

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 231.051 du 29 avril 2015

G./A.215.476/VI-20.395

En cause : **la société anonyme PHONECOM,**

ayant élu domicile chez
Me Pauline LAGASSE, avocat,
avenue Winston Churchill, n° 253/40,
1180 Bruxelles,

contre :

la banque nationale de Belgique,

ayant élu domicile chez
Me Isabelle COOREMAN, avocat,
avenue Charles Quint, n° 586/9,
1082 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 3 avril 2015, la société anonyme PHONECOM sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision prise par la partie adverse le 20 mars 2015, dans le cadre du marché public de services relatifs à la réalisation d'enquêtes téléphoniques auprès de consommateurs, référencé "Tender 2014-826", et ayant pour objet, d'une part, de ne pas sélectionner sa candidature et, d'autre part, de sélectionner les candidats retenus et de les inviter à remettre offre.

Selon les termes de la requête, la demande de suspension vise également, "pour autant que de besoin", le courrier adressé à la requérante le 1^{er} avril 2015 par les services de la partie adverse, lequel est présenté comme confirmant la décision précitée du 20 mars 2015.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 7 avril 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 avril 2015 à 10 heures 30.

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

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Pauline LAGASSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Tiphaine du POERIER de PORTBAIL et Lotte VANDERLINDEN, *loco* Me Isabelle COOREMAN, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. l'Auditeur au Conseil d'Etat, Raphaël BORN, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. Par des avis publiés respectivement au Bulletin des adjudications le 16 décembre 2014 et à l'annexe du Journal officiel de l'Union européenne le 19 décembre 2014, la partie adverse annonce le lancement d'une procédure d'attribution d'un marché public de services intitulé "Réalisation d'enquêtes téléphoniques auprès de consommateurs".

Ce marché doit être passé selon la procédure d'appel d'offres restreint.

La sélection des candidats est annoncée comme devant reposer notamment sur une appréciation de leur aptitude technique et professionnelle évaluée au regard des exigences ainsi libellées par les avis de marché précités:

- " - capacité de la firme d'exécuter les enquêtes dans les 2 langues nationales principales (français et néerlandais) (à démontrer par la langue maternelle des employés fixes);
- une description technique de la firme (nombre et lieu des succursales, équipements techniques, logiciels et applications utilisés, description des postes de travail,...) et des moyens mis en œuvre pour garantir l'exécution du marché;
- liste de références : une liste de minimum 3 références de services similaires (un minimum de 1000 enquêtes téléphoniques dans les 2 langues nationales

principales) durant les trois dernières années, avec mention du client, de la date, de la durée de la mission, de la description de la mission, du téléphone ou de l'e-mail d'une personne de contact et du montant;
- effectif en personnel et organigramme de la firme : la firme doit disposer d'un nombre suffisant de personnel fixe afin d'assurer la continuité et la qualité de la mission".

III.2. La partie adverse reçoit douze dossiers de candidature, parmi lesquels celui de la requérante, à laquelle un marché similaire avait été attribué en 2011.

III.3. Le 5 février 2014, la partie adverse s'adresse à la requérante pour l'inviter à compléter un tableau intitulé "Eclaircissement références" et un tableau intitulé "Relevé du personnel fixe de la firme". Ce dernier tableau reprend deux colonnes principales qui distinguent le personnel francophone et le personnel néerlandophone. Chaque colonne est subdivisée en deux parties. La partie "Staff + supervision" et la partie "opérateurs téléphoniques".

III.4. Le 12 février 2015, la requérante adresse les tableaux complétés à la partie adverse en tenant compte des évolutions de son personnel intervenues depuis le dépôt de son acte de candidature, et apporte quelques précisions complémentaires.

III.5. Le 4 mars 2015, la partie adverse adresse un nouveau courrier à la requérante, dans lequel elle expose notamment ce qui suit:

" Dans l'avis de marché (tel que repris dans le Bulletin des Adjudications n° 304 du 16 décembre 2014), la Banque a énoncé comme critère essentiel de compétence que la firme doit être capable d'effectuer les enquêtes en néerlandais et en français (à démontrer au moyen de la langue maternelle des membres fixes du personnel) et qu'à cet effet, la firme doit disposer d'un personnel fixe suffisant afin de pouvoir garantir la continuité et la qualité de la mission. Ce critère est de grande importance étant donné que l'exécution des enquêtes de la Banque nationale auprès des consommateurs doit satisfaire à des standards élevés. Il s'agit en effet d'un produit phare de notre institution publique. Il est en outre essentiel que la continuité et la qualité puissent être garanties durant l'entièreté du marché. A cet effet, le personnel qui sera employé doit recevoir la formation nécessaire pour ce marché spécifique.

Sur base de votre dossier de candidature du 14/01/2015, vous avez indiqué nominativement en ce qui concerne vos effectifs en personnel :

- 6 personnes dans l'équipe de cadres
- 8 opérateurs téléphoniques ayant le néerlandais comme langue maternelle
- 8 opérateurs téléphoniques ayant le français comme langue maternelle.

Sur base des informations complémentaires procurées le 13/02/2015, vous avez mentionné, uniquement en nombre, comme personnel fixe du call center :

- 8 personnes comme opérateurs néerlandophones
- 10 personnes comme opérateurs francophones.

Lors de l'analyse de votre dossier de candidature, nous avons toutefois constaté, dans les derniers comptes annuels déposés (date de dépôt 06/11/2014) à la rubrique I.1 du bilan social de l'exercice 01/05/2013-30/04/2014, que selon les rubriques

1001 et 1002 les nombres moyens de salariés sont respectivement de 3,7 personnes à temps plein et de 1,4 personnes à temps partiel (ce qui correspond à un total en ETP de 4,4 personnes en moyenne pour cet exercice).

En outre, il ressort selon les rubriques 1101 et 1102 de la rubrique I.2.b du bilan social qu'à la date de clôture (30/04/2014) des comptes annuels, 6 personnes étaient inscrites dans votre registre du personnel avec un contrat à durée indéterminée en régime plein temps et 3 personnes avec un contrat à durée indéterminée en régime temps partiel (en ETP cela représente au total 7,8 personnes avec un contrat à durée indéterminée). Enfin, vos comptes annuels mentionnent également selon la rubrique 1111 qu'à la date de clôture, 2 personnes à temps plein étaient inscrites avec un contrat de travail à durée déterminée.

Pourriez-vous nous expliquer la discordance entre le nombre des membres du personnel avec contrat de travail fixe, sur base de vos derniers comptes annuels et le nombre de membres fixes du personnel que vous énoncez dans votre dossier de candidature du 14/01/2015 et les informations complémentaires du 13/02/2015 ?

