CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 210.655 du 24 janvier 2011

G./A.198.668/VI-18.944

En cause : **la société anonyme CONSTRUCT TIME,**

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Virginie DOR, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles,

contre :

1. **la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale de distribution d'électricité et de gaz,** en abrégé IDEG,
2. **la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale d'Electricité du Hainaut,** en abrégé I.E.H.,
3. **la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale de Gaz du Hainaut,** en abrégé I.G.H.,
4. **la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale de l'Electricité et de Gaz des régions de l'Est**, en abrégé INTEREST,
5. **la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale pour la distribution d'Energie dans la province de Luxembourg,** en abrégé INTERLUX,
6. **la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale mixte d'Electricité et de Gaz,** en abrégé INTERMOSANE,
7. **la société coopérative à responsabilité limitée SEDILEC,**
8. **la société coopérative à responsabilité limitée Intercommunale pour la distribution du Gaz et de l'Electricité dans la région de Mouscron,** en abrégé SIMOGEL,
9. **la société coopérative à responsabilité limitée Opérateur des Réseaux Gaz et Electricité,** en abrégé ORES,

ayant élu domicile chez
Me Eric MARON, avocat,
chaussée de Charleroi, n° 138/5,
1060 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 30 décembre 2010 par la société anonyme CONSTRUCT TIME, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de :

" la décision du conseil d'administration de l'intercommunale IDEG du 24 novembre 2010;
la décision du conseil d'administration de l'intercommunale SIMOGEL du 18 novembre 2010;
la décision du conseil d'administration de l'intercommunale INTEREST du 30 novembre 2010;
la décision du conseil d'administration de l'intercommunale INTERLUX du 22 novembre 2010;
la décision du conseil d'administration de l'intercommunale SEDILEC du 25 novembre 2010;
la décision du conseil d'administration de l'intercommunale IEH du 22 novembre 2010;
la décision du conseil d'administration de l'intercommunale IGH du 25 novembre 2010;
la décision du conseil d'administration de l'intercommunale INTERMOSANE de date inconnue;

de ne pas sélectionner la s.a. CONSTRUCT TIME pour le marché de travaux de raccordements (nouveaux et renouvellements) et travaux sur compteurs/branchements (remplacement de compteur, pose de compteurs à prépaiement) sur les réseaux existants d'électricité et de gaz dans les provinces wallonnes - lot 5 Intitulé E1 « Marché de compteurs et branchements BT dans la Région de Namur » […] décisions […] notifiées à la requérante par un courriel électronique daté du 28 décembre 2010;

l'éventuelle décision, de date inconnue, d'attribuer ce marché à un concurrent de CONSTRUCT TIME";

Vu l'ordonnance du 5 janvier 2011, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 21 janvier 2011 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, Mes Virginie DOR et Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Me Eric MARON, 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. Dans le courant de l'année 2008, la requérante a été déclarée adjudicataire d'un marché public portant les références CPTNA11164 passé par les parties adverses et portant sur des travaux de pose et/ou de remplacement de compteurs à prépaiement et de récepteurs de télécommande des comptages électriques de la clientèle résidentielle dans la région de Namur.

Avec l'accord des parties, le contrat a été prolongé jusqu'au 30 juin 2011, en raison du retard pris dans la procédure de passation du marché dont l'attribution fait l'objet de la requête.

2. Par des avis publiés le 14 juillet 2010 au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications, les parties adverses ont lancé une procédure de passation d'un accord-cadre relatif aux travaux de raccordements, et travaux sur compteurs et branchements sur les réseaux existants d'électricité et de gaz dans les provinces wallonnes.

Le marché comporte trente-deux lots, pour un montant estimé de 26.260.000,00 euros.

Le délai d'exécution s'étend du 1er juillet 2011 au 30 juin 2012.

Le marché a été lancé selon la procédure négociée avec publicité.

Celle-ci se déroule en deux phases, la première portant sur la sélection des candidats en fonction des critères fixés dans les avis de marché, la seconde portant sur l'attribution du marché, selon un cahier spécial des charges et après comparaison des offres remises par les candidats sélectionnés.

L'avis de marché comprend la mention suivante au point VI.3) 8 :

" 8. Ne seront prises en compte dans le cadre de la sélection, que les entreprises qui ont obtenu au moins 65 % des points et n'ont pas reçu deux PV de carence dans le cadre de la procédure des non-conformités pour le contrat établi pour la région et le domaine concernés. Il s'agit des contrats en cours à la date du présent avis ou clôturés depuis moins de 24 mois par rapport à cette même date. […]".

