

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 210.180 du 30 décembre 2010

G./A.198.555/VI-18.930

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

ayant élu domicile chez
Me Frank JUDO, avocat,
boulevard de l'Empereur, n° 3,
1000 Bruxelles,

contre :

la zone de police n° 5343 "Montgomery",

ayant élu domicile chez
Mes Jérôme SOHIER et
Augustin DAOUT, avocats,
avenue Emile de Mot, n° 19,
1000 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 21 décembre 2010 par la société anonyme FABRICOM, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision "en date inconnue (probablement du 12 octobre 2010) par laquelle [la zone de police «Montgomery»] a attribué le marché à un autre soumissionnaire que la requérante", ainsi que "la suspension de la décision du 6 décembre 2010 par laquelle la Zone de police Montgomery a décidé de ne pas retenir la requérante pour le marché et lui a fait part des motifs de non-sélection", décision "communiquée à la requérante par lettre recommandée avec accusé de réception, datée le 6 décembre 2010";

Vu l'ordonnance du 21 décembre 2010, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 28 décembre 2010 à 10 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

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

Entendu, en leurs observations, Me Natasha NOLET de BRAUWERE, loco Me Frank JUDO, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Augustin DAOUT, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. DEROUAUX, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

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

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

1. Le 11 décembre 2008, la partie adverse a fixé les conditions d'un marché relatif à l'acquisition et à la mise en œuvre d'une infrastructure de transmission par ondes hertziennes et de visualisation d'images filmées sur la voie publique au sein de la zone de Police "Montgomery" pour un montant estimé à 470.000 euros (T.V.A. comprise).

2. La Région de Bruxelles-Capitale, exerçant son pouvoir de tutelle, a adopté le 23 janvier 2009 un arrêté suspension de cette décision, motivé comme suit :

" Considérant que la délibération susmentionnée qualifie le présent marché comme un marché public de fournitures; qu'il doit au contraire être qualifié comme un marché de travaux au sens de l'article 5 de la loi susmentionnée du 24 décembre 1993 et de l'annexe I, classe 503.6 de cette loi; que, de plus, suivant les dispositions de l'article 2 de l'arrêté ministériel du 27 septembre 1991 définissant le classement des travaux selon leur nature en catégories et sous-catégories relativement à l'agrément des entrepreneurs, ces travaux relèvent clairement de la sous-catégorie S3; que les règles en matière de tutelle administrative, de publicité, de sélection qualitative, d'agrément et d'exécution sont différentes selon que le marché est qualifié de travaux ou de fournitures".

3. La partie adverse a procédé à la requalification du marché et a fait publier au bulletin des adjudications du 16 juillet 2010 l'avis de marché suivant :

" [...]

II.1) Description :

II.1.1) Intitulé attribué au marché par le pouvoir adjudicateur :

Fourniture, installation, configuration, test, mise en service et maintenance d'un réseau de capture, de transmission par ondes hertziennes et de visualisation d'images filmées sur la voie publique au sein de la zone de police Montgomery.

II.1.2) Type de marché et lieu d'exécution des travaux, de livraison ou de prestation de services :

Travaux. Exécution.

Lieu principal d'exécution : Cellule Télématique.

Code NUTS : BE1 – Région de Bruxelles-Capitale/Hoofdstedelijk Gewest

[...]

II.1.5) Description succincte du marché ou de l'achat (des achats) :

Le marché consiste en un seul lot, divisé en deux parties. La première partie traite de la fourniture, du placement, de la configuration, test, et mise ne service du système souhaité par le pouvoir adjudicateur. La deuxième partie traite de la maintenance de tout le système, dans son entièreté.

L'adjudicataire s'engage à fournir, placer, configurer, tester, mettre en service et entretenir le système souhaité par le pouvoir adjudicateur, aux prix indiqués dans son offre et conformément aux modalités définies dans le cahier spécial des charges. L'installation prête à l'emploi est comprise dans les prix indiqués.

[...]"

Les conditions de participation mentionnent au point III.2.3) les capacités techniques requises :

" III. 2.3) Capacité technique :

Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies :

* La liste des principaux travaux exécutés en Belgique, qui sont pertinents pour le présent marché, et dont il résulte que le soumissionnaire a effectué au moins trois (3) travaux composés des mêmes caractéristiques (CCTV avec transmissions hertziennes avec/ou sans licence et fonctionnalités DPZ) que ceux repris dans son offre, effectués pendant les cinq dernières années, leurs dates et leurs destinataires publics ou privés (art. 19 2° de l'AR du 08/01/1996). Pour chaque installation, reprise, il mentionnera le type d'équipement utilisé, le montant de l'adjudication, la date de mise en service et les données de contact des instances publiques ou privées pour le compte de qui ces marchés ont été exécutés:

1. s'il s'agit de travaux à une autorité publique, ceux-ci sont prouvés par des certificats de bonne exécution établis ou visés par l'autorité compétente. Ceux-ci préciseront s'ils ont été exécutés dans les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin;

2. s'il s'agit de travaux à des personnes privées, les certificats sont établis par l'acheteur; à défaut, une simple déclaration de l'entrepreneur est admise.