Nous vous demandons d'expliquer plus précisément :

1. Quelles personnes, dans celles que vous avez énoncées, sont liées à votre entreprise par un contrat à durée indéterminée (cf. rubrique 1101 et 1102 du bilan social des comptes annuels) ;
2. Quelles personnes, dans celles que vous avez énoncées, sont liées à votre entreprise par un contrat à durée déterminée (cf. les rubriques 1111 et 1112 du bilan social des comptes annuels); prière le cas échéant de mentionner la nature et la durée du contrat ;
3. Le cas échéant, quelle autre forme de contrat a été conclu concernant le personnel énoncé (intérim, indépendant, ...)".

III.6. Le 4 mars 2015, la requérante répond en ces termes à la partie adverse:

" [...]

Comme dans la plupart des centres d'appels, la situation du personnel est relativement volatile et les contrats de travail sont établis en fonction de la charge de travail et les exigences des clients.

Phonecom travaille selon différents types de collaboration :

- Personnel avec contrat de travail à durée indéterminée ;
- Personnel avec contrat à durée déterminée ;
- Intérim ;
- Indépendants avec convention de collaboration.

Phonecom a placé sous son payroll un grand nombre de personnes depuis début 2014. Avant cette date, la majorité des prestataires avaient un statut d'indépendants ou d'intérimaires. Ce qui explique probablement la discordance entre le bilan social déposé et la situation actuelle (Phonecom clôturant ses comptes au 30 avril).

Notre activité nous amène à faire entrer et sortir régulièrement un nombre significatif d'employés sous contrat à durée déterminée. La liste reprise dans notre dossier de candidature du 14/01/2015 a donc déjà évolué.

Pour le reste, en ce qui concerne les personnes sur lesquelles des précisions nous sont spécifiquement demandées, voici quelques informations :

Equipe cadre:	
Florence Godart	Contrat à durée indéterminée
Mehdi Fortier	Contrat à durée indéterminée

Mike D'Haeseleer	Contrat à durée indéterminée
Radu Igor Balan	Contrat à durée indéterminée
Stéphane Vandenneste	Contrat à durée indéterminée
Eric Dequinze	Sous-traitant indépendant IT
Samir Bounnough	Sous-traitant indépendant comptabilité
Thierry Thomson	Administrateur
Opérateurs néerlandophones mentionnés	
Ait Rhazouani Nawel	Contrat à durée déterminée
Bosmann Nattie-Ann	Contrat terminé
El Ouedi Abdelrahmane	Contrat à durée déterminée
Doldur Gizem	Contrat terminé
Keim Laetitia	Contrat à durée déterminée
Omarhi-Yakala Keisha	Contrat terminé
Van derZyl Sebastien	Contrat à durée déterminée
Katzenelenbogen Narjiss	Contrat terminé
Nouveaux agents néerlandophones	
Nicolay Claire	Contrat à durée indéterminée
Sheikh Rezaei Shannoush	Contrat à durée déterminée
Kaba Raphael	Contrat à durée déterminée
Osy de Zegwaart Favart Migueline	Contrat à durée déterminée
Opérateurs francophones mentionnés	
Derycke Sandrine	Contrat à durée indéterminée
Bonvust Aliénor	Contrat terminé
Bustos Camilla	Contrat terminé
El Meziani Sarah	Contrat terminé
Thibaut Pierre-Julien	Contrat à durée déterminée
Yap Arlette	Contrat terminé
Buffin Melissa	Contrat à durée indéterminée
Loire Sebastien	Contrat à durée indéterminée
Nouveaux opérateurs francophones	
Senbsadji Imen	Contrat à durée déterminée
Djigo Khadim	Contrat à durée indéterminée
Randriamharisoa Serge	Contrat à durée déterminée
Watelet Florent	Contrat à durée déterminée
Quaiois Marco (FR/LUX/PORT)	Contrat à durée déterminée
El Ouazzani Redouan	Contrat à durée déterminée

Il est à noter que les contrats employés à durée déterminée sont conclus selon différentes formules : périodes d'un mois, de trois mois voire plus. Ils ne sont habituellement placés sous contrat à durée indéterminée qu'à l'issue de 2 ou 3 CDD. Nous n'établissons jamais de contrat de travail pour une durée inférieure à 20 heures par semaine (pour les CDD). Les CDI sont conclus pour un régime de 38 heures/semaine.

Les prestataires indépendants sont en moyenne une quarantaine par mois. A titre d'exemple : 1.619 heures ont été prestées sous ce régime en janvier 2015 et 1.797 heures en février 2015. L'affectation d'un agent fixe ou indépendant à telle ou telle mission dépend notamment des accords conclus avec chaque commanditaire. Aucun agent ne preste de mission en télé-travail. Tous les appels sont donc réalisés à partir de nos bureaux de Saint-Gilles. Aucune mission n'est sous-traitée en off-shore.

A toutes fin utiles, nous vous joignons en annexe 1 le relevé de toutes les personnes encodées sous notre payroll (Hr online 10 de Securex) depuis fin 2013. [...]."

III.7. Le 20 mars 2015, la partie adverse décide de ne pas sélectionner la requérante, décision dont elle lui communique les motifs, libellés comme suit:

" «La firme Phonocom obtient un score insuffisant pour ce critère. Il ressort en effet du dossier de candidature et des informations additionnelles qu'il n'y a qu'un seul opérateur néerlandophone fixe en service et seulement 4 francophones. Il s'ensuit que la firme ne peut pas démontrer qu'elle dispose de la capacité d'effectuer les enquêtes dans les deux langues principales du pays» ;

«Le nombre d'employés fixes (NL/FR) de la firme Phonocom est clairement insuffisant. Il ressort du dossier introduit et des informations complémentaires qu'il n'y a qu'un seul opérateur néerlandophone en service fixe et seulement 4 francophones. L'équipe fixe se compose en outre d'un certain nombre de cadres. Pour le reste, le personnel impliqué se compose de personnes qui ne sont pas liées de manière fixe à l'entreprise. De plus, il y a une grande rotation de personnel, dans la mesure même qu'entre l'introduction du dossier initial et les deux demandes de renseignements complémentaires, l'effectif du personnel s'est modifié en grande partie. Cette constatation est étayée par les derniers comptes annuels déposés. Ceci n'est pas acceptable pour garantir la continuité et la qualité de l'enquête, pour laquelle une certaine expertise doit être établie et les opérateurs concernés doivent être formés efficacement»".

Cette décision est identifiée par la requérante comme constituant le premier acte attaqué par la présente demande de suspension.

Par la même décision (identifiée cette fois comme constituant le troisième acte attaqué), la partie adverse sélectionne les cinq candidats qu'elle estime aptes à réaliser le marché et qui seront, en conséquence, invités à introduire une offre.

