

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 192.188 du 2 avril 2009

G./A.191.895/VI-18.158

En cause : **1. la société anonyme LES ENTREPRISES
LOUIS DE WAELE,
2. la société anonyme VALENS,
3. la société anonyme LIMPENS,
4. la société anonyme NEXTIRAONE,**

ayant élu domicile chez
Me Stéphane NOPERE, avocat,
avenue Paul Hymans, n° 71,
1200 Woluwé-Saint-Lambert,

contre :

la Régie des Bâtiments,

ayant élu domicile chez
Mes David D'HOOGHE et
Bruno LOMBAERT, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 23 mars 2009 par la société anonyme LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE, la société anonyme VALENS, la société anonyme LIMPENS et la société anonyme NEXTIRAONE qui sollicitent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision du 12 mars 2009 de la Régie des Bâtiments décidant que les sociétés LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE S.A. – VALENS S.A. – LIMPENS S.A. – NEXTIRAONE S.A. ne satisfont pas aux exigences minimales concernant les capacités financière, économique et technique telles que fixées dans l'avis de marché et, par conséquent, de ne pas retenir leur candidature parmi les candidats invités à remettre une offre";

Vu l'ordonnance du 24 mars 2009, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 1^{er} avril 2009 à 14.00 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat, Président f.f.;

Entendu, en leurs observations, Me Stéphane NOPERE, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et Me Bruno LOMBAERT, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

I. QUANT AUX FAITS

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Le 6 novembre 2008, est publié au Bulletin des adjudications l'avis relatif à la "Sélection de candidats pour un marché de travaux de gros-oeuvre, de techniques et de parachèvement dans le cadre de la restructuration, de l'agrandissement, de la rénovation et de la restauration du Bloc A de l'immeuble «RESIDENCE PALACE» situé rue de la Loi, 155 à 1040 Bruxelles".

Ce marché, à passer selon la procédure d'adjudication restreinte, a pour objet "les travaux, fournitures, transports, main d'oeuvre et tous moyens nécessaires à la réalisation des travaux de restructuration, d'agrandissement, de rénovation et de restauration du Bloc «A» du RESIDENCE PALACE, situé rue de la Loi, n° 155 à 1040 BRUXELLES, pour y installer le siège du Conseil de l'Union européenne. Les travaux sont exécutés pour le compte de la Régie des Bâtiments en application de la loi du 1^{er} avril 1971 portant création de la Régie des Bâtiments. Il s'agit d'un bâtiment de conférences et de bureau d'environ 53.000 m² en superstructure et d'environ 17.000 m² de sous-sols".

En ce qui concerne la forme juridique de l'attributaire du marché (III.1.3.), l'avis précise que "Les associations momentanées sont autorisées à participer. La sous-traitance est autorisée pour certaines parties du marché (voir III.1.4. conditions particulières)".

L'exécution du marché est soumise à des conditions particulières (III.1.4.) dont les conditions d'agrément suivantes :

" (...) Partie 1.1 : Gros-oeuvre fermé - Catégorie D, classe 8. [...] Partie 6 : HVAC - Catégorie D17, D18, classe 8. Partie 7 : Electricité - Catégorie P1, classe 8. [...]"

et les "conditions importantes" suivantes :

" Compte tenu de l'importance et de la complexité du chantier, et des importantes responsabilités qui s'y rattachent, la sous-traitance est explicitement interdite pour ce qui concerne l'exécution des parties «1.1 -- GROS-OEUVRE FERME», «6 -- HVAC», et «7 -- ELECTRICITE». Pour l'exécution de ces parties, le candidat doit lui-même disposer des agréments requis."

En matière de capacité technique, l'avis de marché exige que les candidats fournissent les renseignements suivants :

" A. Les références pour des travaux d'importance et de nature similaires, accompagnées des certificats de bonne exécution [...].
1. Les candidats doivent fournir la preuve d'au moins une référence de chantier de construction de bâtiments de complexité comparable (...) à l'exclusion de bâtiments de logements et des sites industriels et d'un montant global de minimum 25.000.000,00 EUR, réalisé par eux ou par les entités juridiques qui composent le candidat, en tant qu'entrepreneur général, et dont la réception provisoire a eu lieu dans les cinq dernières années. [...]
2. Les candidats doivent faire la preuve d'au moins une référence de chantier comparable en complexité et d'un montant de minimum 3.000.000,00 EUR, réalisé par eux en tant qu'entrepreneur pour des installations HVAC, et de même pour des installations électriques dont la réception provisoire a eu lieu dans les cinq dernières années. [...]"

2. Le 18 novembre 2008, la S.A. VALENS interpelle comme suit la partie adverse :

" Nous souhaitons vous poser les questions suivantes :

[...]

(i) En ce qui concerne les références de capacité technique à produire pour obtenir la sélection (point III.2.3), il est demandé aux candidats une référence de chantier pour un montant de 3.000.000 € réalisé par eux en tant qu'entrepreneur pour des installations d'HVAC : nous comprenons du texte que cette référence peut être apportée en tant qu'entrepreneur général puisque celui-ci est nécessairement «entrepreneur»; Merci de bien vouloir nous le confirmer (1^{ère} demande) et dans le cas contraire, apporter une clarification dans votre texte de parution.