* Une preuve de l'agrération pour la catégorie des travaux faisant l'objet de l'entreprise.

Niveau(x) spécifique(s) minimal(aux) : Agrération requise: S3 (Equipements de transmission de radio et de télévision, radar et antennes), classe 5".

Ces exigences figurent dans le cahier spécial des charges n° 2010-152 au point 1.17.3.

Le point IV.2) de l'avis de marché mentionne comme critères d'attribution :

- " IV.2.1) Critères d'attribution : Offre économiquement la plus avantageuse appréciée en fonction des critères énoncés ci-dessous :
- 1 - Montant total de l'offre - Pondération : 30
 - 2 - La qualité technique de l'infrastructure - Pondération : 50
 - 3 - L'implantation et suggestions de placement de l'infrastructure - Pondération : 20".

Le point IV.3. 4) indique comme date limite de réception des offres ou des demandes de participation le 20 août 2010 à 11 heures.

4. Le 20 août 2010, la requérante a déposé une offre mentionnant cinq clients chez lesquels elle a procédé à l'installation de systèmes de vidéosurveillance sans fil :

- la ville de Nivelles
- la zone de police "Vesdre"
- la zone de police "Midi"
- la commune de Koekelberg
- la ville de Spa.

La requérante a joint à son offre cinq fiches établies par ses soins et concernant les clients cités ci-dessus ainsi que sept attestations/certificats émis par les autorités publiques pour lesquelles elle a effectué des travaux d'installation de caméras de surveillance.

5. Le 24 août 2010, la partie adverse a demandé à la requérante, par courrier recommandé, des références supplémentaires, dans les termes suivants :

" [...],

Le 20 août 2010, vous avez introduit une offre auprès de la zone de police Montgomery pour le marché public susmentionné.

Par la présente, nous vous invitons, sous peine de nullité, à nous faire parvenir dans les plus brefs délais et au plus tard dans les 12 jours de calendrier après la date d'envoi de la présente lettre, les documents suivants :

[...]

- La liste des principaux travaux exécutés en Belgique, qui sont pertinents pour le présent marché, et dont il résulte que le soumissionnaire a effectué au moins trois (3) travaux composés des mêmes caractéristiques (CCTV avec transmissions hertziennes avec/ou sans licence et fonctionnalités DPZ) que ceux repris dans son offre, effectués pendant les cinq dernières années, leurs dates et leurs destinataires publics ou privés (art. 19 2° de l'AR du 08/01/1996). Pour chaque installation, reprise, il mentionnera le type d'équipement utilisé, le montant de l'adjudication, la

date de mise en service et les données de contact des instances publiques ou privées pour le compte de qui ces marchés ont été exécutés :

1. s'il s'agit de travaux à une autorité publique, ceux-ci sont prouvés par des certificats de bonne exécution établis ou visés par l'autorité compétente. Ceux-ci préciseront s'ils ont été exécutés dans les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin;
2. s'il s'agit de travaux à des personnes privées, les certificats sont établis par l'acheteur; à défaut, une simple déclaration de l'entrepreneur est admise.

Les documents fournis ne correspondent pas aux exigences du point 1.17.3 du Csch et sont incomplets.

[...]".

6. Au début du mois de septembre 2010, la requérante a transmis à la zone de police "Montgomery" deux attestations supplémentaires, l'une concernant le marché exécuté pour l'administration communale de Koekelberg, l'autre concernant le marché exécuté pour la zone de police "Vesdre".

7. Le 12 octobre 2010, la partie adverse a attribué le marché à la société anonyme TEIN TELECOM pour un montant d'offre contrôlé de 925.508,43 euros.

Il s'agit de la première décision attaquée.

8. Par un courrier recommandé du 6 décembre 2010, reçu par la requérante le 7 décembre 2010, la partie adverse lui a fait savoir que le marché avait été attribué à un autre soumissionnaire le 12 octobre 2010 et lui a fait parvenir les motifs de sa non-sélection.

Ces motifs sont tirés du rapport d'examen des offres, que la partie adverse a, dans l'article 1^{er} de sa décision du 12 octobre 2010, déclaré partie intégrante de celle-ci.

Ils sont les suivants :

- " - La société FABRICOM ne remet pas une liste de travaux effectués en Belgique durant les 5 dernières années qui sont pertinents pour le présent marché.

