elles sont identiques à celles de PLURIS. Ce faisant, le Conseil d'État considère que la Ville de Jodoigne n'a pas respecté l'obligation de vérification effective de la capacité de SEN5 à exécuter le marché au regard du premier critère de sélection.

Le Conseil d'État ajoute, d'autre part, que la liste des services repris dans ce tableau ne précise pas, comme requis par le cahier spécial des charges, le montant précis de chaque référence, ce qui le rend non conforme. L'offre se limite à préciser que lesdits services ont été réalisés « *tous pour un montant supérieur à 50.000 € htva* ». Par conséquent, le Conseil d'État considère également que le pouvoir adjudicateur a violé le cahier spécial des charges en acceptant une liste de références non conforme à ce dernier.

Le moyen est, par conséquent, déclaré fondé dans cette mesure.

14. La seconde branche du moyen est rejetée par le Conseil d'État.

Le Conseil d'État juge que l'invocation, par un soumissionnaire, de références similaires, *« voire qui appartiennent »,* à un autre soumissionnaire, ne constitue pas un acte de nature à fausser le jeu normal de la concurrence, au sens de l'article 5 de la loi du 17 juin 2016.

Le Conseil d'État se déclare, par ailleurs, incompétent pour le surplus de cette branche du moyen, s'agissant de contestations relatives à des droits civils.

15. En conséquence, le Conseil d'État annule la décision de la ville de Jodoigne du 21 juin 2019 d'attribuer le marché litigieux au soumissionnaire SEN5.

IV. <u>Commentaires</u>

16. L'enseignement principal de cet arrêt réside dans le fait que le Conseil d'État admet désormais qu'un soumissionnaire « *personne morale* » prouve sa capacité technique et professionnelle à exécuter un marché public de services intellectuels, par des références de services qu'il n'a pas « *réalisés* » lui-même, mais qui ont été préalablement exécutés par des personnes physiques qui « *travaillent en son sein* ».

En l'espèce, l'interprétation de l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, consacrée par le Conseil d'État, suscite divers commentaires et interrogations qui touchent à (i) l'objectif général

de la sélection qualitative en marchés publics et la garantie de la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires à exécuter un marché, (ii) les limites de l'interprétation soutenue par le Conseil d'État, (iii) la cohérence de cet arrêt avec la jurisprudence existante et enfin (iv) les conséquences de cette jurisprudence nouvelle, tant pour le soumissionnaire que le pouvoir adjudicateur.

(i) *L'objectif général de la sélection qualitative en marchés publics et la garantie de la capacité technique et professionnelle à exécuter un marché*

17. Comme le précise le rapport au Roi de l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, « *[l]'objectif général de la sélection qualitative reste inchangé sur le plan des capacités techniques et professionnelles. Il est néanmoins précisé dans le paragraphe 1er, alinéa 1er, que l'imposition de ces exigences sert à garantir que les opérateurs économiques disposent du personnel, des moyens techniques et de l'expérience suffisants afin de pouvoir exécuter le marché selon un niveau de qualité approprié* »[4].

Il appartient donc au pouvoir adjudicateur d'énoncer dans son cahier des charges les critères de sélection, notamment en matière de capacité technique et professionnelle, qui permettent, à son estime[5], de garantir que les opérateurs économiques disposent du personnel, de l'expérience et des moyens techniques suffisants pour exécuter le marché.

Quant aux candidats et soumissionnaires, ces derniers sont tenus de démontrer qu'ils possèdent effectivement l'expérience et les ressources nécessaires, pour exécuter le marché public avec un niveau de qualité approprié. Cette preuve doit être attestée par les moyens limitativement énumérés à l'article 68, § 4, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, qui sont requis dans les documents du marché, dont « *une liste des principaux services fournis au cours des fournis au cours des trois dernières années au maximum, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé* ».

L'utilisation des termes « *garantir* », « *démontrer* » et « *prouver* » dans l'article 68 précité n'est pas anodine. Elle impose au soumissionnaire d'établir une demande de participation ou une offre permettant d'attester, de manière effective et certaine, que les exigences de sélection qualitative sont bien respectées. Les candidats et soumissionnaires doivent donc précisément fournir les moyens de preuve qui sont imposés par les documents de marché et transmettre toutes les informations relatives aux références qui leur sont demandées.

18. Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État a jugé que, s'agissant d'un marché public portant sur des prestations intellectuelles, la preuve de l'expérience et du savoir-faire d'un candidat ou soumissionnaire personne morale, ne dépend pas au premier chef de ce dernier, mais bien de manière « *particulièrement importante* » des personnes physiques qui « *travaillent en son sein* ».