3. La requérante a déposé sa candidature pour les lots 1 à 5. Tous ces lots concernent des travaux sur les compteurs et branchements BT, mais diffèrent en fonction de la région concernée.

4. Le 28 octobre 2010, le pouvoir adjudicateur a adressé à la requérante la version révisée au 1er octobre 2010 du cahier des charges CCA3 qui paraît régir le contrat en cours.

Il y est, notamment, confirmé que :

" La cote de départ de chaque contrat est de 100 points. Cette valeur prend effet à la notification du contrat.
Chaque procès-verbal de non-conformité confirmé diminue cette cote de 5 points.
Chaque procès-verbal de carence confirmé diminue cette cote de 20 points.
Lorsque l'entrepreneur est en dessous des 65 points, il est considéré comme ne remplissant pas ses obligations en matière d'exécution, un constat de défaut d'exécution pourra être rédigé et le Pouvoir Adjudicateur se réserve le droit d'appliquer les mesures d'office prévues par la loi. Ces mesures peuvent notamment consister en la résiliation unilatérale du contrat".

Il est également mentionné dans ce cahier spécial des charges que :

" Ne seront prises en compte dans le cadre de la sélection des candidats des prochains marchés, que les entreprises qui ont obtenu au moins 65 points dans le cadre de la présente procédure pour les contrats établis dans la région et le domaine concernés. Les points seront calculés en tenant compte uniquement des non conformités avérées dans les 24 mois précédents la date de réception des candidatures pour les contrats en cours ou clôturés".

5. Par un courrier du 17 décembre 2010, la société coopérative à responsabilité limitée ORES a informé la requérante de la décision des intercommunales de ne pas la sélectionner pour le lot n° 5 - Titre E1.

Ce courrier est rédigé en ces termes :

" Conformément à la loi du 24 décembre 1993, en particulier à son article 65/7, et aux dispositions de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics dans les secteurs spéciaux (ainsi que ses modifications ultérieures), nous vous informons que le Pouvoir Adjudicateur n'a pu donner une suite favorable à votre candidature.

Cette décision résulte des délibérations du Conseil d'Administration des Intercommunales IDEG, IEH, IGH, INTEREST, INTERLUX, INTERMOSANE, SEDILEC ET SIMOGEL constituant le Pouvoir Adjudicateur (voir PV ci-joint).

Après analyse approfondie de votre dossier de candidature et sur base des critères de sélection approuvés par le Pouvoir Adjudicateur et bien connus de votre part puisque mentionnés dans l'avis de marché paru au JOUE sous le n° 2010/S 134205909 et au Bulletin des Adjudications le 14.07.2010 sous le n° 013752, votre dossier était non conforme pour le lot repris sous rubrique.

En effet, le solde de points pour le contrat n° CPTNA11164 (marché de travaux de pose et/ou remplacement de compteurs électriques dans la région de Namur – période du 1.02.2009 au 31.01.2011) est de 40 sur 100.

Comme stipulé au point VI.3 Autres informations de l'avis de marché mentionné ci-dessus :

«8. Ne seront prises en compte dans le cadre de la sélection, que les entreprises qui ont obtenu au moins 65 % des points et n'ont pas reçu deux PV de carence dans le cadre de la procédure des non-conformités pour le contrat établi pour la région et le domaine concernés. Il s'agit des contrats en cours à la date du présent avis ou clôturés depuis moins de 24 mois par rapport à cette même date».

En conséquence, votre candidature n'a donc pu être retenue pour le lot n° 5 – Intitulé E1.

Vous disposez de la possibilité d'introduire un recours en suspension et/ou en annulation à l'encontre de la présente décision devant le Conseil d'Etat conformément aux modalités reprises en annexe de la présente.

[…]".

6. La requérante a adressé une télécopie à la société ORES, interlocuteur des soumissionnaires, le 21 décembre 2010, afin de lui demander la copie du procès-verbal de cette décision.

En l'absence de réponse, les conseils de la requérante ont demandé à nouveau la copie du procès-verbal par courrier électronique du 27 décembre 2010.

La société ORES a communiqué cette copie par courrier électronique du 28 décembre 2010.

Ce document comprend l'extrait du procès-verbal de la réunion des conseils d'administration des intercommunales constituant le pouvoir adjudicateur du marché litigieux, à l'exception de celui de l'intercommunale INTERMOSANE, ainsi que la fiche "sélection des candidats" datée du 6 octobre 2010.