(ii) Suivant votre texte, pour ce qui concerne l'exécution,- ce qui est un autre stade que la sélection -(point III.1.4 in fine), il est indiqué que le CANDIDAT doit disposer des agréments requis en GROS ŒUVRE, HVAC, et ELECTRICITE. Merci de nous indiquer si le cahier des charges permettra à l'entrepreneur, sélectionné sur base de l'alinéa précédent en tant qu'entrepreneur général, de

s'associer entre la sélection et la remise d'offre avec un spécialiste HVAC et ELECTRICITE sur base de l'article 93 & 2 de l'AR du 8 janvier 1996 lequel indique «dans une procédure restreinte, si le cahier des charges le permet, le pouvoir adjudicateur peut accepter une offre introduite par une association momentanée comprenant des personnes non sélectionnées pour autant qu'au moins un candidat retenu fasse partie de cette association» (2^{ème} demande). L'insertion de cet article permettrait une parfaite cohérence entre les rédactions de texte pour la partie «sélection» et la partie «exécution».

Si toutefois telle n'est pas votre intention, faut-il considérer que le candidat doit avoir lui-même dès l'origine une agrégation en gros-œuvre, électricité et HVAC ? Mais si tel est le cas, il risque de ne pas y avoir énormément de concurrence.

Faut-il donc considérer que le candidat qui ne possède pas dès le départ ces trois agrégations doit s'associer dès le départ avec d'autres qui disposent des agrégations manquantes (3^{ème} demande) ce qui s'avère moins intéressant pour l'Administration puisqu'un entrepreneur sélectionné seul peut dans votre intérêt exercer une pression sur le prix du futur associé avant de le choisir, ce qui ne sera pas le cas si le spécialiste est associé dès le départ."

3. Le 19 novembre 2008, la partie adverse répond ce qui suit à la S.A. VALENS :

" [...] (i) M.i. mag de betrokken referentie idd. geleverd worden voor werken uitgevoerd in de hoedanigheid van algemene aannemer, aangezien (a) de aankondiging geen bijzondere vereisten stelt aangaande het zelf uitvoeren van de werken en (b) het model van attest voor de referenties, in geval de werken door een vereniging van aannemers zijn uitgevoerd, enkel vereist dat wordt bevestigd dat de kandiderende onderneming de «leiding en coördinatie» van de betrokken werken op zich heeft genomen.

(ii) (2^{ème} demande) In de selectiefase hoeft de aannemer nog niet het bewijs te leveren dat hij over de verschillende erkenningen, vereist voor uitvoering, beschikt. In zijn kandidatuur zal hij enkel moeten aantonen dat hij over de erkenning in categorie D, klasse 8, vereist voor toewijzing, beschikt. Dit wordt als zodanig ook niet gevraagd in de aankondiging; de erkenningsvereisten inzake uitvoering worden enkel «ter informatie» meegegeven onder «bijzondere voorwaarden voor de uitvoering».

M.i. zal het bestek dan ook noodzakelijkerwijze moeten aanvaarden dat een geselecteerde kandidaat zich in een latere fase met andere vennootschappen, die over de vereiste erkenning beschikken, kan associëren. Een artikel in die zin moet dus nog ingevoegd worden in het bestek.

Allicht is het raadzaam, aangezien het bestek voor ACO hierdoor – lichtjes – moet worden aangepast, om dit even voor te leggen aan J. Burgers voor akkoord?

(3^{ème} demande) Zie antwoord op de vraag hierboven. De kandidaat moet zich m.i. niet van bij het begin met andere aannemers te associëren."

Le même jour, la partie adverse transmet la réponse résumée en français suivante :

" [...] Je reprends ici en résumé la réponse à vos interrogations dans la langue de votre demande.

[...]

2 (i) : je confirme que cette référence peut être apportée en tant qu'entrepreneur général.

2 (ii) : le cahier de charges permettra à un candidat sélectionné de s'associer entre la sélection et la remise d'offre avec un spécialiste HVAC et ELECTRICITE.

2 (iii) : le candidat qui ne possède pas dès le départ ces trois agréments ne doit pas s'associer dès le départ avec d'autres qui disposent des agréments manquantes.

[...]"

4. Le 8 décembre 2008, sept candidatures sont déposées dont celle conjointe de la S.A. LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE et de la S.A. VALENS.

5. Le 12 janvier 2009, la partie adverse informe la S.A. LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE et la S.A. VALENS de la décision du 9 janvier 2009 de "cesser la procédure d'adjudication [précitée] et de renoncer à la passation de ce marché" ainsi que "de refaire la procédure de passation de ce marché via une procédure d'adjudication restreinte et de réduire pour raison d'urgence, le délai de réception des demandes de participation à 20 jours, à compter du moment de l'envoi".