Lorsqu'un candidat ou soumissionnaire fait offre, « *la forme juridique que revêt l'opérateur économique importe peu* », comme en atteste l'article 2, 10°, de la loi du 17 juin 2016[6]. Le Conseil d'État admet, ce faisant, la thèse de SEN5 suivant laquelle les personnes morales ne constituent qu'une fiction juridique, par le truchement de laquelle des personnes physiques, jouissant d'une certaine expertise, exercent leurs activités comme associés ou collaborateurs.

---

[4] Voy. à ce propos ; Y. CABUY, G. DEREAU, V. DOR, B. DUPREZ, Y. LIBERT, I. PAIVA, P. THIEL, M. VASTMANS et S. WAUTHIER, « 8. - La sélection qualitative », *in Le droit des marchés publics en Belgique*, 2e édition, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 298.

[5] Et de manière adéquate (art. 68, § 1er, al. 2, AR du 18 avril 2017).

[6] Voy. également l'article 72 de la loi du 17 juin 2016 et l'article 56 de l'arrêté royal du 18 avril 2016.

Or, comme le relève le Conseil d'État, le cours normal des affaires implique que les personnes morales, candidats ou soumissionnaires à des marchés publics, sont régulièrement confrontées à des départs et à des arrivées de collaborateurs et associés.

La haute juridiction applique donc une interprétation fonctionnelle de l'article 68 de l'arrêté royal et considère, pour les marchés publics de services intellectuels, que la preuve de l'expérience technique et professionnelle passée, peut être démontrée dans le chef des personnes physiques qui travaillent au sein d'une personne morale candidate ou soumissionnaire.

Ce faisant, le Conseil d'État se démarque de l'avis de l'Auditeur qui s'attachait à une interprétation plus littérale de l'article 68 précité, considérant qu'un candidat ou soumissionnaire personne morale ne pouvait invoquer les références de missions passées que s'il les avait lui-même contractés, peu importe l'expérience individuelle de ses actuels associés et collaborateurs.

19. En adoptant une interprétation fonctionnelle de l'article 68 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, nous constatons que le Conseil d'État permet de garantir au pouvoir adjudicateur, le fait que le candidat ou soumissionnaire personne morale dispose effectivement, au travers des personnes physiques qui le composent au moment du dépôt de sa candidature ou de son offre, de l'expérience des services intellectuels à fournir.

Il est, en effet, exact qu'une personne morale qui se targue d'avoir conclu et exécuté des prestations de services intellectuels pour des clients, alors qu'elle ne compte plus en ses rangs les personnes physiques qui en sont les auteurs intellectuels, n'offre, en réalité, qu'une garantie limitée, voire inexistante, d'expérience technique et professionnelle.

De même, une personne morale, qui n'a pas personnellement conclu et exécuté les services intellectuels exigés au titre de références par les documents de marché, mais au sein de laquelle travaillent des personnes physiques ayant acquis une expérience dans le cadre de fonctions antérieures, peut garantir à un pouvoir adjudicateur l'expérience technique et professionnelle que ses forces vives lui apportent.

20. Le fondement de l'interprétation fonctionnelle du Conseil d'État nous semble d'ailleurs conforté par le régime spécifique appliqué aux marchés publics de services intellectuels, en matière de critères d'attribution.

En effet, les services intellectuels font partie d'une catégorie de services, historiquement qualifiés de « *non-prioritaires* »[7], pour lesquels le législateur a instauré, dès 2011, un régime d'exception[8] pour les critères d'attribution.

Ainsi, l'article 33, § 3, de la loi du 15 juin 2006, intégré par la loi modificatrice du 5 août 2011, prévoyait que, dans les marchés ayant pour objet ces services, « *des éléments liés à la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire peuvent, à titre exceptionnel, constituer des critères d'attribution* ». Les travaux parlementaires de cette loi justifiaient notamment ainsi ce régime d'exception : « *Le secrétaire d'État indique qu'il faut faire une distinction entre les critères de sélection (qualités et moyens de la personne ou de l'entreprise) et les critères d'attribution (qualité intrinsèque de l'offre). Pour ce qui concerne certains marchés de services, et notamment*

[7] Annexe II B de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.
[8] L'article 33, § 3, de la loi du 15 juin 2006 limitait en effet ce régime aux situations rendues nécessaires par les exigences particulières du marché.

les prestations intellectuelles, la distinction entre ces deux types de critères peut être difficile à établir étant donné que, dans ce cas, les capacités du soumissionnaire ont un impact direct sur la qualité de l'offre. Ainsi, dans le cas d'une équipe de médecins, la qualité de l'équipe est souvent directement liée à la qualité et à l'expérience des médecins qui la composent. Pour les services visés dans l'annexe II, B, il est donc proposé d'assouplir quelque peu les conditions pour les cas où la distinction entre critères de sélection et d'attribution n'est pas souhaitable »[9].