III.8. Le 26 mars 2015, la requérante écrit à la partie adverse par l'intermédiaire de son conseil afin de contester la décision de ne pas la sélectionner.

III.9. Le 1^{er} avril 2015, la partie adverse répond à la missive que lui a adressée la requérante, faisant notamment valoir ce qui suit:

" [Le critère relatif à l'existence d'un nombre suffisant de personnel fixe] est capital pour le marché étant donné que, durant la phase d'exécution, la Banque doit pouvoir faire appel à une équipe fixe d'enquêteurs disponibles à plein temps capable d'exécuter les enquêtes dans les deux langues nationales principales (Français et Néerlandais). Pour ce faire, les personnes en question doivent disposer de l'expertise nécessaire en ce qui concerne les caractéristiques spécifiques de ce marché et elles doivent recevoir la formation et le support suffisants. [...]

Dans votre courrier, vous indiquez que la décision de la Banque se fonderait sur une mauvaise interprétation du critère de sélection concerné dans le sens où, selon la Banque, seul le personnel engagé par les liens d'un contrat de travail à durée indéterminée pourrait être qualifié de «fixe». Cette affirmation ne correspond

nullement à l'enquête minutieuse que la Banque a menée dans les faits afin d'évaluer ce critère. Vous trouverez ci-dessous un relevé de ces recherches.

1) Dans le cadre de ce marché, la Banque a reçu 12 dossiers de candidature, parmi lesquels celui de Phonecom. Le dossier de votre cliente présentait certaines lacunes et comportait certains éléments soulevant des questions :

- A la page 4, Phonecom indique que «l'équipe est régulièrement renouvelée/complétée»;
- Dans la description de l'organigramme et du personnel (à la page 10), Phonecom donne une liste de 8 personnes composant l'«équipe cadre», de 8 opérateurs néerlandophones et de 8 opérateurs francophones sans autre mention du caractère fixe de ces collaborateurs;
- Enfin, sur la même page, Phonecom indique que la liste des collaborateurs «est susceptible d'être modifiée d'ici à l'attribution du marché ou pendant l'exécution de la mission».

[...]

Contrairement à ce qui est indiqué dans votre lettre, la Banque n'a pas simplement interprété le critère «effectif en personnel» d'une manière où seul le personnel engagé dans les liens d'un contrat de travail à durée indéterminée pourrait être qualifié de fixe. Au contraire, la Banque a mené une évaluation complète de la situation en demandant à deux reprises des renseignements complémentaires. Les informations ainsi obtenues ont montré une évolution du personnel très volatile chez Phonecom reposant principalement sur des contrats de travail d'une durée extrêmement courte. Il est évident que cette politique du personnel ne permet pas de garantir la continuité et la qualité de l'enquête, étant donné que les opérateurs n'ont pas le temps d'acquérir l'expertise et l'expérience nécessaire ni de recevoir une formation approfondie. Le fait que l'équipe cadre de Phonecom n'est pas soumise à cette volatilité ne peut en aucune façon modifier ce constat".

En termes de requête, ce courrier est identifié par la requérante comme constituant, "pour autant que de besoin", le deuxième acte attaqué.

IV. RECEVABILITE DE LA DEMANDE QUANT A L'OBJET

Le courrier adressé, le 1^{er} avril 2015, au conseil de la requérante constitue une réponse de la partie adverse aux arguments développés par ledit conseil dans son courrier du 26 mars 2015, rédigé pour solliciter le retrait du premier acte attaqué. A l'occasion de cette réponse, la partie adverse revient sur et précise les motifs qui l'ont conduite à ne pas retenir la candidature de la requérante.

Aucun élément ne permet d'identifier dans ce courrier une décision prise par un organe compétent de la partie adverse, et susceptible de faire l'objet d'un des recours visés aux articles 14 et suivants de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Il s'ensuit qu'en tant qu'elle porte sur le courrier du 1^{er} avril 2015, la demande doit être déclarée irrecevable.

V. MOYEN UNIQUE DE LA REQUETE – TROISIEME BRANCHE

V.1.Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, "pris de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11; la loi du 15 juin 2006 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services», notamment de son article 5; la loi du 17 juin 2006 [lire 2013] «relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services», notamment de son article 4, 5°, et de son article 5; l'arrêté royal du 15 juillet 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques», notamment de son article 37 lu en combinaison avec l'annexe 7 et de son article 58, § 1^{er}; la loi du 29 juillet 1991 «relative à la motivation formelle des actes administratifs», notamment de ses articles 2 et 3; les principes généraux du droit, notamment le principe qui veut que tout acte administratif repose sur des motifs de droit et de fait exacts, pertinents et admissibles (ci-après : principe de la motivation interne), le principe de proportionnalité, le principe de transparence, le principe d'égalité, les principes de bonne administration et le principe *patere legem quam ipse fecisti*; l'erreur manifeste d'appréciation". Elle introduit l'exposé de ce moyen dans les termes suivants:

" en ce que la BNB considère que la candidature de la s.a. PHONECOM ne répond pas aux critères de sélection qualitative aux motifs que :

- «la firme Phonecom obtient un score insuffisant pour ce critère. Il ressort en effet du dossier de candidature et des informations additionnelles qu'il n'y a qu'un seul opérateur néerlandophone fixe en service et seulement 4 francophones. Il s'ensuit que la firme ne peut pas démontrer qu'elle dispose de la capacité d'effectuer les enquêtes dans les deux langues principales du pays ».

- «le nombre d'employés fixes (NL/FR) de la firme Phonecom est clairement insuffisant. Il ressort du dossier introduit et des informations complémentaires qu'il n'y a qu'un seul opérateur néerlandophone en service fixe et seulement 4 francophones. L'équipe fixe se compose en outre d'un certain nombre de cadres. Pour le reste, le personnel impliqué se compose de personnes qui ne sont pas liées de manière fixe à l'entreprise. De plus, il y a une grande rotation de personnel, dans la mesure même qu'entre l'introduction du dossier initial et les deux demandes de renseignements complémentaires, l'effectif du personnel s'est modifié en grande partie. Cette constatation est étayée par les derniers comptes annuels déposés. Ceci n'est pas acceptable pour garantir la continuité et la qualité de l'enquête, pour laquelle une certaine expertise doit être établie et les opérateurs concernés doivent être formés efficacement».