Cette décision repose sur le constat que lors de l'analyse des candidatures reçues, des interprétations divergentes ont vu le jour à propos de la remise des références concernant les travaux d'importance et de nature similaire. Elle est motivée comme suit :

" a) Attendu que la Régie des Bâtiments, en raison de la grande importance et de la complexité du marché, a souhaité sélectionner uniquement des candidats fournissant la preuve qu'ils peuvent réaliser un tel marché;

Que dans l'avis du marché au chapitre III.2.3 «Capacité technique» différents renseignements à fournir et des exigences de forme à respecter ont été repris. Dans la partie «A», la remise de références concernant des travaux d'importance et de nature similaire a été demandée :

1. Les candidats doivent fournir la preuve d'au moins une référence de chantier de construction de bâtiments de complexité comparable (centre hospitalier, centre de conférences, bureaux avec auditoriums, palais de justice, ...) à l'exclusion de bâtiments de logements et de sites industriels et d'un montant global de minimum 25.000.000 €, réalisé par eux ou par les entités juridiques qui composent le candidat, en tant qu'entrepreneur général, et dont la réception provisoire a eu lieu dans les cinq dernières années. [...]

2. Les candidats doivent faire la preuve d'au moins une référence de chantier comparable en complexité et d'un montant de minimum 3.000.000,00 €, réalisé par

eux en tant qu'entrepreneur pour des installations HVAC, ainsi que pour des installations électriques dont la réception provisoire a eu lieu dans les cinq dernières années.

Attendu que l'analyse des candidatures reçues a révélé que la deuxième référence exigée est formulée insuffisamment clair et qu'elle permet deux interprétations divergentes;

Que des dispositions citées ci-dessus il peut être entendu soit (1^{ère} approche) que l'entreprise candidate doit lui-même être familiarisée avec les travaux HVAC et d'électricité, mais qu'elle peut confier l'exécution réelle à une entreprise spécialisée dont elle coordonnera alors les activités; soit (2^e approche) que cette entreprise spécialisée en HVAC et en électricité devait déjà être connue lors de la candidature et qu'elle devait alors également donner les références spécifiquement demandées;

Attendu que la majorité des candidats (6 candidats sur 7) a interprété l'avis conformément à la 2^e approche et ont déjà indiqué dans la candidature les noms des entreprises spécialisées en HVAC et en électricité avec lesquelles ils se sont associés et qui fournissent chaque fois les références spécifiquement nécessaires;

Que l'un des candidats a cependant interprété l'avis conformément à la 1^{ère} approche; que ce candidat ne mentionne pas de noms d'entreprises spécialisées en HVAC et en électricité dans sa candidature, et présente des références concernant des travaux en HVAC et en électricité réalisés en sa qualité d'entrepreneur général;

Attendu que la deuxième approche correspond le mieux aux garanties visées par la Régie des Bâtiments en tant que pouvoir adjudicateur, mais que la première approche n'a pas été exclue dans le cadre d'une réponse que la Régie des Bâtiments a donnée sur une question sur ce point; que pour cette seule raison, il ne peut être opté que pour la deuxième approche, à l'exclusion de la candidature qui a suivi la première approche;

Attendu que les deux interprétations (aussi bien la 1^{ère} que la 2^e approche) peuvent par ailleurs être considérées en accord avec les termes utilisés.

Attendu que la situation actuelle a pour conséquence que le candidat ayant appliqué la 1^{ère} approche pourrait disposer d'un avantage concurrentiel, étant donné que ce n'est qu'après une éventuelle sélection qu'il faut chercher pour des entreprises spécialisées en HVAC et en électricité qui co-exécuteront le marché; qu'en raison de cela une position de négociation plus forte pourrait apparaître et en principe il pourrait être inscrit avec une offre plus avantageuse, par rapport aux candidats partis de la 2^e approche et ayant ainsi déjà conclu des contrats avec des entreprises spécialisées préalable à la sélection;

Qu'il se produit ainsi le risque que le principe que tous les candidats doivent être traités de la même manière deviendrait violé.

b) Attendu que l'avis de marché comportait également une interdiction - partielle - de sous-traitance, dans la mesure qu'au chapitre III.1.4 était déterminée :

Compte tenu de l'importance et de la complexité du chantier, et des importantes responsabilités qui s'y rattachent, la sous-traitance est explicitement interdite pour ce qui concerne l'exécution des parties «1. 1 - GROS-OEUVRE FERME», «6 - HVAC», et «7 - ELECTRICITE». Pour l'exécution de ces parties, le candidat doit lui-même disposer des agréments requis.

Attendu que la Régie des Bâtiments en tant que pouvoir adjudicateur a soumis l'avis entier à une vérification judiciaire approfondie suite à la confusion fixée ci-dessus;

Que la Cour de Justice a déjà au principalement rejeté une interdiction générale de sous-traitance;

Que le simple objectif de faire exécuter certaines parties du marché par une entreprise spécialisée en raison de leur importance ou complexité ne peut pas être considéré comme motivant suffisamment l'interdiction de sous-traitance;

Qu'il s'est avéré ainsi de la vérification juridique que l'interdiction (partielle) de travailler avec des sous-traitants risque d'être incompatible avec la réglementation européenne relative aux marchés publics.

c) Attendu que les termes de l'avis peuvent donner lieu à l'apparition d'un avantage concurrentiel dans le chef de l'un des candidats et que l'avis contient une disposition pouvant être estimée contraire à la réglementation en matière de marchés publics.