Une liste des principaux travaux (4) effectués se trouve jointe, accompagnée de certificats de bonne exécution. De l'analyse de ceux-ci, il ressort que deux (2) certificats répondent aux exigences demandées à savoir celui de la zone de police MIDI et celui de l'administration communale de Koekelberg. Les deux autres certificats établis au nom de la zone de police de VESDRE et de l'administration communale de Nivelles ne sont pas signés et certifiés «exact et véritable» par les maîtres d'ouvrages. De plus le document relatif à la police de VESDRE ne mentionne pas l'année d'exécution et le document (liste) joint comporte une surcharge écrite au niveau du montant du projet afin de le faire correspondre à celui repris sur le document de bonne exécution. Il est à noter que lors de l'analyse des premiers documents remis dans l'offre, il est ressorti qu'il n'y avait pas de

certificat de bonne exécution pour ce qui concerne le projet de la ZP VESDRE, que le montant mentionné est de € 361.625,18, alors que dans les documents remis en compléments ce montant passe à € 431.625,18. Ceci montre un manque total de rigueur dans la gestion de ce dossier.

Conformément à l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, nous vous informons que vous pouvez introduire un recours en annulation contre cette décision auprès du Conseil d'Etat. Ce recours doit être introduit sous peine d'irrecevabilité dans les 60 jours après la présente notification. [...]"

Il s'agit de la seconde décision attaquée.

9. Le même jour, soit le 6 décembre 2010, la décision d'attribution du marché a été notifiée à la S.A. TEIN TELECOM et le 7 décembre 2010, le bon de commande n° 773-2010 lui a été adressé.

10. En date du 16 décembre 2010, la requérante a interrogé la partie adverse par l'intermédiaire de son conseil sur l'application des obligations de standstill.

Dès le lendemain, la partie adverse a répondu à ce courrier, lequel pourrait n'être pas parvenu au conseil de la requérante au moment de l'introduction du présent recours, en précisant :

" [...]"

Vous attirez notre attention sur le fait que le courrier ne mentionne pas explicitement les obligations de «standstill» qui pèsent sur les pouvoirs adjudicateurs, en l'occurrence les zones de police.

En application de l'art. 65/30 de la loi du 28/12/2009, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu d'appliquer un délai d'attente avant de conclure le marché. En effet, dans le cadre de la présente procédure, qui est un marché de travaux, nous nous trouvons en dehors du cadre prévu par cet article à savoir, un montant attribué se situant entre le montant du seuil européen et la moitié de ce dernier [...]"

11. Par un courrier adressé à la partie adverse le 22 décembre 2010, l'organisme bancaire BNP PARIBAS FORTIS lui a confirmé le cautionnement effectué par la S.A. TEIN TELECOM conformément aux termes du marché;

Considérant, quant à la qualité de la requérante, que la partie adverse fait observer que la décision d'introduire le présent recours a été signée par deux administrateurs sur quatre présents lors de la réunion du conseil d'administration, ce qui rend cette décision sujette à caution quant au quorum;

Considérant que selon l'article 22 des statuts de la requérante, joints par celle-ci aux pièces de la procédure, la société est représentée dans les actes, y compris ceux où intervient un fonctionnaire public ou un officier ministériel et en justice, par

deux administrateurs agissant conjointement; que, comportant la signature de deux administrateurs, la décision d'introduire la requête paraît bien avoir été prise par deux personnes ayant qualité pour agir; qu'elle paraît recevable à cet égard;

Considérant, quant à l'intérêt de la requérante, que la partie adverse fait valoir que le marché a pour objet l'attribution d'un marché de travaux, qu'en application de l'article 65/12 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il peut être conclu sans respecter le principe du délai d'attente prévu à l'article 65/11 de la même loi lorsqu'aucune publicité européenne préalable n'est obligatoire, que tel est bien le cas en l'espèce, que le marché ayant été conclu à la suite de la notification du 6 décembre 2010 à l'adjudicataire TEIN TELECOM, le recours en suspension de la décision d'attribution ne peut plus remplir sa fonction "préventive", que l'article 65/13 de la loi du 24 décembre 1993 précitée ne trouvant pas à s'appliquer au présent recours pour les mêmes raisons dans les circonstances de l'espèce, seul le recours en déclaration d'absence d'effets prévu à l'article 65/17 de la même loi pourrait être intenté et que, dans ces conditions, il convient d'admettre que la requérante ne dispose pas de l'intérêt requis au recours;

Considérant que le marché, qui peut être considéré, *prima facie*, comme un marché de travaux pour les motifs mentionnés par la partie adverse dans ses observations sur le moyen unique soulevé par la requérante, et dont le montant estimé est inférieur au seuil européen, a pu être conclu sans que doive être respecté le délai de standstill prévu à l'article 65/11 de la loi du 24 décembre 1993; qu'il ressort par ailleurs de l'article 65/30, alinéa 3, de la même loi, inclut dans le titre 3 "Marchés n'atteignant pas les seuils européens", que "Une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours pour violation du droit communautaire en matière de marchés publics, de la loi ou de ses arrêtés d'exécution"; que l'application de cette disposition pourrait priver la requérante de tout intérêt au présent recours; qu'il n'apparaît toutefois pas indiqué de conclure d'emblée, sur le seul fondement de cette disposition, à l'irrecevabilité de la requête; qu'en effet, l'instance de recours visée par l'article 65/30, alinéa 3, de la loi du 24 décembre 1993, n'est pas précisée par la loi elle-même; qu'il ressort du Rapport fait au nom de la Commission des Finances et du Budget de la Chambre des représentants qu'il ne peut s'agir que du juge judiciaire (Doc. Parl. Ch., sess. 2009-2010, n° 52 2276/003, p. 8); qu'il n'est pas certain que le législateur ait entendu lier la recevabilité d'un recours en référé administratif dans le domaine des marchés publics à une limitation apportée à la compétence de l'instance judiciaire de recours dans le même domaine; que *prima facie*, l'exception d'irrecevabilité soulevée par la partie adverse ne peut être accueillie;