Il en résulte que la requérante est sélectionnée pour les lots n° 1 (Charleroi), n° 2 (Mons), n° 3 (Tournai-Mouscron) et n° 4 (Brabant wallon), mais non pour le lot n° 5 (Namur);

Considérant que si la société ORES n'apparaît que comme le représentant des intercommunales qui constituent le pouvoir adjudicateur, elle a cependant joué un rôle actif dans l'information de la requérante; qu'il ne paraît pas indiqué, prima facie, de la mettre hors de cause, ainsi que son conseil l'a demandé à l'audience;

Considérant que, dans leur note d'observations, les parties adverses énoncent que la phase d'attribution du marché litigieux n'a pas encore été lancée, qu'elle devrait se clôturer dans le courant du mois de juin 2011, de telle sorte que l'accord-cadre puisse être exécuté à dater du 1er juillet 2011; qu'elles en tirent argument pour conclure que la requête est irrecevable à défaut d'objet en tant qu'elle vise une éventuelle décision d'attribuer le marché à un concurrent de la requérante; que, prima facie, cette exception d'irrecevabilité est fondée;

Considérant que, dans leur note d'observations, les parties adverses soutiennent encore que la requête doit être déclarée irrecevable pour défaut de qualité de l'administrateur-délégué de la requérante, signataire de la décision d'introduire la requête, que l'article 522 du Code des sociétés prévoit, en son § 2, que :

" Le conseil d'administration représente la société à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant. Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seuls, soit conjointement […]",

que seuls les statuts peuvent déroger à la compétence du conseil d'administration de représenter la société en justice et confier ce pouvoir à un ou plusieurs administrateurs agissant conjointement, que les statuts de la requérante ne contiennent pas pareille délégation mais qu'il ressort des pièces de la procédure que c'est le conseil d'administration qui a décidé de confier ce pouvoir à l'administrateur délégué Stéphane NIZET;

Considérant qu'il ressort des pièces de la procédure que c'est le conseil d'administration de la requérante qui a décidé à l'unanimité, le 27 décembre 2010, d'introduire la requête; que toutefois cette décision n'est présentée que sous la forme d'un extrait du registre du conseil d'administration, signé par l'administrateur délégué;

Considérant que la requérante a joint une copie des annexes du Moniteur belge du 12 février 1993 reproduisant ses statuts, dont les dispositions ne sont cependant pas numérotées; qu'on y lit, notamment, que le conseil d'administration peut déléguer à un ou plusieurs de ses membres ou même à des tiers des pouvoirs déterminés, que par décision du conseil d'administration, Stéphane NIZET en est nommé président et administrateur-délégué, que "en cette qualité, il dispose du pouvoir de représentation de la société, en justice ou dans les actes, conformément à l'article 17 des statuts, sans limitation de somme, pour toutes les opérations journalières" et que "il représentera valablement la société en justice, devant toutes instances et toutes juridictions, tant en demandant qu'en défendant"; que bien que non exempte d'ambiguïté, cette version des statuts et des décisions du conseil d'administration de la requérante paraît suffire à établir que Stéphane NIZET, dont le mandat a été reconduit pour six ans, avec effet rétroactif au 30 avril 2010, par une

assemblée générale extraordinaire du 6 septembre 2010, a pu valablement signer, en sa double qualité de président du conseil d'administration et d'administrateur-délégué, pour extrait conforme, la copie de la décision du conseil d'administration de la requérante du 27 décembre 2010; que le fait qu'il n'ait signé qu'en sa qualité d'administrateur-délégué ne paraît pas, prima facie, de nature à compromettre la recevabilité de la requête; que l'exception ne peut être accueillie;

Considérant que, dans leur note d'observations, les parties adverses soutiennent encore que la requérante est sans intérêt à agir; qu'elles font valoir que le préjudice invoqué par celle-ci est dû non pas aux actes attaqués mais au contrat CPTNA11164 en cours et à la manière dont il a été exécuté, que la requérante est liée par ce contrat, qu'elle n'a pas contesté devant le juge judiciaire les procès-verbaux qui lui ont été adressés et les conséquences qui en résultent et qu'un éventuel arrêt de suspension ne pourrait affecter que les actes attaqués et non les clauses du contrat existant;

Considérant que la requérante poursuit notamment l'annulation de la décision par laquelle elle n'est pas sélectionnée pour le marché de travaux visé; que cette décision, qui vise le point VI.3 de l'avis de marché pour indiquer la cause de non-sélection, apparaît de nature à lui faire grief par elle-même; que, prima facie, la requérante a un intérêt suffisant à l'attaquer; que pour le surplus, l'examen de l'exception est inséparable de celui du moyen et de la détermination de la compétence pour en connaître;