Qu'ainsi chaque décision de sélection des candidats pouvant introduire une offre et d'attribution du marché public est touchée par un risque sérieux de légitimité;

Attendu que l'article 18 de la Loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services offre formellement la possibilité pour le pouvoir adjudicateur de renoncer à passer le marché et de refaire la procédure;

Que la cessation de la procédure de passation et le commencer d'une nouvelle procédure de passation permettent d'éclaircir les termes et dispositions de l'avis et de l'harmoniser avec la réglementation relative aux marchés publics;

Attendu que le renoncer de la passation du marché public et l'avis d'un nouveau marché sont ainsi motivés adéquate;

Attendu que conformément à l'article 32, § 1, 1^{er} alinéa de l'Arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services le délai pour la réception des demandes de participation ne peut en principe pas être inférieur à 37 jours, mais qu'en vertu du 2^e alinéa ce délai peut être réduit à un minimum de 15 jours pour raison d'urgence;

Qu'il ne peut être dérogé au planning très strict des travaux de construction (où pour chaque phase, également la phase pour la période préalable à l'introduction d'offres par les candidats sélectionnés, un horaire est prévu) rédigé afin de pouvoir transmettre les travaux au Conseil européen au moment présumé, vu les amendes importantes pour le retard de livraison;

Que le marché a déjà fait l'objet d'un avis et qu'il est maintenant à nouveau mis en adjudication sans que des modifications fondamentales aient été apportées au marché, cependant tenant compte des justifications formulées ci-dessus;

Que la nature extraordinaire de la situation économique actuelle est acceptée à titre exceptionnel par le Conseil européen et la Commission européenne respectivement le 12 et 19 décembre 2008 comme justification pour invoquer l'urgence à l'égard de tous les grands projets publics dans le courant des années 2009 et 2010;

Que l'application d'un délai plus bref pour l'introduction des demandes de participation auprès de la Régie des Bâtiments en tant que pouvoir adjudicateur est justifiée adéquate."

6. Les 13 et 14 janvier 2009, est publié respectivement au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne le nouvel avis de sélection de candidats pour le même marché de travaux.

L'avis de marché ne reprend pas l'exigence relative à la forme juridique de l'attributaire qui était contenue dans le premier avis (point III. 1.3).

L'exécution du marché est soumise à des conditions d'agrément dont notamment les suivantes :

" Partie 1.1 : Gros-oeuvre fermé - Catégorie D, classe 8. [...] Partie 6 : HVAC - Catégorie D17, D18, classe 8. Partie 7 : Electricité - Catégorie P1, classe 8. [...]"

En matière de capacité technique, l'avis de marché exige ce qui suit :

" III.2.3) Capacité technique :
Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies :
Le candidat doit disposer des références pour des travaux d'importance et de nature similaires, particulièrement les références suivantes :
1. Au moins une référence de chantier de construction de bâtiments de complexité comparable (...) à l'exclusion de bâtiments de logements et des sites industriels et d'un montant global de minimum 25.000.000,00 EUR. [...]
2. Au moins une référence de chantier pour des installations HVAC comparables en complexité et d'un montant de minimum 3.000.000,00 EUR, réalisé par une entreprise, qui est agréée en HVAC conformément aux exigences posées par le point III.2.2 ci-dessus.
3. Au moins une référence de chantier pour des installations électriques comparables en complexité et d'un montant de minimum 3.000.000,00 EUR, réalisé par une entreprise, qui est agréée en électricité conformément aux exigences posées par le point III.2.2. ci-dessus.
REMARQUES CONCERNANT LES REFERENCES : 1. Il suffit qu'au moins une ou plusieurs des références susmentionnées soient fournies par une des entreprises impliquées dans la candidature (tel que visé sous VI.3.1.). Il est cependant essentiellement requis que l'entreprise agréée responsable pour les références sous 2 et 3 et l'entreprise responsable pour la référence sous 1 soient effectivement impliquées dans la candidature en question (tel que visé sous VI.3.1).
2. La réception provisoire des chantiers mentionnés par les points 1 jusqu'au 3 ci-dessus doit avoir eu lieu dans un délai de cinq années précédent la date ultime de réception des demandes de participation.
3. Chaque référence sera appuyée d'un certificat de bonne exécution signé par le maître de l'ouvrage. [...]"

Le point VI.3.1. dont question ci-dessus est rédigé comme suit :

" VI.3) Autres informations : 1. Sous «entreprise impliquée dans la candidature» il est entendu :
- L'entreprise qui introduit la candidature ou les entreprises qui introduisent la candidature conjointement;

- L'entité à laquelle il est fait appel en vue de pouvoir disposer des agréments requis et/ou en vue de démontrer la capacité économique et financière requis et/ou la capacité technique (voir les points III.2.2 et III.2.3). Dans ce cas doit être produit, sous peine de nullité de la candidature, un engagement de cette entité d'effectivement mettre à disposition les moyens nécessaires pour l'exécution du marché pendant toute la durée de celui-ci.