Considérant, quant au recours à la procédure d'extrême urgence, que les motifs de la décision de non-sélection de la requérante lui ont été notifiés le 6 décembre 2010; que la requête a été introduite par envoi recommandé et par télécopie le 21 décembre 2010, soit dans le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993, rendu applicable à l'espèce par l'article 65/33 de cette même loi; que, partant, elle est recevable ratione temporis; qu'il peut être admis qu'ainsi, l'extrême urgence est suffisamment établie;

Considérant que la requérante prend un moyen unique "de la violation des articles 41 § 2 et 48 § 2 a i) de la directive 2004/18/CE [du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services], des articles 65/4, 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 [précitée], de l'article 19, 2° de l'A.R. du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, des règles européennes en matière de publicité des marchés et de l'A.R. du 8 janvier 1996, du principe de motivation, du principe de proportionnalité ainsi que des principes généraux de bonne administration"; qu'elle fait valoir que, par la seconde décision attaquée, la partie adverse ne l'a pas sélectionnée au motif qu'elle ne faisait pas état de suffisamment de références valables relatives à des travaux effectués durant les cinq dernières années alors qu'une décision de non-sélection doit reposer sur des motifs valables en fait et en droit; qu'elle soutient encore que "le marché viole les règles européennes en matière de publicité" et qu'il a été "erronément qualifié de «marché de travaux» pour échapper aux règles relatives à la publicité européenne"; que le 20 août 2010, elle a introduit une offre mentionnant cinq clients chez lesquels elle a installé un système de vidéosurveillance sans fil, à savoir : la ville de Nivelles, la zone de police "Vesdre", la zone de police "Midi", l'administration communale de Koekelberg et la ville de Spa; qu'elle a joint également sept attestations établies par la ville de Spa, la ville de Nivelles et la zone de police "Midi", que l'attestation remise par la ville de Spa concerne des travaux effectués en 2006, "Installation d'un réseau de caméras de surveillance", que l'attestation est certifiée "exact[e] et véritable", cachetée et signée par le directeur des travaux, Jean-Luc RULE, que l'attestation remise par la ville de Nivelles concerne des travaux d'installation de caméras de surveillance, phase I et phase II, que l'attestation est certifiée "exact[e] et véritable" comme en atteste le cachet, la date et la signature de J.P. VAN STALLE, que les attestations remises par la zone de police "Midi" concernent pas moins de cinq marchés effectués au profit de cette zone de police, à savoir, en 2007 l'installation de caméras de surveillance autour de la gare du midi à Bruxelles, en 2006 l'intégration de système de gestion D.P.Z., l'acquisition et le placement de deux boîtiers et un système pour le système de visualisation des caméras du D.P.Z. du commissariat rue Démosthène, l'installation de fibres optiques entre les commissariats de St-Gilles et d'un système d'enregistrement des nouvelles caméras,

en 2005 l'installation d'un système d'enregistrement des caméras pour le D.P.Z., que toutes ces attestations sont certifiées "exact[es] et véritables", datées, signées et cachetées par le chef de corps de la zone de police "Midi", à l'exception de l'attestation signée par l'inspecteur principal, qu'à ce stade, elle avait déjà rempli l'obligation qui lui était imposée par l'annexe n° 6 du cahier spécial des charges de présenter au moins trois travaux composés des mêmes caractéristiques que ceux repris dans l'offre, que l'article 19, 2°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité, précise que la capacité technique de l'entrepreneur peut être justifiée par une "liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années", que l'article 48, § 2, a i) de la directive 2004/18/CE énonce, dans le même sens :

- " Les capacités techniques des opérateurs économiques peuvent être justifiées d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance, et l'utilisation des travaux, des fournitures ou des services :
 - a) i) la présentation de la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, cette liste étant appuyée de certificats de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces certificats indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin; le cas échéant, ces certificats sont transmis directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente";

qu'elle affirme que, le 24 août 2010, la partie adverse lui a fait savoir par courrier que les documents suivants étaient manquants :