Alors que il ressort de l'acte de candidature de la s.a. PHONECOM – confirmé par les informations complémentaires fournies par celle-ci dans ses courriers du 12 février 2015 et du 4 mars 2015 – qu'elle dispose de 8 opérateurs néerlandophones et d'à tout le moins 8 opérateurs francophones, ainsi que d'une équipe cadre de 8 personnes composée paritairement de néerlandophones et de

francophones; que l'ensemble de ce personnel relève du «personnel fixe» de celle-ci au sens de l'avis de marché; que la s.a. PHONECOM dispose donc de la capacité lui permettant d'effectuer les enquêtes dans les deux langues du pays et d'assurer la continuité et la qualité de la mission;

Que l'interprétation de la BNB est manifestement contraire au prescrit de son avis de marché et disproportionnée; que la décision de ne pas sélectionner la s.a. PHONECOM est dès lors entachée d'une erreur manifeste d'appréciation et n'est pas régulièrement motivé (Première branche – Article 1^{er});

Alors que, à titre subsidiaire, le fait que l'équipe cadre de la s.a. PHONECOM est engagée dans le cadre de contrats de longue durée suffit à justifier sa capacité au sens de l'avis de marché (Deuxième branche – Article 2);

Alors que, à titre infiniment subsidiaire, ce sont les critères de sélection retenus par l'avis de marché qui ont été modifiés *à posteriori* ou sont équivoques et ambigus (Troisième branche – Article 3); qu'à tout le moins, ceux-ci sont disproportionnés (Quatrième branche – Article 4); que cela vicie les actes attaqués".

Au titre des développements de la troisième branche de ce moyen, elle fait valoir ce qui suit:

- " Conformément au principe d'égalité et de proportionnalité (art. 10-11 de la Constitution, art. 5 de la loi du 15 juin 2006 et principes généraux du droit) et à l'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les critères de sélections choisis par le pouvoir adjudicateur doivent être proportionnés et en lien avec l'objet du marché. Ils ne peuvent avoir pour effet de restreindre inutilement la concurrence.

Conformément à l'article 58, § 1^{er}, et à l'article 37 lu en combinaison avec l'annexe 7 (III.2.3.) de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les critères de sélection doivent, par ailleurs, être annoncés de manière claire et univoque dans l'avis de marché et ne peuvent être modifiés *a posteriori*. L'avis de marché doit indiquer les renseignements, formalités et niveaux minimaux d'exigences à l'aune desquels la capacité technique du candidat sera jugée.

En l'espèce, à la lecture de l'avis de marché, la sélection qualitative devait être opérée au vu des critères suivants :

- 1) «capacité de la firme d'exécuter les enquêtes dans les 2 langues nationales principales (français et néerlandais) (à démontrer par la langue maternelle des employés fixes)» (ci-après : «le critère 1»);
- 2) «liste de références : une liste de minimum 3 références de services similaires (un minimum de 1000 enquêtes téléphoniques dans les 2 langues nationales principales) durant les trois dernières années, avec mention du client, de la date, de la durée de la mission, de la description de la mission, du téléphone ou de l'e-mail d'une personne de contact et du montant» (ci-après : «le critère 2»);
- 3) «une description technique de la firme (nombre et lieu des succursales, équipements techniques, logiciels et applications utilisés, description des postes de travail,...) et des moyens mis en œuvre pour garantir l'exécution du marché.» (ci-après : «le critère 3»);
- 4) «effectif en personnel et organigramme de la firme : la firme doit disposer d'un nombre suffisant de personnel fixe afin d'assurer la continuité et la qualité de la mission» (ci-après : «le critère 4»);

Conformément au critère 4), la s.a. PHONECOM a repris, dans son dossier de candidature, son organigramme qui comprend ses effectifs en personnel – à savoir 8 cadres, 8 opérateurs néerlandophones, 8 opérateurs francophones). Afin de se conformer au critère 1), elle a indiqué la langue maternelle des opérateurs.

Dans le cadre de l'analyse de la candidature de la s.a. PHONECOM, la BNB interprète la notion de «personnel fixe» reprise par les critères 1) et 4) comme renvoyant aux membres du personnel qui disposent d'un contrat de travail à durée indéterminée (ci-après : «CDI») ou à durée déterminée de longue durée (ci-après : «CDD de longue durée»). La «fixité du personnel» requise s'opposerait à une rotation régulière des opérateurs.

Ce raisonnement ne peut être suivi à plus d'un titre.

[...]

A supposer que l'on considère que la BNB a pu décider à bon droit que la rotation du personnel de la s.a. PHONECOM porterait atteinte à sa capacité au sens des critères 1) et 4) – quod non –, il faudrait alors constater que le fait que la capacité des candidats serait appréciée au vu du nombre d'opérateurs disposant d'un contrat de longue durée à temps plein ne ressort pas de l'avis de marché. Il en va de même, du fait que la capacité des candidats au regard du critère 4) serait appréciée au vu de l'expérience, de l'expertise ou de la formation des opérateurs.

1. Par conséquent, en se référant à ces éléments, la BNB modifie la portée des critères de sélection a posteriori, ce qui porte atteinte à l'égalité entre les candidats et au principe de transparence, en violation des articles 10 et 11 de la Constitution, de l'article 5 de la loi du 15 juin 2006, des principes généraux du droit et en violation de l'article 58, § 1^{er}, et de l'article 37 lu en combinaison avec l'annexe 7 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui imposent la fixation des critères de sélection dans l'avis de marché et du principe *Patere legem quam ipse fecisti* (cf. *supra* : Article 1^{er}, Alinéa 1^{er}).

2. A tout le moins, les critères de sélection qualitative 1) et 4) n'ont pas été indiqués clairement et de manière univoque par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché.

a. La référence à la notion de «personnel fixe» n'est pas définie et ne renvoie à aucune notion juridique connue. Cette notion est donc source d'ambiguïté.

b. De même, le seuil d'exigence qui est lié à la nécessité de disposer d'un «nombre suffisant» de personnel n'est pas précisée de telle sorte que les candidats n'étaient pas en mesure d'apprécier leurs chances d'être sélectionnés et de préparer leur dossier de candidature de manière ad hoc.

Le Conseil d'Etat a ainsi considéré, dans son arrêt n° 159.657 du 7 juin 2006, que :

«(...) la première de ces deux conditions [le fait de disposer d'une «stature suffisante»], outre le fait qu'elle ne figure pas dans l'avis de marché, ne fixe pas de manière suffisamment précise le niveau de référence que le pouvoir adjudicateur prend en compte pour l'évaluation de la capacité financière et économique; qu'en effet, l'indication selon laquelle le candidat doit disposer d'une "stature suffisante" ne permet pas au soumissionnaire d'apprécier si le marché le concerne ou non, c'est-à-dire s'il possède le niveau de capacité financière attendu par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il ne peut déposer son dossier de candidature en connaissance de cause».

c. Le niveau d'expérience, d'expertise ou de formation attendu des opérateurs n'est pas non plus évoqué et encore moins précisé par l'avis de marché de telle sorte que les critères de sélection 1) et 4) reviennent, sous cet angle, à conférer au pouvoir

adjudicateur un pouvoir arbitraire. Pour rappel, la réalisation d'enquêtes téléphoniques ne requiert, en soi, aucune expertise particulière autre que la maîtrise de la langue dans laquelle l'enquête doit être réalisée et le suivi d'une formation ad hoc afin de familiariser l'opérateur avec les appareils et logiciels à utiliser et le questionnaire à la base de l'enquête.