Une même entreprise ou entité ne peut, sous peine de nullité, être impliquée que dans une seule candidature.

2. [...]."

7. Le 29 janvier 2009, douze candidats introduisent une demande de participation, dont les requérantes qui déposent une candidature conjointe.

En annexe à la candidature des requérantes figurent deux références de travaux d'installation d'électricité :

- pour la S.A. NEXTIRAONE : une attestation non signée de DIGIPOLIS à Anvers pour le suivi en 2008 du "contrat-cadre DIGIPOLIS avec le Consortium NextiraOne, Alcatel, Telenet & Mobistar" en catégorie "Classe 8 - P1" pour un montant de 3.200.000 euros;

- pour la S.A. LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE : une attestation signée et datée du 14 janvier 2009 émanant du gestionnaire de l'hôpital Erasme et relative à la construction entre 2002 et 2004 d'un nouvel hôpital de jour en catégorie D pour un montant total de 22.062.107 €. La ventilation des travaux réalisés indique des travaux d'électricité en catégorie P1 pour un montant de 3.231.904 €.

8. Le 17 février 2009, la partie adverse demande aux requérantes de lui faire parvenir pour le 25 février 2009 les précisions relatives notamment à la référence de chantier pour les installations électriques :

" Une référence de chantier comparable en complexité pour les installations électriques avec attestation signée par le maître de l'ouvrage où il apparaît clairement que les travaux ont été réalisés par une entreprise qui soit agréée en électricité et impliquée dans la candidature."

9. Le 25 février 2009, les requérantes répondent ce qui suit :

" Nous vous transmettons, en annexe, une attestation signée par le Maître de l'Ouvrage où il apparaît clairement que la société Nextiraone, agréée en catégorie P1, classe 8, entreprise impliquée dans la candidature, a réalisé des travaux d'installations électriques de complexité comparable pour un montant supérieur à 3.000.000 €.

Par ailleurs, nous vous signalons que les Entreprises Louis De Waele, impliquées dans la candidature, et ayant introduit un dossier auprès de l'administration compétente pour être agréées en catégorie P1, classe 8, ont également joint au dossier de candidature au point 3.a.2., une attestation signée par le Maître de l'Ouvrage d'une référence de travaux en électricité (catégorie P1) de complexité comparable et d'un montant supérieur à 3.000.000 €.

Nous vous transmettons en annexe l'attestation de dossier complet concernant la demande d'agrément des Entreprises Louis De Waele, entre autre, pour la catégorie P1, classe 8, délivrée par l'administration SPF Economie."

Figurent en annexe de cette lettre notamment une attestation signée et datée du 23 février 2009 émanant de la Police fédérale délivrée à la S.A. NEXTIRAONE relatif à l'exécution de 2005 à 2008 du "Contrat-Cadre conclu entre la Police fédérale et NextiraOne concernant le déploiement des infrastructures et des centraux de téléphonie dans des sites occupés par la Police Fédérale (+/- 80 sites)" en catégorie "Classe 8 - P1" pour un montant total de 5.013.395,40 euros.

10. Les 25 et 26 février 2009, la partie adverse répond aux requérantes que les références DIGIPOLIS et POLICE FEDERALE de la S.A. NEXTIRAONE ne sont pas conformes à l'avis de marché en ce qui concerne l'exigence de complexité comparable puisqu'il s'agit de contrats-cadres.

En outre, la partie adverse réfute la référence fournie par la S.A. LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE à propos de l'hôpital Erasme, laquelle, "renseignements pris, concerne 2 constructions distinctes réalisées par une autre entreprise que celle mentionnée dans l'attestation".

La partie adverse demande aux requérantes d'introduire une référence conforme à l'avis de marché pour le 27 février à 12h00.

11. Le 26 février 2009, les requérantes répondent à la partie adverse comme suit :

" 1. Police Fédérale

Nous nous étonnons de votre point de vue que nous ne pouvons partager concernant la complexité des travaux repris sur l'attestation de la Police Fédérale fournie par Nextiraone.

2. Hôpital Erasme

Nous tenons à vous préciser que l'attestation concerne, au niveau des travaux d'électricité en catégorie P1, le seul bâtiment «Hôpital de jour».

Nous joignons, en annexe, les bons de commande et les procès verbaux de réception des extensions de la commande ayant trait à la surélévation du bâtiment existant et au bâtiment «Cyclotron».

Ces documents vous permettront de vérifier que ces travaux ne concernaient que les parties gros œuvre fermé.

Le montant de 3.231.904 € en catégorie P1 concerne donc uniquement le bâtiment «Hôpital de jour» réalisé par les Entreprises Louis De Waele.

Nous vous confirmons donc que le document signé par le Maître de l'Ouvrage, conformément à l'appel à candidature publié le 13 janvier 2009 dans le Bulletin des Adjudications, atteste que les Entreprises Louis De Waele ont elles-mêmes, dans le cadre de la commande du bâtiment unique «Hôpital de jour Erasme», effectivement réalisé des travaux d'électricité de complexité comparable et d'un montant supérieur à 3.000.000 €. Toute autre affirmation est non avenue.
[...]"