- " La liste des principaux travaux exécutés en Belgique, qui sont pertinents pour le présent marché, et dont il résulte que le soumissionnaire a effectué au moins trois (3) travaux composés des mêmes caractéristiques (CCTV avec transmissions hertziennes avec/ou sans licence et fonctionnalités DPZ) que ceux repris dans son offre, effectués pendant les cinq dernières années, leurs dates et leurs destinataires publics ou privés (art. 19 2° de l'AR du 08/01/1996). Pour chaque installation, reprise, il mentionnera le type d'équipement utilisé, le montant de l'adjudication, la date de mise en service et les données de contact des instances publiques ou privées pour le compte de qui ces marchés ont été exécutés :
 - 1. s'il s'agit de travaux à une autorité publique, ceux-ci sont prouvés par des certificats de bonne exécution établis ou visés par l'autorité compétente. Ceux-ci préciseront s'ils ont été exécutés dans les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin;
 - 2. s'il s'agit de travaux à des personnes privées, les certificats sont établis par l'acheteur; à défaut, une simple déclaration de l'entrepreneur est admise",

que, dans ce courrier, la partie adverse n'a pas indiqué en quoi les attestations délivrées n'étaient pas suffisantes, alors que la requérante avait déjà introduit par son offre du 20 août 2010 au moins trois références valables, qu'elle a fait alors parvenir, au début du mois de septembre 2010, deux attestations supplémentaires, l'une concernant le marché exécuté pour l'administration communale de Koekelberg, l'autre concernant le marché exécuté pour la zone de police "Vesdre", que l'attestation originale et signée de la commune de Koekelberg a été envoyée à la partie adverse,

que, dans sa décision du 6 décembre 2010, la partie adverse a fait part à la requérante de sa non-sélection pour le marché postulé au motif qu'elle n'aurait pas remis une liste des travaux effectués en Belgique durant les cinq dernières années, que la partie adverse souligne que deux certificats seulement répondaient aux exigences demandées, à savoir celui de la zone de police "Midi" et celui de l'administration communale de Koekelberg, que cette justification ne saurait convaincre, que le pouvoir adjudicateur semble oublier que des certificats ont aussi été déposés pour la ville de Nivelles et de Spa, ainsi que pour la zone de police "Vesdre", que les deux certificats établis au nom de la zone de police "Vesdre" et de l'administration communale de Nivelles ne seraient pas signés et certifiés "exact et véritable", que la justification invoquée est inexacte en fait, que l'attestation remise par la ville de Nivelles a bel et bien été signée et qu'il peut être admis que l'attestation délivrée par la zone de police "Vesdre" n'a pas été signée, ce qui n'a qu'une importance relative, la requérante ayant déjà transmis plus de trois marchés de travaux et leurs attestations conformes, qu'elle répondait donc parfaitement au prescrit de l'article 19, 2° de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, que la partie adverse soutient que le document relatif à la zone de police "Vesdre" ne mentionne pas l'année d'exécution et que le document joint comporte une surcharge écrite sur le plan du montant du projet visant à le faire correspondre à celui mentionné sur le document de bonne exécution, ce qui montrerait un manque total de rigueur dans la gestion de ce dossier, que cette remarque concerne en réalité une simple erreur matérielle, corrigée manuellement dans l'offre, que la requérante n'avait aucunement l'intention de modifier un montant de son offre pour le faire correspondre à celui du document de bonne exécution, que l'offre mentionnait le chiffre 361.625,18 euros, que le certificat mentionnait 461.625,18 euros, qu'il s'agit d'une "erreur de frappe", ensuite corrigée manuellement, qu'elle n'a procédé qu'à la correction de sa propre offre et non du certificat établi par la zone de police "Vesdre", que la partie adverse ne se prononce pas sur le certificat de bonne exécution délivré par la ville de Spa alors que ce certificat est conforme, daté, signé, certifié "exact et véritable" et cacheté et qu'ainsi, elle a introduit au moins quatre références valables pour des marchés de travaux exécutés au cours de ces cinq dernières années; qu'elle affirme encore que la partie adverse ne saurait se fonder sur d'autres éléments non invoqués dans sa décision, que l'obligation de motivation formelle requiert que les motifs de la décision se retrouvent dans la décision elle-même, telle que communiquée à l'intéressée, que seule compte la motivation telle qu'elle figure dans le courrier du 6 décembre 2010 dès lors qu'aucun autre motif ne fut communiqué à la requérante; qu'à titre subsidiaire, la requérante fait valoir encore que les marchés de travaux atteignant le seuil fixé par l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, en l'occurrence 4.845.000 euros, sont soumis aux règles de publicité européenne, que son offre s'élève à 798.000 euros, montant inférieur au seuil requis, que cependant, il est curieux de constater qu'un marché intitulé "Fourniture, installation, configuration, test, mise en service et maintenance d'un réseau de capture, de transmission par ondes

hertziennes et de visualisation d'images filmées sur la voie publique au sein de la zone de police Montgomery" soit classé parmi les marchés de travaux, que l'article 1^{er} de la directive 2004/18/CE précitée définit le marché de travaux comme suit :