Considérant qu'en vue de justifier le recours à la procédure d'extrême urgence, la requérante fait valoir que le courrier par lequel la société ORES l'a informée de la décision des parties adverses de ne pas la sélectionner dans le cadre du lot n^{o} 5 du marché est daté du 17 décembre 2010, qu'il indique qu'elle dispose "de la possibilité d'introduire un recours en suspension et/ou annulation à l'encontre de la présente décision devant le Conseil d'Etat conformément aux modalités reprises en annexe de la présente", qu'en annexe audit courrier, sont indiquées les voies de recours parmi lesquelles figure la demande de suspension d'extrême urgence qui doit être introduite dans un délai de quinze jours après la notification de la décision, que la présente requête en suspension d'extrême urgence a été introduite dans le délai de quinze jours, en application des articles 65/15, 65/23 et 65/24 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services; qu'à titre subsidiaire, elle ajoute que s'il fallait conclure que le délai de quinze jours n'est pas applicable en l'espèce, quod non, force serait de constater que le courrier du 17 décembre 2010 ne comprend pas, contrairement à ce qu'il indique, le procès-verbal relatif à la décision de non-sélection, qu'elle a écrit à la société ORES, le 21 décembre 2010, pour obtenir copie du procès verbal manquant, qu'en l'absence

de réponse de la part de la société ORES, ses conseils ont demandé à nouveau cette copie par courrier électronique du 27 décembre 2010, que la société ORES l'a communiquée par courrier électronique du 28 décembre 2010, que la présente requête a donc été introduite deux jours après la communication par la société ORES du procès-verbal relatif à la non-sélection, soit avec diligence, que l'extrême urgence est également établie par la continuation, sans la requérante, de la procédure d'attribution du marché, que dans le cadre d'un marché public, une décision d'attribution du marché peut être prise et notifiée à très bref délai, sans que la requérante en soit informée et que, seule, une procédure en suspension d'extrême urgence lui permet d'avoir une chance de déposer une offre et, le cas échéant, d'obtenir le marché en cause et ce d'autant plus dans le cadre d'une procédure restreinte telle que choisie en l'espèce;

Considérant que les parties adverses soutiennent que l'extrême urgence est démentie par le fait que le préjudice invoqué par la requérante, tenant à son éviction du marché litigieux, résulte du contrat en cours et de la manière dont il a été exécuté, que la validité de ce contrat n'a jamais été remise en cause par la requérante, que celle-ci n'a jamais contesté devant le juge judiciaire les mesures prises en cours d'exécution du contrat, en particulier les procès-verbaux de non-conformité qui lui ont été adressés alors qu'ayant reçu douze procès-verbaux de non-conformité, la requérante savait ou devait savoir à la lecture de ces avis qu'elle ne serait pas sélectionnée pour le lot litigieux et qu'elle aurait pu introduire une demande de suspension de l'exécution des avis de marché;

Considérant qu'il ressort des pièces de la procédure que les décisions de non-sélection attaquées, telles que visées à l'article 65/7 de la loi du 24 décembre 1993 précitée, ont été communiquées à la requérante par courrier électronique le 28 décembre 2010, que la requête a été introduite le 30 décembre 2010, que la requérante a agi dans le délai de recours mentionné à l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993; qu'il paraît pouvoir être admis qu'ainsi elle a agi avec la diligence requise; que c'est indûment, prima facie, que les parties adverses lui reprochent de ne pas avoir attaqué au préalable les avis de marché;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la méconnaissance "des articles 10 et 11 de la Constitution, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, notamment de ses articles 65/4 et 65/5, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, notamment de ses articles 16 et 17, de l'illégalité de l'avis de marché, et notamment des critères de sélection, des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur manifeste d'appréciation, du

principe de proportionnalité, du principe de légitime confiance, du principe de motivation matérielle des actes, du principe de transparence et du principe d'égalité de traitement"; qu'elle soutient qu'elle n'a pas été sélectionnée pour le lot n° 5 du marché parce qu'elle a obtenu moins de soixante-cinq pour cent de points dans le cadre du marché actuellement en cours d'exécution pour le domaine et la région concernés par ce lot n° 5, alors que, première branche, en imposant au moins soixante-cinq pour cent des points, la partie adverse a formulé une exigence disproportionnée au regard du marché et a méconnu les principes de proportionnalité et d'égalité de traitement entre les candidats à ladite procédure, alors que, deuxième branche, la motivation contenue dans la décision attaquée ne lui permet pas de comprendre les raisons de son éviction, que cette motivation est lacunaire et inadéquate dès lors que le marché qui lui a été attribué a été prolongé et qu'elle pouvait estimer qu'elle satisfaisait aux conditions posées par l'avis de marché, qu'elle a, en outre, été sélectionnée en ce qui concerne les autres lots pour lesquels elle a soumissionné, que la décision de non-sélection prise par la partie adverse est entachée d'une erreur manifeste d'appréciation et alors que, troisième branche, à titre subsidiaire, la décision de ne pas la sélectionner repose sur une cause d'exclusion qui est illégale;