12. Le 12 mars 2009, la partie adverse décide de sélectionner 8 des 12 candidatures.

Il en ressort que la candidature des requérantes n'est pas sélectionnée par défaut de référence de chantier comparable en complexité pour des installations électriques pour les motifs suivants :

" Analyse

En ce qui concerne les références fournies par NEXTIRAONE :

La référence «Digipolis» fournie par NEXTIRAONE ne peut être acceptée dans la mesure où l'attestation de bonne exécution ne porte aucune signature et semble remplie par l'entreprise elle-même. La référence ne satisfait donc pas aux exigences formelles posées et ne permet pas de démontrer la bonne exécution effective.

Pour ce qui concerne la référence «Police Fédérale», il convient tout d'abord de signaler que la référence date du 23/02/2009 et qu'il s'agit donc d'une nouvelle référence, transmise après la date d'introduction des candidatures. La Régie des Bâtiment pourrait donc adopter le point de vue que la candidature a ainsi été modifiée de manière tardive, ce qui peut être considéré comme inadmissible. La demande de précision ne visait, en effet, qu'à obtenir des précisions au sujet des références initialement transmises, et non pas à permettre l'introduction d'une nouvelle - meilleure - référence.

De plus, l'on peut douter avec raison que la référence réponde aux exigences de l'avis de marché. L'avis requiert notamment une référence d'un «chantier de complexité comparable», alors que la référence fournie concerne un contrat-cadre portant sur l'exécution de prestations dans des lieux divers et, strictement, ne concerne donc pas un seul chantier. Dans la mesure où la référence est demandée afin de démontrer la capacité du candidat à réaliser un chantier de grande envergure et de haute complexité, il n'est pas déraisonnable de considérer que la référence «POLICE FEDERALE» ne satisfait pas à cette condition.

En ce qui concerne la référence fournie par DE WAELE :

La Régie des Bâtiments a demandé et obtenu des documents concernant la référence «Hôpital Erasme» fournie par DE WAELE auprès de diverses entités impliquées dans la réalisation de l'ouvrage en question.

Il s'agit des documents suivants :

- une attestation de bonne exécution des travaux d'électricité à l'«Hôpital de jour ULB Erasme», délivrée par DE WAELE à CEGELEC. Compte tenu du montant des travaux, de la période d'exécution et l'objet des travaux, notamment le bâtiment auquel les travaux ont été exécutés, il doit s'agir des travaux au sujet desquels la firme DE WAELE, dans son courrier du 27/02/09, a explicitement affirmé les avoir exécuté elle-même;
- une attestation de bonne exécution concernant des travaux d'électricité à l'«Hôpital Erasme», délivrée par le maître d'ouvrage «ULB Hôpital Erasme» à CEGELEC. De nouveau, compte tenu du montant des travaux, de la période d'exécution et l'objet des travaux, notamment le bâtiment auquel les travaux ont été exécutés, il doit être déduit qu'il s'agit des travaux pour lesquels la firme DE WAELE affirme pouvoir fournir une attestation en son propre nom.

Il doit être conclu de ces documents que - au moins la majeure partie - des travaux d'électricité concernés n'ont pas été exécutés par DE WAELE même, mais bien par l'entreprise CEGELEC.

L'avis de marché reprend cependant l'exigence particulière que l'entreprise qui est responsable - au sens d'avoir «exécuté» - les références demandées doit être effectivement impliquée dans la candidature. Vu qu'il est démontré sans équivoque que les travaux référencés de l'«Hôpital Erasme», invoqués par DE WAELE, ont été exécutés par une autre entreprise, le candidat n'a pas répondu à l'obligation de remettre une référence satisfaisante."

Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est notifiée aux requérantes par une lettre datée du 10 mars 2009 reçue le 17 mars 2009;

II. QUANT A L'EXTREME URGENCE

Considérant que l'extrême urgence est établie; que d'une part, les requérantes ont fait toute diligence, le délai entre la réception de l'acte attaqué et l'introduction de la présente requête étant de sept jours; que d'autre part, les candidats sélectionnés ont été invités à remettre offre par la décision attaquée de sorte que la procédure d'attribution du marché litigieux se poursuit; que dans ces circonstances, le recours à la procédure d'extrême urgence se justifie pour permettre aux requérantes, en cas de suspension, de réintégrer la procédure en cours;

Considérant, par ailleurs, que le recours à la procédure d'extrême urgence, qui doit demeurer exceptionnel, réduit à un strict minimum l'exercice des droits de la défense et l'instruction de la cause; que la procédure en référé d'extrême urgence ne peut pas être confondue avec la procédure en annulation ou avec la procédure en référé ordinaire qui donne lieu à l'établissement d'un rapport; que le choix d'une telle

procédure a nécessairement un impact sur l'appréciation de la réunion des conditions requises pour qu'une demande de suspension puisse être accueillie; qu'en effet, dans le bref délai qu'autorise une procédure de référé d'extrême urgence, cette appréciation procède par essence d'un examen sommaire, et non d'un raisonnement approfondi, des arguments des parties; qu'il s'ensuit qu'une telle procédure, qui aboutit à une décision provisoire, ne peut se fonder, sous peine de ne pas atteindre le but d'efficacité qui lui est assigné, que sur ce qui se dégage à première vue et de manière évidente des écrits de procédure et du dossier administratif;