L'importance de l'expérience du personnel d'un soumissionnaire de services intellectuels était donc déjà reconnue dès 2011.

Ce régime d'exception a été, ensuite, consacré en principe dans la loi du 17 juin 2016, dont l'article 81, § 2, 3°, b), autorise désormais que soit utilisé comme critère d'attribution, et ce, sans devoir démontrer une quelconque nécessité, « *l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché* ».

Les travaux parlementaires à l'origine de cette application assouplie, justifient celles-ci comme suit : « *la possibilité d'utiliser un critère lié au personnel assigné à l'exécution du marché en guise de critère d'attribution est confirmée. En effet, lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau de prestation du marché, les pouvoirs adjudicateurs sont autorisés à utiliser comme critère d'attribution l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, étant donné que ces éléments peuvent influer sur la qualité de l'exécution du marché et, par conséquent, sur la valeur économique de l'offre. Cela pourrait être le cas, par exemple, pour les marchés de services intellectuels, tels que les services de conseil ou d'architecture. Les pouvoirs adjudicateurs ayant recours à cette possibilité doivent s'assurer, via des moyens contractuels appropriés, que le personnel assigné à l'exécution du marché répond effectivement aux normes de qualité prescrites et qu'il ne peut être remplacé qu'avec l'accord du pouvoir adjudicateur* »[10-11].

Ces considérations démontrent que le législateur a considéré que l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché peut être valorisée, « *lorsque la qualité du personnel employé est déterminante pour le niveau de prestation du marché* ».

(ii) Limites de l'interprétation soutenue par le Conseil d'État

21. Si l'interprétation consacrée par le Conseil d'État peut être suivie dans son principe, elle génère indubitablement des questionnements quant à son champ d'application précis.

22. La spécificité du marché public faisant l'objet de l'arrêt commenté est, en effet, qu'il concerne des prestations de services intellectuels, à savoir en l'occurrence des services d'études en urbanisme et environnement pour la réalisation d'un plan communal d'aménagement.

---

[9] *Doc. parl.,* Ch., 2010-2011, n° 53-1590/004, pp. 21-22.
[10] *Doc. parl.,* Ch., 2015-2016, n° 54-1541/011, p.19.
[11] Voy. aussi : V. DOR et M. VASTMANS, « Article 81 – Critères d'attribution du marché – Loi 17 juin 2016 – Marchés publics », Kluwer, 2017.

23. Par ailleurs, le Conseil d'État rappelle expressément dans son arrêt, la nature intellectuelle des services à pourvoir, et ce, dans l'introduction des attendus par lequel il consacre l'interprétation fonctionnelle discutée.

Il est permis de se demander si le même raisonnement pourrait également être d'application si le marché public litigieux avait porté sur d'autres types de services, voire sur des fournitures ou des travaux.

Il faudra généralement répondre par la négative à cette question, dans la mesure où la titularité de l'exécution des objets de nombre de marchés publics n'est pas à trouver dans la personne physique de tel ou tel collaborateur ou associé du candidat ou soumissionnaire personne morale, mais doit être reconnue à cette dernière entité dans son ensemble.

Il nous semble que le critère permettant de trancher ce débat est à trouver dans la nature intrinsèque des prestations faisant l'objet du marché. Toute activité d'une entreprise implique généralement, pour être menée à bien, des moyens matériels, financiers et humains.

Plus la part des moyens humains sera importante pour exécuter l'activité concernée par le marché et plus les moyens humains seront concentrés sur une ou plusieurs personne(s) physique(s) spécifique(s), plus ces dernières pourront faire valoir cette expérience personnelle chez d'autres soumissionnaires. Autrement dit, en raisonnant par analogie avec ce que les travaux parlementaires relatifs à l'article 81, § 2, 3°, b), de la loi du 17 juin 2016 indiquaient[12], plus l'expérience du personnel employé est déterminante pour le niveau de prestation du marché, plus il est justifié de tenir compte de leur expérience personnelle pour les références à faire valoir pour répondre aux critères de sélection.

Dans le cadre des services intellectuels faisant l'objet de l'arrêt commenté, l'on peut suivre le raisonnement du Conseil d'État lorsqu'il considère que l'expérience relative à ces services est principalement à trouver dans la personne de ses exécutants. Ces services mobilisent, d'abord et avant tout, des moyens humains et, en l'occurrence, les « cerveaux » d'experts. La part de moyens matériels et financiers à mettre en œuvre pour exécuter ces services est nettement moins prépondérante.