La BNB considère pourtant que :

«Il est évident que cette politique du personnel ne permet pas de garantir la continuité et la qualité de l'enquête, étant donné que les opérateurs n'ont pas le temps d'acquérir l'expertise et l'expérience nécessaire ni de recevoir une formation approfondie. Le fait que l'équipe cadre de Phonecom n'est pas soumise à cette volatilité ne peut en aucune façon modifier ce constat.».

C'est donc qu'elle estime que l'expérience ou l'expertise suffisante à l'accomplissement des prestations qui font l'objet du marché s'acquièrent dans la durée. Outre le fait qu'un tel constat repose sur une complexité des prestations qui n'est pas démontrée, on observe qu'à défaut de préciser la durée minimale requise, le critère ne permet pas de définir des exigences de sélection claires. C'est d'autant plus le cas compte tenu de la définition succincte de l'objet du marché. Un opérateur est en effet, en soi, susceptible d'assurer des prestations de qualité dans la durée alors qu'il ne dispose d'aucune expérience ou expertise particulière.

d. De même, le critère 1) tel que rédigé par l'avis de marché ne permet pas de comprendre clairement les exigences requises et le fait qu'un «score» minimum serait exigé.

Ce faisant, les critères de sélection ont été établis en violation du principe de transparence tel que garanti par l'article 37 lu en combinaison avec l'annexe 7 et par l'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et par le principe d'égalité (garanti par les articles 10 et 11 de la Constitution, l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 et les principes généraux du droit). Cela entraîne l'irrégularité de l'avis de marché qui doit être écarté en vertu de l'article 159 de la Constitution et de la théorie de l'acte complexe. Partant, le fondement des actes attaqués s'en trouve vicié et ceux-ci portent atteinte aux dispositions précitées.

Les actes attaqués ne sont, dès lors, pas légalement motivés puisqu'ils reposent sur des motifs de fait et de droit inexacts, non pertinents ou inadmissibles, en violation des articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et du principe général de droit de la motivation interne des actes administratifs.

Le moyen en cette branche est sérieux".

B. Note d'observations

En réponse à la requête, la partie adverse fait état des considérations suivantes :

" 28. Au fond, PHONECOM reprend ici son argumentation de la première branche – alinéa 1^{er}. La BNB s'en réfère donc à son argumentation sous II.1.

Pour autant que besoin, la BNB fait une fois de plus référence à l'article 58 § 1 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011. Il ressort de cet article que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix du niveau d'exigence qu'il souhaite des candidats – bien entendu de sorte qu'il soit lié et proportionné à l'objet du marché -, aussi que dans l'appréciation de l'aptitude des candidats.

In casu les critères de sélection demandent que les candidats démontrent qu'ils disposent d'un nombre de personnel fixe suffisant pour assurer la continuité et la qualité de la mission dans les deux langues nationales principales, qui entraîne un minimum de 1000 enquêtes téléphoniques.

En évaluant les candidats, la BNB a interprété les critères de sélection en tenant compte de l'objet du marché. L'objet du marché demande une exécution précise et correcte des enquêtes, ce qui requiert une équipe fixe bien formée et experte, ce qui implique qu'une grande rotation du personnel est néfaste.

En tenant compte de l'ensemble des éléments suivants, la BNB n'a pas du tout modifié la portée des critères de sélection *a posteriori* et n'a pas non plus indiqué les critères de sélection dans l'avis de marché de façon ambiguë ou équivoque : il s'agit simplement d'une concrétisation logique des critères de sélection mentionnés dans l'avis de marché :

- le nombre d'opérateurs néerlandophones et francophones;
- le type de contrat des opérateurs (contrats à temps plein/à temps partiel; contrats à durée indéterminée/contrats à durée déterminée courte/ contrats à durée déterminée longue/contrats intérimaires/contrats d'étudiants);
- la rotation du personnel.

De nouveau, PHONECOM suppose que la BNB considère la formation et l'expertise du personnel comme des éléments déterminants afin d'assurer le respect des critères de sélection. Or, la BNB répète pour autant que de besoin que la formation et l'expertise qui sont nécessaires pour exécuter le marché de façon correcte ne sont pas des éléments déterminants concernant l'évaluation des critères de sélection. Au contraire, ce sont des éléments qui accentuent la nécessité d'avoir une équipe fixe, pour que l'expertise et l'expérience nécessaires puisse être développées.

Il ressort de ce qui précède que la BNB n'a pas modifié la portée des critères de sélection *a posteriori* et a en fait indiqué les critères de manière claire et univoque dans l'avis de marché. Par conséquent, il n'y a pas de violation des principes d'égalité et de transparence - garantis par les articles 10 - 11 de la Constitution, l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 et les principes généraux du droit -, de l'article 58 § 1 et 37 lus en combinaison avec l'annexe 7 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ou du principe *patere legem quam ipse fecisti*.

Dès lors, l'avis de marché n'est pas irrégulier et les décisions de la BNB sont donc légalement motivées. Il n'y a donc pas de violation des articles 4 – 5 de la loi du 17 juin 2013, des articles 2 – 3 de la loi du 29 juillet 1991 ou du principe général de droit de la motivation interne des actes administratifs.

Le moyen en sa troisième branche n'est donc pas sérieux et pas fondé".

En réponse au moyen, en sa première branche, la partie adverse avait fait valoir ce qui suit:

- " 19. Le cadre légal concernant la sélection des candidats par le pouvoir adjudicateur est donné par l'article 58 § 1 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 [...]:
- «Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement:
- 1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;
- 2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles

67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou, en l'absence d'un tel avis, dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir.»

20. Il ressort de cet article que le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans le choix du niveau d'exigence qu'il souhaite des candidats – bien entendu de sorte qu'il soit lié et proportionné à l'objet du marché –, aussi que dans l'appréciation de l'aptitude des candidats. Cela implique que les juridictions ne peuvent exercer qu'un contrôle marginal de ces décisions du pouvoir adjudicateur. Par conséquent, ils ne peuvent sanctionner qu'une erreur manifeste d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur. (K. RONSE, «Hoofdstuk IV – De selectie» in D. D'HOOGHE, 9.1. De gunning van overheidsopdrachten, Brugge, die Keure, 2009, 368-369 ; 398).