III. QUANT AU MOYEN UNIQUE

Considérant que les requérantes prennent un moyen unique de "la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 14 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, des articles 16 à 20 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, du principe de légitime confiance, de l'erreur manifeste d'appréciation, ainsi que de l'excès de pouvoir"; que le moyen unique est divisé en deux branches;

A. Première branche

Considérant que dans une première branche, les requérantes soutiennent que l'acte attaqué rejette leur candidature au motif qu'en ce qui concerne la référence "électricité" relative au marché exécuté pour le compte de l'Hôpital Erasme par la S.A. LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE, cette dernière ne peut être considérée comme le responsable de l'exécution de cette référence, alors que l'avis de marché n'impose nullement pour qu'une personne puisse se prévaloir de références, et contrairement à ce que dit explicitement la partie adverse, qu'elle en soit "l'exécuteur"; qu'elles font valoir qu'en considérant qu'il fallait avoir "exécuté" les travaux d'électricité, la partie adverse a manifestement ajouté une condition non prévue dans l'avis de marché, que ledit avis précise, en effet, qu' "il est cependant essentiellement requis que l'entreprise agréée responsable pour les références sous 2 et 3 et l'entreprise responsable pour la référence sous 1 soient effectivement impliquées dans la candidature en question", qu'il fallait, mais qu'il suffisait, de pouvoir se prévaloir de la qualité de responsable du marché de référence, comme pouvait d'ailleurs le faire la S.A. LES ENTREPRISES LOUIS DE WAELE, que c'est, en effet, bien cette dernière, et elle seule, qui était la personne désignée pour exécuter ou faire exécuter les travaux

pour le compte de l'Hôpital Erasme, qu'elle "était, en ce sens, pleinement responsable à l'égard du maître de l'ouvrage de ces travaux et était bien impliquée dans la candidature des requérantes, comme l'exige l'avis de marché";

Considérant qu'en matière de capacité technique, il ressort de l'exposé des faits que l'avis de sélection des 13 et 14 janvier 2009 exige que les candidats fournissent "une référence de chantier pour des installations électriques comparables en complexité et d'un montant de minimum 3.000.000,00 EUR, réalisé par une entreprise, qui est agréée en électricité conformément aux exigences posées par le point III.2.2. ci-dessus", que "l'entreprise agréée responsable pour les références sous [...] 3 [...] soient effectivement impliquées dans la candidature en question (tel que visé sous VI.3.1)" et que par "entreprise impliquée dans la candidature", "il est entendu :

- L'entreprise qui introduit la candidature ou les entreprises qui introduisent la candidature conjointement;
- L'entité à laquelle il est fait appel en vue de pouvoir disposer des agrégations requises et/ou en vue de démontrer la capacité économique et financière requises et/ou la capacité technique (voir les points III.2.2 et III.2.3). Dans ce cas doit être produit, sous peine de nullité de la candidature, un engagement de cette entité d'effectivement mettre à disposition les moyens nécessaires pour l'exécution du marché pendant toute la durée de celui-ci.";

Considérant qu'il en résulte sans équivoque que les références de chantier d'électricité produites par les candidats doivent être des références relatives à des travaux réalisés soit par l'entreprise elle-même qui introduit sa candidature, soit, en cas d'association momentanée de plusieurs entreprises, par une des entreprises candidates, soit, enfin, en cas de recours à des filiales ou à des sous-traitants, par ceux-ci pour autant qu'ils produisent l'engagement requis; que cette lecture de l'avis de marché est corroborée par les motifs sur lesquels repose la décision du 9 janvier 2009 de recommencer la procédure litigieuse et par le libellé de l'article 19 de l'arrêt royal du 8 janvier 1996;

Considérant que la S.A. ENTREPRISES LOUIS DE WAELE a produit une référence relative à un marché de travaux dont il s'avère, à la suite des investigations menées par la partie adverse, que les travaux d'électricité ont été exécutés non pas directement par elle mais par une entreprise tierce, à savoir l'entreprise CEGELEC; que celle-ci n'est pas "impliquée dans la candidature" au sens de l'avis de sélection dès lors qu'elle n'est pas candidate au sein de l'association momentanée requérante et qu'elle n'appartient pas à une entité liée à celle-ci mais qu'elle fait partie d'une autre

association candidate pour le marché de travaux relatif à l'immeuble du Résidence Palace; qu'il s'ensuit qu'en ne retenant pas cette référence, la partie adverse n'a pas violé *prima facie* les dispositions invoquées au moyen; que la première branche n'est pas sérieuse;