Au contraire, on aperçoit mal comment l'enseignement de l'arrêt adopté pourrait s'appliquer à des marchés publics de fournitures[13], dont l'objet est la vente ou location de « produits »[14]. Par hypothèse, les produits qui sont vendus ou loués à des pouvoirs adjudicateurs ont été soit fabriqués par les soumissionnaires personnes morales, soit achetés par ces dernières à des grossistes ou fabricants. Si certes, les personnes morales ont fabriqué ou acheté ces produits à l'aide de leurs personnels, composés de personnes physiques, les interventions respectives de ces dernières n'apparaissent pas déterminantes pour la réalisation de ces prestations de vente ou de location de produits. Il n'y a pas de lien *« intuitu personae »* entre les personnes physiques composant la personne morale et la vente ou la cession de ces fournitures. Seule la personne morale apparaît donc pouvoir en être titulaire.

---

[12] *Doc. parl.,* Ch., 2015-2016, n° 54-1541/011, p.19.

[13] Voy. en ce sens, P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des P.P.P.,* t. 1, chap. 4, sect. 3 « Les marchés publics de fournitures », Wolters Kluwer, 2024, pp.199 et s.

[14] Art. 2, 20° , de la loi du 17 janvier 2016 relative aux marchés publics.

Un raisonnement similaire pourrait également s'appliquer aux marchés publics de travaux[15]. Très généralement, les travaux exécutés par une entreprise ne peuvent être attribués à la personne physique de tel ou tel membre du personnel d'un soumissionnaire. Ces travaux résultent en effet, généralement, de la conjonction de la main-d'œuvre d'une équipe d'ouvriers, techniciens et autres ingénieurs, encadrés et dirigés par les organes de la personne morale, et de matériaux acquis par la personne morale et mis à disposition de son personnel. Considérer que ces personnes physiques pourraient s'approprier la paternité de ces travaux apparaît peu vraisemblable.

En ce qui concerne les services « non-intellectuels », ceux-ci ne seront généralement pas liés à la personne des exécutants, mais aux moyens matériels ou financiers qui doivent être mobilisés par la personne morale pour les offrir à ses clients. L'on pense notamment aux services bancaires, services d'assurances, services informatiques, services de soins, services de restauration, services de transport, services de nettoyage, etc.

Dans certaines hypothèses limitées toutefois, des travaux, fournitures ou services autres qu'intellectuels peuvent présenter un lien intime avec la personne physique en charge de leur exécution. Tel peut être le cas de travaux spécifiques et nécessitant une grande expertise que seuls certains techniciens spécialisés peuvent exécuter. Tel peut également être le cas pour des fournitures de produits impliquant un savoir-faire très particulier (artisanat, création artistique…). Tel peut encore être le cas des services, autres qu'intellectuels, pour lesquels « *la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché* », au sens de l'article 81, § 2, 3°, b), de la loi du 17 juin 2016.

De telles prestations, intimement liées à la compétence particulière d'un prestataire personne physique pourraient également, après que ces derniers ont quitté leur entreprise, être invoquées par une autre personne morale au sein de laquelle ce prestataire aurait décidé de travailler.

24. Une autre interrogation que suscite l'arrêt du Conseil d'État est de savoir si cette jurisprudence s'applique, quelle que soit la nature du lien existant entre la personne physique concernée et la personne morale au sein de laquelle ces compétences ont été acquises.

Même si l'arrêt commenté ne le précise pas, il s'avère en effet que les associés de SEN5 ont acquis leur expérience en tant qu'anciens collaborateurs indépendants de PLURIS. Ces collaborateurs, indépendants personnes physiques, constituaient donc des entreprises, avec un numéro d'entreprise et un numéro de TVA, distincts de ceux de PLURIS.

Leurs contrats de collaboration conclus avec PLURIS constituaient donc nécessairement des contrats de sous-traitance. Ces collaborateurs ont, ce faisant, également presté des services intellectuels (à savoir, réaliser en tout ou en partie les prestations d'études en lien avec des plans communaux d'aménagement), en tant qu'entreprise unipersonnelle indépendante, à la demande d'un client (à savoir PLURIS) et contre une rémunération (en l'occurrence, leurs honoraires versés par PLURIS).

---

[15] P. THIEL, *Mémento des marchés publics et des P.P.P.,* t.1, chap.4, sect. 2 « Les marchés publics de travaux », *op. cit.*, pp.185 et s.