In casu, PHONECOM ne démontre pas une telle erreur dans le chef de la BNB.

21. Dans l'avis de marché, la BNB a déterminé les critères de sélection, le niveau d'exigence et les preuves que les candidats doivent fournir comme suit (pièce 1) :

- les candidats doivent démontrer leur capacité d'exécuter les enquêtes dans les deux langues nationales principales (français et néerlandais) par l'indication de la langue maternelle de leurs employés fixes («critère 1»);
- les candidats doivent donner une description technique de leur firme (nombre et lieu des succursales, équipements techniques, logiciels et applications utilisés, description des postes de travail, ...) et de leurs moyens mis en œuvre pour garantir l'exécution du marché («critère 2»);
- les candidats doivent donner une liste de minimum trois références de services similaires (un minimum de 1000 enquêtes téléphoniques dans les deux langues nationales principales) durant les trois dernières années, avec mention du client, de la date, de la durée de la mission, de la description de la mission, du téléphone ou de l'e-mail d'une personne de contact et du montant («critère 3»);
- les candidats doivent démontrer que leur firme dispose d'un nombre suffisant de personnel fixe afin d'assurer la continuité et la qualité de la mission par leur effectif en personnel et l'organigramme de la firme («critère 4»).

Les critères de sélection pertinents pour ce litige, sont les critères 1 et 4.

Ces critères indiquent très clairement que les candidats doivent démontrer qu'ils disposent d'un nombre de personnel fixe suffisant pour assurer la continuité et la qualité de la mission (critère 4) dans les deux langues nationales principales (critère 1), qui entraîne un minimum de 1000 enquêtes téléphoniques (critère 3).

Contrairement à ce que PHONECOM prétend dans sa requête, la BNB a donc, de façon claire en plus, déterminé un niveau d'exigence.

22. Comme déjà amplement souligné ci-dessus, les résultats des enquêtes sont de grande importance pour la BNB (voir numéro 2). Ces résultats dépendent intégralement de la qualité de l'enquête et de l'opérateur, qui est directement liée à sa formation, son expertise et son expérience. Vu l'importance de ces enquêtes et l'expertise nécessaire pour les exécuter de façon précise et correcte, une équipe fixe bien formée et experte est requise, ce qui implique qu'une grande rotation du personnel est néfaste.

La BNB a donc évalué toutes les candidatures tenant compte de ces éléments factuels. Pour chaque candidat, elle a notamment pris en considération :

- le nombre d'opérateurs néerlandophones et francophones;

- le type de contrat des opérateurs (contrats à temps plein/à temps partiel; contrats à durée indéterminée/contrats à durée déterminée courte/ contrats à durée déterminée longue/contrats intérimaires/contrats d'étudiants);
- la rotation du personnel.

Dans la décision attaquée, la BNB expose qu'elle doit pouvoir faire appel à une équipe fixe d'enquêteurs disponibles à temps plein, composée au moins de trois opérateurs néerlandophones et quatre opérateurs francophones (pièce 13).

Contrairement à ce qui est estimé par PHONECOM, la BNB ne considère pas la formation et l'expertise du personnel comme des éléments déterminants afin d'assurer le respect du critère 4. La formation et l'expertise qui sont nécessaires pour exécuter le marché de façon correcte sont, au contraire, des éléments qui accentuent la nécessité d'avoir une équipe fixe, pour que l'expertise et l'expérience nécessaires puissent être développées. Elles confirment donc l'interprétation des critères de sélection faite par la BNB.

PHONECOM estime aussi que l'interprétation de la BNB des critères de sélection est «totalement disproportionnée compte tenu de la nature des prestations à réaliser et des spécificités du secteur des enquêtes téléphoniques», vu que ce type de prestation ne requiert aucun titre d'étude ou qualification préalables. Cette estimation n'est pas correcte. Il est clair qu'il s'agit d'un produit phare de la BNB et que les enquêteurs jouent donc un rôle-clé dans le projet (voir numéro 2). Pour rappel, la nature scientifique de l'enquête nécessite en outre un degré d'instruction (enseignement secondaire supérieur) permettant d'expliquer l'objectif poursuivi et d'apporter les clarifications éventuellement nécessaires par rapport à certaines questions. Ces exigences ne peuvent être garanties que par le recours à une équipe stable d'enquêteurs, composée au minimum de quatre opérateurs francophones et de trois néerlandophones, afin d'atteindre chaque mois le quota d'enquêtes requis.

PHONECOM prétend en plus que la référence à la notion de «personnel fixe» ne permet pas d'atteindre les objectifs de sélection poursuivis par les critères 1 et 4. Premièrement, elle estime que le fait que le personnel dispose d'un contrat de longue durée est sans incidence pour déterminer si le candidat a la capacité d'exécuter le marché dans les deux langues nationales (critère 1). La BNB souligne le fait que le critère 1 est défini comme suit dans l'avis de marché (pièce 1) [...]: «capacité de la firme d'exécuter les enquêtes dans les 2 langues nationales principales (français et néerlandais) (à démontrer par la langue maternelle des employés fixes);»

Les candidats doivent donc démontrer qu'ils disposent d'assez d'employés fixes qui ont le français comme langue maternelle et assez d'employés fixes qui ont le néerlandais comme langue maternelle. Il est clair que, concernant l'évaluation du critère 1, la notion de «personnel fixe» doit être comprise en relation avec l'exigence que le candidat doit démontrer sa capacité à exécuter les enquêtes dans les deux langues nationales. Ainsi, la BNB peut assurer que le candidat disposera tout le temps de cette capacité requise. Par conséquent, la notion de «personnel fixe» permet d'atteindre les objectifs de sélection poursuivis par le critère 1. Deuxièmement, PHONECOM prétend que l'absence de rotation du personnel et les contrats de longue durée, ne permettent pas de garantir la continuité ou la qualité des prestations (critère 4). La BNB reconnaît naturellement que, dans chaque entreprise, les circonstances peuvent changer. Par ailleurs, le type de contrat des opérateurs, notamment les contrats de longue durée, et l'absence de rotation du personnel, sont des indices très utiles et adaptés afin de déterminer si le candidat peut garantir la continuité ou la qualité des prestations (critère 4). Par conséquent, la notion de «personnel fixe» permet d'atteindre les objectifs de sélection poursuivis par le critère 4.