" Les «marchés publics de travaux» sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Un «ouvrage» est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique",

qu'il est permis de douter que la fourniture, l'installation et la maintenance d'un réseau de vidéo-caméras de surveillance puisse être considéré comme l'exécution, la conception ou la réalisation d'un ouvrage au sens de la directive précitée, que l'avis de marché classe le marché (point II.1.6) parmi les "travaux d'installation de systèmes d'alarme et antennes", que le code C.P.V. est 45.31.2000 qui renvoie à l'annexe I de la loi sur les marchés publics, que le code 45.31 renvoie aux "travaux d'installations électriques", que cette classe comprend l'installation dans des bâtiments ou d'autres projets de constructions des éléments suivants :

- câbles et appareils électriques,
- système de télécommunication,
- installations de chauffages électriques,
- antennes d'immeubles,
- systèmes d'alarme incendie,
- système d'alarme contre les effractions,
- ascenseurs et escaliers mécaniques, paratonnerres etc.,

qu'en aucun cas, l'installation et la fourniture d'un réseau de capture, de transmission par ondes hertziennes et de visualisation d'images filmées sur la voie publique ne tombe dans cette catégorie de travaux, qu'au contraire, d'après la définition des "fournitures" donnée par la directive, ce type de marché s'apparente à "un marché public ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation", que le marché pourrait être considéré comme un marché de services si le marché a pour objet à la fois des produits et des services et si la valeur des services en question dépassait celle des produits incorporés dans le marché, les marchés de fournitures et de services étant soumis aux règles de publicité européenne, lorsque leur montant dépasse 193.000 euros, que l'offre introduite par la requérante s'élève à 798.000 euros, que l'on peut raisonnablement supposer que les autres offres soumises avoisinent ce montant, qu'en tout état de cause, ce marché ne peut être considéré comme un marché de "travaux d'installations de systèmes d'alarmes et d'antennes" mentionné sous le code 45.31, que ce code ne concerne que les travaux limitativement énumérés qui doivent être réalisés dans le cadre de l'installation dans

des bâtiments ou d'autres projets de construction alors que l'installation de vidéo-caméras de surveillance sur la voie publique ne tombe pas dans cette catégorie, que le marché en cause est très probablement un marché de fournitures dépassant le seuil européen et devant faire l'objet d'une publicité, qu'en pareil cas, le pouvoir adjudicateur doit respecter les articles 65/3 à 65/27 de la loi du 24 décembre 1993 et en particulier la clause de "stand still" visée à l'article 65/11 et que la décision attaquée viole cette disposition;

Considérant que, dans sa note d'observations, la partie adverse soutient qu'en ce qui concerne l'examen des "listes des références et certificats de bonne exécution", l'offre de la requérante comprend, d'une part, des attestations rédigées par la requérante elle-même procédant à la description unilatérale de travaux réalisés à la zone de police "Midi", à l'administration communale de Koekelberg, à la zone de police "Vesdre", à la ville de Spa et à la ville de Nivelles, que les budgets de ces travaux y sont mentionnés de façon approximative et qu'il n'y est fait référence qu'à des périodes annuelles afin de dater les travaux, qu'aucune de ces attestations n'est signée ou paraphée par un représentant de l'autorité publique concernée, que la partie adverse explique que l'offre de la requérante comprend, d'autre part, des attestations conformes aux formulaires 4 bis, théoriquement signées par le représentant compétent de l'autorité publique concernée, mais que celles-ci ont appelé une série d'observations; qu'ainsi :

- le formulaire concernant la ville de Spa, lequel n'est pas signé, ne contient aucune date précise des travaux réalisés, fait référence à la société SICOM INTERNATIONAL S.A. et ne contient aucune mention relative à la catégorie des travaux litigieux; ce formulaire n'est pas signé par Jean-Luc RULE puisque l'analyse du document révèle la présence d'un cachet de l'administration communale de Spa, celui de Jean-Luc RULE, mais aucune signature manuscrite;
- le formulaire concernant la ville de Nivelles, lequel ne contient aucune date précise, fait référence à la société SICOM INTERNATIONAL S.A. et ne contient aucune mention du numéro du cahier spécial des charges afférent aux travaux dont question; l'attestation unilatérale rédigée par la requérante fait état d'un montant de 143.894 euros, alors que le formulaire mentionne un montant de 144.344 euros;
- concernant les cinq formulaires relatif la zone de police "Midi", le premier n'est pas signé à l'endroit adéquat, ne contient aucune date précise des travaux réalisés, fait référence à la société SICOM INTERNATIONAL S.A. et ne contient aucune mention du numéro du cahier spécial des charges afférent aux travaux dont question, ni la catégorie des travaux litigieux; les quatre autres ne contiennent aucune date précise des travaux réalisés, font référence à la société SICOM