Le Conseil d'État aurait pu considérer, sur cette base et au regard de l'enseignement de l'arrêt n° 250.129 du 17 mars 2021[16], srl Architecture et Création et consorts, que ces sous-traitants pouvaient invoquer lesdites références qu'ils ont exécutées, pour leur ancien client PLURIS.

Dans l'arrêt commenté, le Conseil d'État n'a toutefois pas adopté une telle lecture et n'a jamais qualifié la relation contractuelle existant entre PLURIS et ses ex-collaborateurs. Au contraire, le Conseil d'État a généralisé son propos en considérant que toutes « *personnes travaillant au sein d'une personne morale* » pourrait l'invoquer à son profit.

Il nous semble donc qu'il faut en déduire que la jurisprudence du Conseil d'État doit non seulement s'appliquer à des collaborateurs sous-traitants, mais également à toute autre personne physique d'une entreprise, qu'il s'agisse d'un travailleur sous contrat de travail, d'un administrateur ou d'un associé.

Cette interprétation extensive est certainement conforme au caractère fonctionnel de l'interprétation adoptée par le Conseil d'État, qui vise à dépasser l'organisation juridique interne des candidats et soumissionnaires, pour se focaliser sur la réalité de l'expérience des personnes en présence.

Cette même interprétation extensive est, cependant, plus discutable lorsque l'on s'en tient aux caractéristiques intrinsèques des divers types de contrats susvisés. Lorsqu'un employé ou ouvrier, sous contrat de travail, preste des activités sous l'autorité de son employeur, ne convient-il pas de considérer que c'est cet employeur qui en devient le titulaire exclusif ? Ce dernier en est le seul responsable, à l'exclusion de son préposé, et c'est l'objet même du contrat de travail que de pouvoir « acquérir » la production d'un salarié, contre rémunération.

De même, cette interprétation est également difficile à appréhender lorsque l'on est face à d'anciens organes d'une personne morale. Lorsque des administrateurs d'une personne morale agissent, ils agissent au nom et pour compte de cette personne morale. Le Conseil d'État le reconnaît d'ailleurs expressément en ce qui concerne la relation existante entre SEN5 et ses associés : « *les fondateurs de la partie intervenante, qui en sont les gérants, ne sont pas des entités tierces par rapport à la partie intervenante, mais constituent les organes mêmes de celle-ci qui ne peut qu'agir par leur intermédiaire* »[17].

Force est de constater que le Conseil d'État, dans l'arrêt commenté, n'a pas estimé qu'il convenait de tenir compte de ces particularités contractuelles et a visé tous les travailleurs généralement quelconques d'une entreprise.

(iii) <u>Cohérence de l'arrêt commenté avec la jurisprudence existante</u>

25. L'arrêt commenté est à mettre en lien direct avec deux autres arrêts du Conseil d'État, qui se sont prononcés sur des questions similaires.

26. Le premier arrêt est l'arrêt n° 221.600 du 30 novembre 2012, *S.A ARTBEL*. Ce litige concernait un marché public de services d'entretien de plantations. Les soumissionnaires de ce marché

---

[16] C.E., 17 mars 2021, n° 250.129, *srl ARCHITECTURE & CREATION, srl MARCEL BARATTUCCI et srl ZUGMA ENGINEERING c. Ville de Mons*.
[17] C.E., 2 octobre 2024, n° 260.900, *PLURIS*, p. 31.

devaient joindre à leur offre, pour prouver leur capacité technique, une liste des services similaires à l'objet du marché, qu'ils avaient réalisés au cours des trois dernières années. À cette fin, l'un des soumissionnaires, la SA ARTBEL, avait invoqué, à l'appui de son offre, l'expérience acquise par son administrateur-délégué, en sa qualité d'ancien directeur d'une entreprise qu'il avait quitté et qui était également soumissionnaire du marché.

Dans cet arrêt, le Conseil d'État n'a pas admis les références de la S.A ARTBEL et a considéré que « *lorsque le pouvoir adjudicateur entend obtenir une référence relative au prestataire de services, un candidat ne peut prétendre respecter cette exigence en faisant état de références relatives à l'un des cadres de son entreprise* ». Le Conseil d'État ajoute, à cet égard, qu'un administrateur délégué ne peut être confondu avec la personne morale au nom de laquelle il agit et qui a la seule qualité de soumissionnaire du marché public concerné.

27. Si, à première lecture, l'arrêt *PLURIS* paraît constituer un revirement de jurisprudence par rapport à l'enseignement de cet arrêt *ARTBEL* prononcé en 2012, il pourrait en réalité n'être qu'une évolution de cette jurisprudence, liée aux spécificités du marché public passé par la Ville de Jodoigne.