PHONECOM fait également référence au marché qu'elle exécute actuellement pour la BNB et qui est identique au marché en question en prétendant qu'«il est pour le moins étonnant de conclure que la s.a. PHONECOM ne disposerait pas de

la capacité d'exécuter un marché identique à celui qu'elle accomplit à l'heure actuelle pour la BNB». Quoique la BNB n'ait pas adressé un PV de carence à PHONECOM, celle-ci a commis de nombreuses erreurs – il ne s'agit donc pas «d'un nombre minime d'erreurs» - en exécutant ce marché (voir numéro 3). Par conséquent, PHONECOM ne peut pas invoquer l'exécution du marché actuellement en cours, pour démontrer qu'elle dispose de la capacité nécessaire pour exécuter le marché en question.

23. Etant donné que les faits démontrent que l'interprétation des critères de sélection faite par la BNB est directement liée (Première branche – Article 1, Alinéa 1^{er}) et proportionnée (Première branche – Article 1, Alinéa 2) à l'objet du marché, cette interprétation est correcte et la BNB n'a pas violé le principe *patere legem quam ipse fecisti*, le principe de transparence - garanti par les articles 10 - 11 de la Constitution et l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 et les principes généraux du droit -, ou les articles 58 § 1 et 37 lus en combinaison avec l'annexe 7 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et n'a donc pas commis une erreur manifeste d'appréciation.

24. Les faits démontrent aussi que la BNB a minutieusement évalué toutes les candidatures selon les mêmes éléments, pour rappel :

- le nombre d'opérateurs néerlandophones et francophones;
- le type de contrat des opérateurs (contrats à temps plein/à temps partiel; contrats à durée indéterminée/contrats à durée déterminée courte/ contrats à durée déterminée longue/contrats intérimaires/contrats d'étudiants);
- la rotation du personnel.

Par lettre du 5 février 2015, la BNB a contacté tous les candidats pour demander des renseignements complémentaires concernant le nombre de personnel fixe de la firme (critères 1 et 4) et les références (critère 3) (pièce 6).

Concernant les cinq candidats sélectionnés (GFK BELGIUM, IN2COM, IPSOS, MERLIJN MARKETEER, N-ALLO; voir numéro 13), il ressort du dossier administratif et, plus spécifiquement, des tableaux remplis en réponse à la première demande de renseignements du 5 février 2015, qu'ils disposent d'un nombre suffisant d'opérateurs néerlandophones et francophones afin d'assigner une équipe fixe à la mission en question (pièce 12).

Ces informations ont été vérifiées par la BNB sur la base des derniers comptes annuels et, plus précisément, sur la base des bilans sociaux.

Initialement, il y avait des doutes concernant la capacité du candidat MERLIJN MARKETEER. Pour cette raison, la BNB a demandé des renseignements complémentaires (pièce 10). Des informations reçues de MERLIJN MARKETEER, il ressortait que ce candidat avait la capacité nécessaire et que, par conséquent, il pouvait être sélectionné (pièce 11).

Comme déjà expliqué dans les faits, également concernant la candidature de PHONECOM, la BNB a observé certaines lacunes et quelques éléments qui soulevaient des questions concernant sa capacité (voir numéros 6 - 11). De toutes les informations reçues, la BNB a pu déduire (pièces 5, 7 et 9):

- que PHONECOM ne disposait que d'un seul opérateur néerlandophone fixe de service et seulement quatre francophones;
 - que pour le reste, les opérateurs ne sont pas liés de manière fixe à l'entreprise;
 - qu'il y a une grande rotation du personnel, dans la mesure même où entre l'introduction du dossier initial et les deux demandes de renseignements complémentaires, l'effectif du personnel s'est trouvé modifié en grande partie.
- Sur base de tous ces éléments factuels, évalués en tenant compte des critères de sélection comme correctement interprétés par la BNB, celle-ci pouvait décider à juste titre :

- que PHONECOM ne pouvait pas démontrer qu'elle dispose de la capacité d'effectuer les enquêtes dans les deux langues principales du pays (critère 1);
- que PHONECOM ne pouvait pas garantir la continuité et la qualité de la mission (critère 4).

Pour des raisons similaires, les candidats PROFACTS, DE MARTELAERE EN CO – M.A.S. et SEBECO n'ont pas non plus été sélectionnés (voir numéro 12).

PHONECOM insinue que la BNB a fait un choix entre les différents candidats aptes, en considérant que PHONECOM présentait un «score insuffisant» concernant le critère 1, tandis qu'elle pouvait uniquement constater si un candidat répond ou ne répond pas aux critères et qu'elle a l'obligation de sélectionner l'ensemble des candidats qui répondent aux critères. Cette insinuation n'est pas correcte. Il ressort clairement des faits, qui sont rappelés ci-dessus que PHONECOM, PROFACTS, DE MARTELAERE EN CO – M.A.S. et SEBECO ne répondent pas aux critères de sélection en question (voir numéro 12). La BNB a sélectionné tous les candidats qui répondent aux critères de sélection et n'a pas sélectionné les candidats qui n'y répondent pas. Elle n'a fait aucun choix entre les différents candidats aptes.

Il ressort de ce qui précède que la BNB a évalué toutes les candidatures selon les mêmes normes et n'a pas donc violé le principe d'égalité - garanti par les articles 10 - 11 de la Constitution, l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 et les principes généraux du droit - non plus (Première branche – Article 1, Alinéas 1^{er} et 2). Par conséquent, la BNB a, à juste titre, décidé que PHONECOM ne dispose pas d'un nombre suffisant de «personnel fixe» et par suite, elle a correctement décidé de ne pas la sélectionner.

Dès lors, vu que la BNB a motivé ses décisions sur base des motifs de fait et de droit exacts et pertinents, ses décisions sont légalement motivées. Il n'y a donc pas de violation des articles 4 – 5 de la loi du 17 juin 2013, des articles 2 – 3 de la loi du 29 juillet 1991 ou du principe général de droit de la motivation interne des actes administratifs.

Le moyen en sa première branche n'est donc pas sérieux et pas fondé".

C. Plaidoiries

En termes de plaidoiries, la partie adverse explique que le seuil minimum de trois opérateurs néerlandophones et de quatre francophones relevant du personnel fixe des candidats n'a pas été déterminé postérieurement à la publication de l'avis de marché mais que cette répartition s'imposait à l'évidence, notamment à la lecture de cet avis, comme une suite logique du nombre de 1.000 enquêtes à réaliser. Elle répète ce qu'elle a expliqué dans sa note d'observations, à savoir que le seuil de trois opérateurs néerlandophones et quatre francophones relevant du personnel fixe découle nécessairement des premier, troisième et quatrième critères de sélection qualitative figurant dans l'avis de marché. Elle ajoute qu'en toute hypothèse, la fixation de ce seuil relevait de la plus grande évidence.