Considérant que la requérante expose, quant à la première branche, que le marché de travaux litigieux a fait l'objet d'une procédure négociée avec publicité, qu'il s'agit d'une procédure restreinte, permettant aux seuls candidats préalablement sélectionnés de déposer une offre, que la sélection qualitative constitue une étape qui doit permettre au pouvoir adjudicateur d'écarter des soumissionnaires sur la constatation d'une cause d'exclusion ou parce qu'ils ne présentent pas les garanties suffisantes attestant de leur capacité économique, financière ou technique à effectuer tel ou tel marché, que les règles relatives à la sélection qualitative des entrepreneurs dans le cadre d'une procédure négociée avec publicité concernant les secteurs spéciaux sont prévues aux articles 16, § 2, et 17 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, que, conformément à l'article 16, § 2, "le pouvoir adjudicateur sélectionne les candidats en accord avec les critères et les règles objectifs qu'il a définis et qui sont à la disposition des entrepreneurs intéressés […]. Le pouvoir adjudicateur ne peut imposer à certains candidats des conditions administratives, techniques ou financières qui n'auraient pas été imposées à d'autres, ni exiger des essais ou des justifications qui feraient double emploi avec des preuves objectives déjà disponibles", que l'article 17 énumère les causes d'exclusion d'un candidat entrepreneur, que l'on chercherait vainement en quoi le critère tiré de l'exécution des marchés précédents de la partie adverse, et plus particulièrement du nombre de points octroyés à l'adjudicataire, constituerait un critère de sélection qualitative régulier au regard de la réglementation précitée, que la

requérante est l'actuel adjudicataire du marché relatif au lot n° 5 pour la région de Namur, que ce marché est régi par un cahier spécial des charges qui prévoit une procédure particulière de constatation de non-conformité des travaux effectués par les attributaires dans les termes suivants :

" Lorsque des manquements à ces obligations [obligations énumérées au point 2 de manière limitative] sont constatés, le Pouvoir Adjudicateur établit un rapport de non-conformité ciblé et circonstancié.

[…]

Le rapport de non-conformité est envoyé à l'entrepreneur; il fixe les délais dans lesquels une solution doit être apportée. L'entrepreneur communique par retour de courrier (5 jours ouvrables maximum) les mesures qu'il compte prendre pour remédier aux dysfonctionnements signalés dans le rapport.

[…]

En cas d'absence de réponse ou si les mesures annoncées ne sont pas prises ou ne donnent pas les effets escomptés, un procès-verbal de carence est adressé à l'entrepreneur. Ce procès-verbal de carence n'est levé que lorsque les dysfonctionnements signalés sont solutionnés [sic] (action corrective) et que leurs causes ont disparu (action préventive pour l'avenir). Si les dysfonctionnements persistent au bout de 2 mois, un second procès-verbal de carence est envoyé à l'entrepreneur.

Dès la troisième non-conformité confirmée, le Pouvoir Adjudicateur peut exiger le remplacement du chef d'équipe ou le remplacement total ou partiel de l'équipe.

[…]

Une évaluation est établie aux dates fixées dans le contrat (+/-annuellement) sur base des rapports de non-conformité et des procès-verbaux de carence envoyés aux entrepreneurs : la cote de départ est de 100 points. Chaque rapport de non-conformité envoyé à l'entrepreneur diminue cette cote de 5 points, chaque procès-verbal de carence diminue cette cote de 20 points. Cette évaluation est envoyée par courrier recommandé à tous les entrepreneurs.

[…]";

que le cahier spécial des charges prévoit, de manière exhaustive, les hypothèses dans lesquelles un procès-verbal de non-conformité se justifie, que ces hypothèses ont trait à de réelles non-conformités, relatives notamment à la sécurité, à la gestion des déchets, au respect des délais et à une intervention dynamique, soit à des manquements importants dans l'exécution du marché, qu'en l'espèce, la partie adverse a envoyé des procès-verbaux de non-conformité à la requérante dans des hypothèses qui ne concernent que des manquements d'une importance mineure, qu'elle a reçu douze procès-verbaux de non-conformité, qui peuvent être classés en deux catégories :