La différence fondamentale entre ces deux marchés publics concerne leurs objets respectifs. L'arrêt du 30 novembre 2012 concernait un marché de public de services d'entretien d'espaces verts (tonte, fauchage de talus et coupe d'arbres), tandis que le marché litigieux lancé par la Ville de Jodoigne vise un marché de services intellectuels (élaboration d'un schéma d'orientation local (S.O.L.)). Dans l'arrêt *PLURIS,* le Conseil d'État souligne expressément la spécificité « intellectuelle » des services faisant l'objet de ce marché. Cette différence d'objet est fondamentale et peut expliquer que le Conseil d'État n'a pas pu admettre qu'un administrateur-délégué invoque à son profit des services d'entretien d'espaces verts qu'il a géré en qualité de directeur de son ex-entreprise (sans pour autant les exécuter lui-même). Or, dans la situation ayant abouti à l'arrêt du 2 octobre 2024, le Conseil d'État a pu accepter que le bureau SEN5 recoure à l'expérience de ses associés, qui ont effectivement presté des services intellectuels similaires lorsqu'ils étaient actifs au sein du bureau PLURIS.

L'objectif poursuivi par le Conseil d'État a été de vérifier quelle était la personne, physique ou morale, qui présentait le lien le plus étroit avec les services exigés à titre de référence et qui pourrait garantir l'expérience du soumissionnaire.

Eu égard aux circonstances des deux cas d'espèce, l'arrêt *PLURIS* pourrait donc ne pas nécessairement constituer un revirement de la jurisprudence *ARTBEL* mais plutôt une évolution de cette jurisprudence, dans le domaine particulier des marchés publics de services intellectuels ou d'autres prestations *intuitu personae*.

28. Le second arrêt à mettre en lien avec l'arrêt commenté est l'arrêt n° 250.129 du 17 mars 2021, *SRL ARCHITECTURE & CRÉATION*, ayant pour objet une demande d'annulation d'une décision d'attribution d'un marché public de services d'études en architecture, stabilité et techniques spéciales.

Dans ce litige, les requérantes contestaient la décision adoptée par la partie adverse au motif que celle-ci avait admis, à titre de référence de l'adjudicataire désigné, des services que la première requérante avait elle-même exécutés en qualité de sous-traitante de l'adjudicataire du marché. Les requérantes considéraient donc que le pouvoir adjudicateur, étant confronté à des références similaires émanant de deux soumissionnaires, ne pouvait prendre en considération ces

références dans le chef de leur concurrent, dans la mesure où il ne les avait exécutées qu'au travers d'une sous-traitance.

Le Conseil d'État a rejeté ces griefs, considérant :

- d'une part, que « *les dispositions réglementaires et prescriptions des documents du marché précitées n'exigent pas la mention, au sein des attestations dont la production était imposée, de la ventilation des prestations selon que celles-ci aient, ou non, été sous-traitées par l'entrepreneur principal. Le maître de l'ouvrage qui délivre l'attestation de bonne exécution ne dispose d'ailleurs pas nécessairement de cette information* » *;*
- d'autre part, qu'« *il n'est du reste pas requis qu'un entrepreneur ait exécuté lui-même les prestations qui lui ont été confiées par le maître de l'ouvrage pour pouvoir prétendre à une attestation d'exécution* ».

Par cet arrêt, le Conseil d'État admet donc que plusieurs soumissionnaires puissent invoquer une référence identique, l'un en qualité de cocontractant direct de la prestation de services exécutés et l'autre en qualité de sous-traitant ayant participé à son exécution. L'arrêt commenté confirme ce principe, en étendant celui-ci à tous types d'intervenants, en ce compris les personnes physiques travaillant au sein des soumissionnaires concernés.

En revanche, l'arrêt *SRL ARCHITECTURE & CRÉATION* soutient la position du pouvoir adjudicateur qui, faute de précisions dans les offres, admet la référence identiquement invoquée par les deux soumissionnaires, sans s'interroger sur le degré d'implication de chacun d'eux dans celle-ci. Sur ce point, il nous semble que l'arrêt *PLURIS* implique une moins grande tolérance à l'égard des pouvoirs adjudicateurs, qui devront redoubler de prudence lorsqu'ils apprécieront les références de soumissionnaires et, au besoin, solliciter des informations complémentaires auprès de ces derniers.