INTERNATIONAL S.A. et ne contiennent aucune mention du numéro du cahier spécial des charges afférent aux travaux dont question;

qu'il est donc inexact de soutenir qu'à ce stade, la requérante avait déjà rempli les obligations qui lui étaient imposées par l'annexe 6 du cahier spécial des charges, qu'en date du 3 septembre 2010, la requérante a transmis les documents suivants :

- une attestation (formulaire 4 bis) établie au nom de Fabricom (Ex. Sicom International) pour les années 2007, 2008, 2009 sans autres précisions, pour un montant de 1.096.047 euros, sans mentionner le numéro du cahier spécial des charges auquel lesdits travaux se rapportent, signée par un représentant de la zone de police "Midi";
- une déclaration unilatérale rédigée par la requérante, non signée, relative à des travaux réalisés au profit de la zone de police "Midi" durant les années 2007, 2008 et 2009 pour un montant de +/- 1.000.000 euros. Des incertitudes subsistent, dès lors qu'à l'appui de son offre, la requérante fournissait cinq certificats de bonne exécution concernant la zone de police "Midi" pour les années notamment 2005 et 2006. La mention des périodes de travaux n'est donc pas cohérente;
- une attestation (formulaire 4 bis) établie au nom de Fabricom (Ex. Sicom International), sans aucune mention de date de travaux, ni précision quant au numéro du cahier spécial des charges, pour un montant de 398.043 euros, signée par un représentant de la commune de Koekelberg;
- une déclaration unilatérale rédigée par la requérante signée par un représentant de la commune de Koekelberg, relative à des travaux réalisés durant les années 2005, 2006, 2007, 2008 pour un montant de +/- 350.000 euros;
- une attestation (formulaire 4 bis) établie au nom de Fabricom (Ex. Sicom International) ne contenant aucune signature, pour un montant de 461.625,18 euros relative à des travaux réalisés au profit de la zone de police "Vesdre", le document ne contenant aucune mention d'un cahier spécial des charges ni même la catégorie des travaux litigieux;
- une déclaration unilatérale rédigée par la requérante portant sur des travaux réalisés au profit de la zone de police "Vesdre", non signée portant sur un montant de 361.625,18 euros, raturé à 461.625,18 euros, les travaux étant datés sans autre précision : 2006, 2007, 2008;
- une attestation (formulaire 4 bis) établie au nom de Fabricom (Ex. Sicom International) ne contenant aucune signature, pour un montant de 143.894 euros, relative à des travaux réalisés au profit de l'administration communale de la ville de Nivelles, le document ne contenant aucune mention d'un cahier spécial des charges mais bien une catégorie d'agrément pour ces travaux;

- une déclaration unilatérale rédigée par la requérante portant sur des travaux réalisés au profit de l'administration communale de la ville de Nivelles, non signée, portant sur un montant de 143.894 euros, pour la période 2005;

que la partie adverse conclut de l'ensemble de ces éléments qu'elle a estimé à juste titre que seuls les documents concernant la zone de police "Midi" et la commune de Koekelberg étaient valables; qu'à titre subsidiaire, la partie adverse fait valoir que l'article 5 de la loi du 24 décembre 1993 précise que :

- " [...] on entend par marché public de travaux : le contrat à titre onéreux conclu entre un entrepreneur et un pouvoir adjudicateur et ayant pour objet :
- soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception de travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe 1 de la loi ou d'un ouvrage.
 - soit de faire réaliser par quelque moyen que ce soit un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. [...]"

que l'annexe I de la loi du 24 décembre 1993 comprend le code 45.31.2000 décrit comme suit:

- " cette classe comprend l'installation, dans des bâtiments ou d'autres projets de construction des éléments suivants :
- câbles et appareils électriques;
 - système de télécommunication;
 - installations de chauffage électriques;
 - antennes d'immeubles;
 - système d'alarme incendie;
 - système d'alarme contre les effractions;
 - ascenseurs et escaliers mécaniques paratonnerres;"

qu'en l'espèce, la description de l'objet du marché figurant aux pages 7 et 8 du cahier spécial des charges permet d'affirmer qu'il s'agit bien ici de l'installation d'appareils électriques doublés d'un système de télécommunication, que ce marché doit dès lors être qualifié de marché de travaux et que cette interprétation est celle de l'autorité de tutelle régionale qui a été imposée à la partie adverse au terme de son arrêté de suspension adopté le 23 janvier 2009;

Considérant que l'avis de marché détermine au point III.2.3) les capacités techniques requises, étant la liste des principaux travaux exécutés en Belgique, qui sont pertinents pour le présent marché, et dont il résulte que le soumissionnaire a effectué au moins trois travaux composés des mêmes caractéristiques (C.C.T.V. avec transmissions hertziennes avec/ou sans licence et fonctionnalités D.P.Z.) que ceux repris dans son offre, effectués pendant les cinq dernières années, leurs dates et leurs destinataires publics ou privés, avec, pour chaque installation, la mention du type d'équipement utilisé, le montant de l'adjudication, la date de mise en service, les données de contact des instances publiques ou privées pour le compte de qui ces marchés ont été exécutés et, s'il s'agit de travaux réalisés pour une autorité publique, ceux-ci sont prouvés par des certificats de bonne exécution, établis ou visés par

l'autorité compétente, qui préciseront s'ils ont été exécutés dans les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin;