- les plaintes relatives au déplacement du chargé de travaux alors que la société CONSTRUCT TIME avait été avertie la veille de l'annulation du travail

commandé (procès-verbaux n^{os} 1, 3, 4, 5, 6 et 10), alors que ces déplacements n'ont jamais été facturés par CONSTRUCT TIME et qu'ils n'ont donc pas fait l'objet d'un paiement; qu'ils ne constituent donc aucunement un désagrément et n'ont engendré aucun inconvénient;

- les plaintes relatives à l'absence de l'élévateur sur le lieu du travail (procès-verbaux n^{os} 2, 7, 8, 11 et 12), alors que cette prestation n'a pas été facturée par CONSTRUCT TIME et n'était, par ailleurs, pas expressément visée par le cahier spécial des charges;

qu'elle a répondu à chaque procès-verbal de non-conformité, qu'elle a notamment relevé que les manquements reprochés ne constituaient ni des non-conformités, ni des manquements graves dans l'exécution du marché, qu'à la suite de ces courriers, aucun procès-verbal de carence ni de rapport d'évaluation ne lui a été communiqué, contrairement à ce qui est prévu dans le cahier spécial des charges, qu'aucune mesure d'office n'a été appliquée par la partie adverse, qu'au contraire, manifestement satisfaite de l'exécution du marché, la partie adverse l'a prolongé, en novembre 2010 jusqu'au 30 juin 2011, et que tous ces éléments démontrent à suffisance que les manquements dénoncés étaient d'une importance mineure et qu'ils ne concernaient pas l'aptitude de la requérante à exécuter le marché; que les parties adverses ne pouvaient donc pas écarter la requérante sur le seul constat de manquements mineurs dans le cadre du marché actuel;

Considérant que la requérante soutient encore que le critère relatif au minimum des soixante-cinq pour cent des points va au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif de la sélection qualitative, que "l'exclusion du candidat n'est prévue que si celui-ci a […] moins de 65 % des points «pour la région et le domaine concernés». Ainsi, un même candidat pourrait être sélectionné et donc jugé apte à exécuter le marché pour la région de Charleroi, alors qu'il devrait être écarté en raison de son inaptitude à exécuter le marché pour la région de Namur, où il est l'actuel adjudicataire du marché", que tel est le cas en l'espèce puisqu'elle est sélectionnée pour les lots n^{os} 1 à 4 mais qu'elle ne l'est pas pour le lot n^{o} 5, que de même, l'exigence d'un nombre de points minimum de soixante-cinq pour cent et l'absence de deux procès-verbaux de carence constitue une discrimination contraire au principe d'égalité de traitement entre les candidats, en ce qu'elle introduit une condition qui ne peut s'appliquer qu'à certains candidats, à l'exclusion des autres, que les candidats qui n'ont pas obtenu un marché précédent pour la région et le domaine concernés disposent d'un avantage de nature à fausser la concurrence dès lors que cette exigence ne leur est pas applicable et que le pouvoir adjudicateur considère alors qu'ils obtiennent d'office cent pour cent des points, que l'article 16, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 précité précise à cet égard que "le pouvoir adjudicateur ne peut

imposer à certains candidats des conditions administratives, techniques ou financières qui n'auraient pas été imposées à d'autres" et que tel est le cas en l'espèce dès lors que l'exigence litigieuse n'est applicable qu'à la requérante, à l'exclusion des autres soumissionnaires et notamment de ceux qui n'ont pas encore exécuté un marché similaire pour le pouvoir adjudicateur;

Considérant quant à la deuxième branche que la requérante expose que toute autorité administrative est tenue de motiver adéquatement ses décisions en faisant apparaître les motifs de droit et de fait sur lesquels elle se fonde, que la décision de ne pas la sélectionner pour le lot n° 5 repose sur des motifs de droit et de fait erronés, qu'elle est motivée comme suit :

" 8. Ne seront prises en compte dans le cadre de la sélection que, les entreprises qui ont obtenu au moins 65 % des points et n'ont pas reçu deux PV de carence dans le cadre de la procédure des non-conformités pour le contrat établi pour la région et le domaine concernés. Il s'agit des contrats en cours à la date du présent avis ou clôturés depuis moins de 24 mois par rapport à cette même date.