(iv) <u>*Les conséquences pour les candidats, soumissionnaires et pouvoirs adjudicateurs*</u>

29. Si dans son principe, la jurisprudence du Conseil d'État paraît favoriser le contrôle effectif par le pouvoir adjudicateur, de la capacité technique et professionnelle réelle des candidats et soumissionnaires, elle risque d'engendrer une insécurité juridique importante.

En effet, alors que, dans l'interprétation défendue par l'Auditeur, seul le candidat ou soumissionnaire qui a effectivement contracté et exécuté des services, peut les invoquer au titre de références démontrant sa capacité technique, le Conseil d'État considère désormais que — à tout le moins dans les marchés publics de services intellectuels — plusieurs personnes morales et physiques différentes pourront s'en prévaloir.

30. Tenant compte de cette nouvelle jurisprudence et dès lors que le contrôle des exigences de sélection qualitative doit être « *effectif* », les pouvoirs adjudicateurs devront donc, lorsqu'un marché public a pour objet des services intellectuels ou d'autres prestations « *intuitu personae* »*,* vérifier si les références de capacité technique fournies par les candidats et les soumissionnaires ont bien été réalisées par des personnes physiques qui travaillent toujours en leur sein.

Ainsi, sera-t-il encore possible pour un pouvoir adjudicateur d'admettre une référence de capacité technique avancée par une personne morale, sans s'être assurée, d'une part, de

l'identité des personnes physiques qui ont personnellement contribué à son exécution et, d'autre part, du fait que ces personnes physiques travaillent encore au sein de ce soumissionnaire personne morale ? Ceci est peu probable et le Conseil d'État le constate notamment en considérant que se limiter à mentionner « *en ordre* » dans un rapport d'analyse d'offres, ne suffit plus pour démontrer un contrôle « *effectif* » des exigences de sélection qualitative.

Par ailleurs, puisqu'une seule et même référence pourra être désormais invoquée par diverses personnes morales ou physiques, comment le pouvoir adjudicateur pourra-t-il admettre cette référence, chez les uns et les autres, sans avoir préalablement vérifié le degré d'implication de chaque intervenant dans l'exécution des prestations concernées ?

Ainsi, par exemple, si une référence de services est invoquée par un collaborateur personne physique qui a quitté l'entreprise qui a conclu ce contrat de services, à partir de quel degré d'implication faudra-t-il considérer que cette référence peut être reconnue dans le chef de ce collaborateur ? Doit-il avoir exécuté le service concerné seul ? Peut-il en invoquer la titularité, si ce service a été exécuté avec d'autres collègues et, si oui, à partir de quel degré d'implication ? Peut-il en invoquer la paternité d'un service qu'il n'aurait exécuté qu'en qualité de collaborateur « subalterne », sous les ordres ou avec l'aide d'un « supérieur » ?

De même, à partir de quel seuil d'implication faut-il considérer que l'entreprise, qui fait face au départ d'un collaborateur, peut encore invoquer des références de services, auxquels ce collaborateur a participé ? Est-il admissible que l'entreprise invoque ces références, au motif qu'elle a conclu les contrats de services et que leur exécution a, certes, été réalisée par un ex-collaborateur de l'entreprise, mais a été suivie et validée par ses organes ?

Dans le cas d'espèce, la Ville de Jodoigne a estimé que, sur la base des critères énoncés dans son cahier des charges, les références fournies par la partie intervenante garantissaient sa capacité technique et professionnelle à exécuter le marché. Or, comme le relève la partie requérante, trois des cinq références portent sur « *des missions auxquelles les fondateurs de la partie intervenante avaient participé dans le cadre de leur précédente collaboration avec la partie requérante* ». Il s'agit donc bien de la participation à un projet, dont le degré d'implication n'est pas précisé et dont les missions se sont poursuivies après le départ desdits collaborateurs. Dans ces circonstances, un pouvoir adjudicateur peut-il raisonnablement confirmer la capacité technique et professionnelle d'un soumissionnaire à exécuter son marché au niveau de qualité requis sur la base de références énonçant la simple participation de ses associés à des projets antérieurs, sans que cette participation soit plus amplement détaillée ?