Considérant que, par son courrier recommandé du 6 décembre 2010, la partie adverse admet que deux certificats transmis par la requérante répondent aux exigences demandées, à savoir celui de la zone de police "Midi" et celui de l'administration communale de Koekelberg; qu'il suffisait donc que la requérante eût apporté une troisième référence conformément au point III.2.3) de l'avis de marché pour satisfaire à l'exigence de sélection qualitative;

Considérant que la requérante a joint aux pièces de la procédure, entre autres, la copie de l'attestation de la ville de Nivelles faisant apparaître un certificat daté du 14 mars 2007, signé par J.P. VAN STALLE; qu'elle y fait figurer en outre un certificat de la ville de Spa, daté du 19 mars 2007, portant la cachet de Jean-Luc RULE, directeur des travaux; que la partie adverse ne peut être suivie en ce qu'elle soutient que le formulaire concernant la ville de Spa n'est pas signé, ne contient aucune date précise des travaux réalisés et fait référence à la société anonyme SICOM INTERNATIONAL; que l'analyse du document révèle la présence d'un cachet de l'administration communale de Spa, celui de Jean-Luc RULE; que la signature manuscrite ne paraît pas prescrite à peine de nullité; que le certificat de la commune de Koekelberg, reconnu comme valable par la partie adverse, fait apparaître la S.A. FABRICOM comme "ex SICOM INTERNATIONAL"; qu'il apparaît ainsi que la requérante pouvait se prévaloir d'au moins trois références utiles, qu'en soutenant le contraire dans la deuxième décision attaquée, la partie adverse paraît avoir commis une erreur de droit et de fait ; que le moyen est sérieux; que l'irrégularité apparente de la décision par laquelle la partie adverse a décidé que l'offre de la requérante ne répondait pas aux conditions de la sélection qualitative suffit à établir l'irrégularité apparente de la décision par laquelle la partie adverse a, le 12 octobre 2010, attribué le marché à la S.A. TEIN TELECOM, décision que la requérante a veillé à attaquer;

Considérant, quant à la balance des intérêts, que la requérante soutient qu'en application de l'article 65/15 de la loi du 24 décembre 1993, elle n'a pas à apporter la preuve d'un préjudice grave difficilement réparable; qu'elle fait valoir cependant, à titre subsidiaire, qu'elle est préjudiciée par la décision attaquée, qu'elle risque de perdre un marché public, ce qui est à considérer ipso facto comme un préjudice difficilement réparable, qu'il s'agit d'un marché de référence important, qu'elle est spécialisée dans l'installation de caméras de surveillance et l'installation de réseaux de surveillance en général ainsi que dans leur maintenance, que l'obtention du marché aurait accru sa crédibilité auprès des autorités publiques lors de marchés futurs similaires, ce d'autant plus que le pouvoir adjudicateur est une zone de police concernant non moins de trois communes comptant parmi les plus étendues de

l'agglomération bruxelloise et qu'elle poursuit de préférence une réparation en nature plutôt qu'une simple réparation au moyen d'une indemnisation;

Considérant que, dans sa note d'observations, la partie adverse affirme que, dans le cadre de l'examen de la balance des intérêts, il convient de prendre notamment en considération le fait que, comme cela été exposé dans la décision du collège de la zone de police du 12 octobre 2010 attaquée, "le crédit permettant cette dépense est inscrit au budget extraordinaire de l'exercice 2010 article 3366/724-60 pour ce qui concerne la partie prise en charge par la zone de police Montgomery (Backbone et Dpz)", en sorte que le marché doit nécessairement être passé avant le 31 décembre 2010 pour pouvoir être imputé sur le budget 2010;

Considérant qu'il n'apparaît pas que l'argument budgétaire de la partie adverse doive prévaloir sur celui de la légalité de la procédure d'attribution du marché public ni que les conséquences négatives de la suspension l'emportent sur ses avantages,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision du 12 octobre 2010 par laquelle le collège de la zone de police "Montgomery" a écarté l'offre de la société FABRICOM sur base de la sélection qualitative et a attribué le marché portant sur la fourniture, l'installation, la configuration, le test, la mise en service et la maintenance d'un réseau de capture, de transmission par ondes hertziennes et de visualisation d'images filmées sur la voie publique au sein de la zone de police "Montgomery" à la société TEIN TELECOM pour un montant d'offre contrôlé de 925.508,43 euros.

Article 2.

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 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le trente décembre deux mille dix par :

MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Paul LEWALLE.