Le solde de points de la S.A. CONSTRUCT TIME pour le contrat n° CPTNA11164 (marché de Travaux de pose et/ou remplacement de compteurs électriques dans la Région de Namur – période du 1.02.2009 au 31.01.2011) est de 40 points sur 100";

que ni l'avis de marché, ni la décision de non-sélection n'indiquent la manière dont le pouvoir adjudicateur va calculer le pourcentage de points du candidat, que dans le cas présent, le pouvoir adjudicateur exigeait soixante-cinq pour cent des points mais ne précisait pas la manière dont ces points allaient être calculés, qu'il a conclu que la requérante avait obtenu quarante pour cent des points sans expliquer comment il obtenait ce chiffre, qu'elle ignore, sur la base des documents du marché litigieux, comment le pouvoir adjudicateur est arrivé à ce résultat, qu'elle ne peut que spéculer sur ce que représente les quarante points sur cent, en se référant au marché actuellement en cours d'exécution, que cette manière de procéder viole l'obligation de motivation formelle des actes administratifs, ainsi que les principes de transparence et de motivation matérielle, que la motivation de la partie adverse est en outre incohérente et contradictoire par rapport à son attitude dans le cadre du marché actuellement en cours d'exécution dans la région de Namur, qu'aucun procès-verbal de carence ni de rapport d'évaluation négatif n'ont été communiqués à la requérante dans le cadre de ce marché, que cette motivation est d'autant plus incohérente et inadéquate que le cahier spécial des charges du marché en cours prévoit que le marché est "stoppé" si l'adjudicataire obtient moins de soixante-cinq pour cent des points, ce qui n'a pas été le cas en l'espèce, qu'au contraire, manifestement satisfaite des prestations de la requérante, le pouvoir adjudicateur a décidé de prolonger son contrat de six mois et ce, concomitamment à la décision de ne pas la sélectionner dans le cadre du marché litigieux, que le pouvoir adjudicateur aurait résilié le contrat ou n'aurait, en toutes hypothèses, pas prolongé le marché actuel s'il estimait que la

requérante n’était pas en mesure d’exécuter le marché, que la requérante a été sélectionnée pour les autres lots pour lesquels elle avait soumissionné, que les parties adverses ont donc considéré qu’elle était apte à exécuter le marché pour les régions de Charleroi, Tournai-Mouscron, Mons, du Brabant wallon, mais non pour Namur et qu'elles ont ainsi commis une erreur manifeste d’appréciation en décidant de ne pas la sélectionner dans le cadre du marché litigieux;

Considérant, quant à la troisième branche, que la requérante énonce, à titre subsidiaire, que l'avis de marché indique que ne seront sélectionnés que les candidats qui ont obtenu au moins soixante-cinq pour cent des points et n’ont pas reçu deux procès-verbaux de carence dans le cadre de marchés antérieurs pour la région et le domaine concernés, qu'à défaut, le candidat n’est pas retenu, que le critère tiré de l’exigence de soixante-cinq pour cent des points au minimum et de l’absence de deux procès-verbaux de carence constitue en réalité une cause d’exclusion déguisée, que les causes d’exclusion doivent être fondées sur la constatation objective de faits ou de comportements propres à l’opérateur économique concerné, de nature à jeter le discrédit sur son honorabilité professionnelle ou sur son aptitude économique ou financière à mener à bien les travaux, fournitures ou services couverts par le marché public auquel il soumissionne, que les causes d’exclusion sont énumérées, de manière exhaustive, dans la réglementation, que la Cour de justice de l’Union européenne a rappelé, à cet égard, que les pouvoirs adjudicateurs ne pouvaient pas compléter la liste par d’autres causes d’exclusion fondées sur des critères relatifs à la qualité professionnelle, qu'en l’espèce, à défaut de soixante-cinq pour cent des points, l’entrepreneur est exclu, qu'il s’agit d’une transformation de la cause d’exclusion relative à la "faute grave affectant la moralité professionnelle", dont les parties adverses ont allégé de manière radicale les conditions d’application, que la requérante n’a commis aucune "faute grave", mais s'est vu reprocher des non-conformités marginales portant sur des prestations non nécessaires qui n’ont pas été facturées et n’ont emporté aucun inconvénient pour le pouvoir adjudicateur, qu'en utilisant ce critère de "points obtenus ou perdus" aléatoirement lors d’un marché précédent, les parties adverses ont, illégalement, ajouté une cause d’exclusion à celles prévues de manière limitative par la réglementation ou ont, à tout le moins, modifié de manière illégale, l’une d’entre elles;

Considérant que les parties adverses font observer que les actes attaqués ne font que tirer les conséquences de la manière dont le contrat existant a été exécuté par les parties, que ce n’est pas dans le cadre de la procédure de passation du marché litigieux, mais bien dans celui de l’exécution du contrat existant que le pouvoir adjudicateur a adressé des procès-verbaux de non-conformité à la requérante, qu’il a maintenu les non-conformités dénoncées, n’acceptant pas les remarques formulées par la requérante et qu’en conséquence, la note de celle-ci dans le cadre du contrat

existant a été fixée à quarante sur cent, douze procès-verbaux de non-conformité lui ayant été adressés; qu'elles concluent que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour se prononcer sur la manière dont le contrat existant a été exécuté par les parties et qu'il ne peut se prononcer sur le moyen soulevé par la requérante à l'appui de sa demande;