L'arrêt commenté ne se prononce pas sur ces questions, mais nous semble implicitement confirmer leur pertinence. En effet, le Conseil d'État a constaté que si, par principe, la Ville de Jodoigne pouvait prendre en compte les références invoquées par les ex-collaborateurs de PLURIS, le dossier administratif ne démontre pas « *que la partie adverse aurait vérifié plus en détail les références invoquées par la partie intervenante, alors qu'elles sont identiques à celles de la partie requérante* ». Le Conseil d'État reproche notamment à la partie adverse d'avoir admis ces références, alors que leur montant respectif précis n'était pas mentionné dans la liste transmise par SEN5. L'on pourrait déduire de cet élément, que le Conseil d'État estime que, même lorsque des références identiques sont invoquées par deux soumissionnaires, chacun de ceux-ci doit en préciser les détails et démontrer qu'elles répondent, pour ce qui le concerne, aux exigences des documents de marché. Des références identiques pourraient donc être admissibles dans le chef d'un soumissionnaire, parce que le montant, l'importance ou toute autre caractéristique de ces références, en lien avec la personne de ce soumissionnaire, remplit

les exigences du cahier des charges, alors que cela ne serait pas le cas pour un autre soumissionnaire.

Force est, en tous cas de conclure, qu'à défaut d'un contrôle effectif et précis des références invoquées par les soumissionnaires, le pouvoir adjudicateur risquera de subir les contestations des candidats ou soumissionnaires évincés du marché.

31. Si l'arrêt commenté va générer de l'insécurité chez les pouvoirs adjudicateurs, il aura également des conséquences sur les candidats et soumissionnaires.

En effet, il est fréquent de voir des soumissionnaires fournir des références dont le niveau de détail n'est pas suffisant pour attester de la part de travail réalisée par l'un ou l'autre de leurs collaborateurs et leur degré d'implication.

Or, s'ils veulent réduire les risques de non-sélection, ces candidats et soumissionnaires devront nécessairement être beaucoup plus précis dans les références qu'ils invoqueront pour justifier de leur capacité. Ils devront, si possible, démontrer que les références acquises ont été exécutées grâce à des personnes physiques qui sont toujours actives en leur sein.

32. Une autre difficulté réside encore dans l'opacité accrue de la distinction entre les critères de sélection et les critères d'attribution, induite par cet arrêt, pour les marchés publics où « *la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative* » sur l'expérience du soumissionnaire et sur le niveau d'exécution du marché.

En effet, pour ces marchés, les pouvoirs adjudicateurs pourront exiger et admettre des références déduites de l'expérience du personnel des soumissionnaires, tant pour juger de leur capacité à exécuter le marché, que de la qualité de leur offre.

Ceci pourrait aboutir à des confusions de genre entre la sélection des candidats et soumissionnaires et l'attribution du marché à l'offre économique la plus avantageuse[18].

Conclusion

L'arrêt commenté constitue une évolution importante dans la jurisprudence applicable au contrôle de la sélection qualitative des candidats et soumissionnaires, et en particulier de leur capacité technique.

Le Conseil d'État consacre l'idée qu'il convient, au moins dans les marchés publics de services intellectuels, voire plus largement pour tous les marchés dans lesquels l'expérience personnel du personnel est déterminante, de vérifier quelles sont les personnes physiques réellement responsables des services antérieurement exécutés, au-delà de la fiction juridique des personnes morales, pour assurer un contrôle effectif des exigences de sélection qualitative.

---

[18] *Cf.* pour un exemple récent de confusion en matière de références professionnelles passées, utilisées comme critère d'attribution au lieu de sélection : C.E., 5 novembre 2024, n° 261.295, *NV N*. Dans cet arrêt, le Conseil d'État reproche au pouvoir adjudicateur d'avoir, dans les critères d'attribution, exigé une liste de références du soumissionnaire sans avoir visé spécifiquement l'expérience du personnel qui sera en charge de l'exécution du marché. Ce faisant, le Conseil d'État a considéré que ce critère ne permet pas de juger de la qualité intrinsèque de l'offre, mais tout au plus de la capacité du soumissionnaire à exécuter le marché.

Si cet arrêt peut être suivi dans son principe, permettant de garantir aux pouvoirs adjudicateurs la réalité de l'expérience vantée par les personnes morales candidats et soumissionnaires, il risque également de générer une insécurité juridique pour les pouvoirs adjudicateurs, les candidats et soumissionnaires, face à des références identiques pouvant émaner de plusieurs opérateurs économiques différents.

Les pouvoirs adjudicateurs devront s'assurer, dans les marchés publics de services intellectuels et assimilés, que chaque référence peut être attribuée, avec un degré d'implication suffisant, aux collaborateurs travaillant au sein des personnes morales candidats ou soumissionnaires, et qu'elle répond précisément aux exigences des documents de marché.

Les candidats et soumissionnaires devront, quant à eux, fournir des références plus détaillées encore, démontrant clairement l'implication des personnes physiques actives au sein de leur organisation, dans les références vantées.

Enfin, le cloisonnement entre les critères de sélection et les critères d'attribution pourrait en être perturbé.