B. Seconde branche

Considérant que dans une seconde branche, les requérantes relèvent que la partie adverse rejette leur candidature au motif que la référence en électricité produite par la S.A. NEXTIRAONE est un contrat-cadre dont "l'on peut douter avec raison que la référence réponde aux exigences de l'avis de marché", alors qu'il appartenait à la partie adverse d'éventuellement écarter la référence, non, comme elle l'a fait, sur la base de simples suppositions, mais en explicitant de manière concrète les raisons pour lesquelles la référence devait être écartée; qu'elles soulignent que la S.A. NEXTIRAONE est, conformément aux exigences de l'avis de marché, agréée en catégorie P1, classe 8, qu'elle a produit une référence, étant un contrat-cadre exécuté pour compte de la Police fédérale pour un montant de 5.000.000 €, qu'au vu des termes utilisés - "douter" et "pas déraisonnable" -, il est manifeste que la partie adverse s'est contentée de simples suppositions, et non de certitudes, pour écarter la référence en question, qu'il appartenait à la partie adverse de faire état d'éléments de nature à accréditer la non pertinence de la référence produite, les précisions fondant le "doute" de la partie adverse devant figurer dans la motivation de l'acte attaqué;

Considérant qu'il ressort de l'exposé des faits qu'afin de démontrer sa capacité technique en matière de travaux d'électricité portant sur un montant d'au moins 3.000.000 €, la S.A. NEXTIRAONE a produit, dans l'acte de candidature, une attestation non signée de DIGIPOLIS à Anvers pour le suivi en 2008 du "contrat-cadre DIGIPOLIS avec le Consortium NextiraOne, Alcatel, Telenet & Mobistar" en catégorie "Classe 8 - P1" pour un montant de 3.200.000 euros; qu'en réponse à une demande d'éclaircissement de la partie adverse, elle a, ensuite, produit, dans son courrier du 25 février 2009, une nouvelle référence, étant une attestation signée et datée du 23 février 2009 émanant de la POLICE FEDERALE et relative à l'exécution de 2005 à 2008 du "Contrat-Cadre conclu entre la Police fédérale et NextiraOne concernant le déploiement des infrastructures et des centraux de téléphonie dans des sites occupés par la Police Fédérale (+/- 80 sites)" en "catégorie Classe 8 - P1" pour un montant total de 5.013.395,40 euros;

Considérant qu'à propos de ces deux références, la décision attaquée est motivée comme suit :

" En ce qui concerne les références fournies par NEXTIRAONE :

La référence «Digipolis» fournie par NEXTIRAONE ne peut être acceptée dans la mesure où l'attestation de bonne exécution ne porte aucune signature et semble remplie par l'entreprise elle-même. La référence ne satisfait donc pas aux exigences formelles posées et ne permet pas de démontrer la bonne exécution effective.

Pour ce qui concerne la référence «Police Fédérale», il convient tout d'abord de signaler que la référence date du 23/02/2009 et qu'il s'agit donc d'une nouvelle référence, transmise après la date d'introduction des candidatures. La Régie des Bâtiment pourrait donc adopter le point de vue que la candidature a ainsi été modifiée de manière tardive, ce qui peut être considéré comme inadmissible. La demande de précision ne visait, en effet, qu'à obtenir des précisions au sujet des références initialement transmises, et non pas à permettre l'introduction d'une nouvelle - meilleure - référence.

De plus, l'on peut douter avec raison que la référence réponde aux exigences de l'avis de marché. L'avis requiert notamment une référence d'un «chantier de complexité comparable», alors que la référence fournie concerne un contrat cadre portant sur l'exécution de prestations dans des lieux divers et, strictement, ne concerne donc pas un seul chantier. Dans la mesure où la référence est demandée afin de démontrer la capacité du candidat à réaliser un chantier de grande envergure et de haute complexité, il n'est pas déraisonnable de considérer que la référence «POLICE FEDERALE» ne satisfait pas à cette condition.";

Considérant que dans l'exposé de leur branche, les requérantes ne contestent pas l'écartement par la partie adverse de la référence DIGIPOLIS produite en annexe de leur candidature; que la contestation ne porte que sur l'écartement de la référence POLICE FEDERALE; qu'à cet égard, les requérantes ne mettent en cause que le second motif pour lequel la partie adverse n'a pas retenu cette référence; que le premier motif, à savoir le caractère tardif de cette nouvelle référence, est avéré, constitue la principale raison de la décision querellée et la justifie à lui seul; que pour le surplus, en estimant que la référence en question ne permet pas de démontrer l'exécution d'un chantier de complexité comparable à celui du Résidence Palace dans la mesure où il s'agissait d'un contrat-cadre portant sur l'exécution de prestations dans des lieux divers et qui, par conséquent, ne concernait pas strictement un seul chantier, la partie adverse n'a pas méconnu les dispositions visées au moyen; que la seconde branche n'est pas sérieuse;

Considérant qu'il s'ensuit que le moyen unique n'est pas sérieux;

Considérant qu'une des deux conditions requises par l'article 17, § 2, alinéa 1^{er}, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973 n'étant pas remplie, la demande de suspension n'est pas accueillie,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 700 euros, sont mis à la charge des parties requérantes.

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

M. NIHOUL,	Conseiller d'Etat, président f.f.,
M ^{me} LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

K. LAUVAU.

P. NIHOUL.