Considérant, quant à la première branche du moyen, que les règles de la sélection qualitative en cas de marché de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux sont définies par l'article 16 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996; que, selon le § 2 de cette disposition, lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de procédure négociée avec publicité, le pouvoir adjudicateur sélectionne les candidats en accord avec les règles et critères objectifs qu'il a définis et qui sont à la disposition des fournisseurs intéressés;

Considérant que le point 4 du cahier des charges CCA3 porte que :

" Les entrepreneurs ayant moins de 65 points et ayant reçu 2 procès-verbaux de carence, pour lesquels aucune justification n'a été admise ou fournie dans les délais requis […] ne sont pas sélectionnés pour les marchés concernant le même type de travaux, pendant un délai de 24 mois à dater de la fin du contrat. Cette non-sélection concerne le marché attribué par l(a)les intercommunale(s) pour la région concernée";

que, prima facie, en opposant à la requérante, dûment avertie de cette condition par le cahier spécial des charges précité ainsi que par l'avis de marché, qu'elle n'avait obtenu qu'un solde de points de quarante sur cent pour le contrat n° CPTNA11164, marché de travaux de pose et/ou de remplacement de compteurs à prépaiement et de récepteurs de télécommande des comptages électriques dans la région de Namur, période du 1er février 2009 au 31 janvier 2011, les parties adverses ne paraissent pas avoir méconnu l'article 16 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996; qu'il n'apparaît pas non plus que, par cette exigence, qui ne semble pas disproportionnée compte tenu de l'objet du marché, elles aient rompu l'égalité de traitement entre les soumissionnaires; que ceux d'entre eux qui n'étaient pas parties au contrat antérieur n'ont nullement été empêchés de faire offre; que, dans cette mesure, le moyen ne paraît pas sérieux dans sa première branche;

Considérant, quant à la deuxième branche du moyen, que la décision du 17 décembre 2010 communiquée par la société ORES, se réfère aux critères de sélection mentionnés dans l'avis de marché et au solde de points obtenus par la requérante, le mode de calcul, étant notamment que chaque rapport de non-conformité entraîne une perte de cinq points, ayant été précisé par le cahier spécial des charges; qu'elle paraît ainsi suffisamment motivée; que, dans cette mesure, le moyen ne paraît pas sérieux dans sa deuxième branche;

Considérant, quant à la troisième branche du moyen, que la requérante reste en défaut d'établir que l'exigence relative au minimum de soixante-cinq pour cent des points et au maximum de deux procès-verbaux de carence dans l'exécution du contrat en cours constituerait une cause d'exclusion inadmissible, étrangère à celles que prévoit l'article 17 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996; qu'il apparaît que les parties adverses ont fait de la satisfaction à ces exigences un critère de sélection fondé sur les antécédents du soumissionnaire, comme paraît le leur permettre l'article 16, § 2, du même arrêté royal; que, dans cette mesure, le moyen ne paraît pas sérieux dans sa troisième branche;

Considérant que le moyen remet encore en cause la gravité des manquements reprochés à la requérante dans l'exécution du contrat en cours et la notation de quarante sur cent qui lui a été attribuée en conséquence; qu'en cela, le Conseil d'Etat ne peut en connaître, fût-il invoqué à l'appui d'une requête en annulation d'un acte détachable du contrat, telle qu'en l'espèce, la décision relative à la sélection qualitative; que les contestations qui portent sur l'exécution des contrats d'entreprise de travaux publics touchent en effet aux droits et obligations générés par ce contrat, lesquels sont généralement reconnus comme de nature civile; que ces contestations sont dès lors de la compétence exclusive des Cours et tribunaux, en application de l'article 144 de la Constitution; que, partant, c'est vainement qu'est invoqué devant le Conseil d'Etat un moyen pris de l'inexécution d'une obligation contractuelle, de la constatation d'un tel manquement ou de la sanction qui en est la conséquence;

Considérant que, dans la mesure où le Conseil d'Etat peut en connaître, le moyen unique n'apparaît sérieux dans aucune de ses branches; qu' il ne paraît pas utile, dès lors, d'examiner les arguments des parties relatifs à la balance des intérêts; que la requête ne peut être accueillie,

D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le vingt-quatre janvier deux mille onze par :

M.	Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M^me^	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Paul LEWALLE.