La partie requérante souligne quant à elle qu'il ressort du cahier spécial des charges du marché litigieux que c'est en définitive un volume mensuel de 1.850 enquêtes qui doit être pris en considérations et non un nombre de 1.000 enquêtes,

comme cela ressortait du troisième critère de sélection qualitative énoncé dans l'avis de marché. Elle en déduit que l'argument de la partie adverse, selon lequel le seuil minimum litigieux s'imposait à l'évidence comme une suite logique du nombre de 1.000 enquêtes à réaliser, n'est pas convaincant.

V.2. Décision du Conseil d'Etat

En substance, le moyen, en cette branche, reproche à la partie adverse de n'avoir pas indiqué clairement les premier et quatrième critères de sélection qualitative, notamment – pour ce qui concerne le quatrième critère – en ne précisant pas ce qu'il y avait lieu d'entendre par "nombre suffisant" de personnel fixe dont doit disposer le candidat.

L'article 5 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services est libellé comme suit:

- " Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.
Les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des participants, conformément à une des procédures de passation déterminées au chapitre IV".

Les exigences, annoncées au titre de la sélection qualitative des candidats, sont libellées comme suit:

- " - capacité de la firme d'exécuter les enquêtes dans les 2 langues nationales principales (français et néerlandais) (à démontrer par la langue maternelle des employés fixes);
- une description technique de la firme (nombre et lieu des succursales, équipements techniques, logiciels et applications utilisés, description des postes de travail,...) et des moyens mis en œuvre pour garantir l'exécution du marché;
- liste de références : une liste de minimum 3 références de services similaires (un minimum de 1000 enquêtes téléphoniques dans les 2 langues nationales principales) durant les trois dernières années, avec mention du client, de la date, de la durée de la mission, de la description de la mission, du téléphone ou de l'e-mail d'une personne de contact et du montant;
- effectif en personnel et organigramme de la firme : la firme doit disposer d'un nombre suffisant de personnel fixe afin d'assurer la continuité et la qualité de la mission".

Il n'est pas contestable – et n'est d'ailleurs contesté – que l'exigence de disposition d'un "nombre suffisant" de personnel fixe n'a été expressément précisée dans aucun des documents du marché, à tout le moins avant que soit adoptée la décision attaquée du 20 mars 2015 par laquelle la partie adverse a arrêté la liste des candidats sélectionnés en vue d'être invités à faire offre.

Dans sa note d'observations et à l'audience du 24 avril 2015, la partie adverse a fait valoir que le seuil de trois opérateurs néerlandophones et quatre francophones relevant du personnel fixe s'imposait logiquement par référence au quatrième critère de sélection qualitative, lu en combinaison avec les premier et troisième de ces critères. En termes de plaidoiries, elle a également fait valoir qu'en toute hypothèse, la fixation de ce seuil relevait de la plus grande évidence.

Ces deux arguments ne paraissent pas contrarier la critique du moyen, en tant que la requérante y reproche à la partie adverse d'avoir méconnu l'obligation de transparence qui lui incombait dans la définition des critères de sélection qualitative.

S'agissant du premier argument, on n'aperçoit pas quel lien logique aurait permis d'identifier le seuil de trois opérateurs néerlandophones et quatre opérateurs francophones issus du personnel fixe des candidats, sur la base de la seule référence au quatrième critère de sélection qualitative, lu en combinaison avec les premier et troisième critères, particulièrement en ce que le troisième de ceux-ci se réfère à un nombre périodique de 1.000 enquêtes. D'une part, la référence à un nombre déterminé d'enquêtes est – dans la perspective d'une évaluation du nombre minimal d'opérateurs requis – dépourvue de toute utilité lorsque, comme en l'espèce, n'est pas indiquée la périodicité selon laquelle ces 1.000 enquêtes doivent être effectuées. D'autre part, il est curieux de laisser entendre, dans la décision attaquée du 20 mars 2015, que le seuil de trois opérateurs néerlandophones et quatre opérateurs francophones issus du personnel fixe des candidats est imposé par les nécessités d'exécution du marché litigieux et, en termes de note d'observations et de plaidoiries, de soutenir que ce seuil se déduit du nombre de 1.000 enquêtes, alors qu'il ressort du cahier spécial des charges – auquel les candidats ne pouvaient avoir accès qu'à dater de leur sélection – que, dans le cadre et pour les besoins du marché litigieux, c'est un volume mensuel de 1.850 enquêtes qui doit être pris en considération. Il importe peu, à cet égard, que le nombre d'enquêtes annoncé au titre du troisième critère de sélection soit sensiblement moins important que celui qui ressort du cahier spécial, la discordance entre les deux tailles d'échantillonnage ainsi annoncées suffisant à jeter le trouble sur la manière dont ont été présentées les exigences ressortissant à l'évaluation de l'aptitude des candidats à l'obtention du marché litigieux.

En ce qui concerne le deuxième argument, il est surprenant, dans le chef de la partie adverse, de soutenir, en termes de plaidoiries, que le seuil de trois opérateurs néerlandophones et quatre opérateurs francophones issus du personnel fixe des candidats relevait de l'évidence dès avant que soit lancée la procédure d'attribution du marché litigieux, alors qu'elle n'a pas estimé opportun de mentionner ce seuil dans l'avis de marché.

Au terme d'un examen effectué en extrême urgence, il ressort de l'analyse des deux arguments opposés par la partie adverse au moyen, en sa troisième branche, que l'obligation de transparence, édictée par l'article 5 de la loi du 15 juin 2006 précitée, n'a pas été respectée à l'occasion de la définition des critères de sélection qualitative.

Il s'ensuit qu'en sa troisième branche, le moyen doit être déclaré sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément incitant à admettre que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué l'emporteraient sur ses avantages.

VII. CONFIDENTIALITE

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son acte de candidature produit à l'appui de la requête et identifié comme étant la pièce 5 de son dossier de pièces.

La partie adverse dépose également à titre confidentiel les actes de candidature des différents candidats, les correspondances échangées avec ces derniers concernant leurs candidatures ainsi que les pièces relatives à l'exécution du marché en cours (pièces 4.a, 4.b, 4.c, 10, 11 et 17 à 38 du dossier administratif).

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}

Est suspendue l'exécution de la décision prise par la banque nationale de Belgique le 20 mars 2015, dans le cadre du marché public de services relatifs à la réalisation d'enquêtes téléphoniques auprès de consommateurs, référencé "Tender 2014-826", et ayant pour objet, d'une part, de ne pas sélectionner sa candidature et, d'autre part, de sélectionner les candidats retenus et de les inviter à remettre offre.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

La pièce 5 du dossier de pièces de la partie requérante et les pièces 4.a, 4.b, 4.c, 10, 11 et 17 à 38 du dossier administratif demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 6.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-neuf avril deux mille quinze par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.