

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.508 du 26 novembre 2012

G./A.206.883/VI-19.762

En cause :

1. la société anonyme DE RAEDT,
2. la société anonyme SERCK,
ayant formé une société momentanée DE RAEDT N.V.
et SERCK N.V.,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze-en-Bourgogne, n° 62,
5000 Namur,

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'électricité du Hainaut,** en abrégé I.E.H.,
**3. la société coopérative à responsabilité limitée
intercommunale de l'électricité et de gaz des régions de l'Est,**
en abrégé INTEREST,
**4. la société coopérative à responsabilité limitée
intercommunale pour la distribution d'énergie dans la
province de Luxembourg,** en abrégé INTERLUX,
**5. la société coopérative à responsabilité limitée
intercommunale mixte d'électricité et de gaz,**
en abrégé INTERMOSANE,
6. la société coopérative à responsabilité limitée SEDILEC,
**7. la société coopérative à responsabilité limitée
intercommunale pour la distribution du gaz et de l'électricité
dans la région de Mouscron,** en abrégé SIMOGEL,
**8. la société coopérative à responsabilité limitée opérateur
des réseaux gaz et électricité,** en abrégé ORES,

ayant élu domicile chez
Me Eric MARON, avocat,
chaussée de Charleroi, n° 138/6,
1060 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 5 novembre 2012, la société anonyme DE RAEDT et la société anonyme SERCK, ayant formé une société momentanée DE

RAEDT N.V. et SERCK N.V., sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 7 septembre 2012 (notifiée le 23 octobre 2012 aux requérantes) par laquelle les parties adverses ont attribué les différents lots du marché relatif aux travaux de constructions de bâtiments techniques maçonnés".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 6 novembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 21 novembre 2012 à 10 heures.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Thierry DELVAUX, loco Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour les parties requérantes et, Me Eric MARON, avocat, comparaissant pour les parties adverses, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen du recours sont les suivants :

III. 1. Les 25 et 31 mai 2011, un avis est publié dans le Bulletin des adjudications et au supplément au Journal officiel de l'Union européenne relatif à la passation, par procédure négociée, d'un marché public de travaux de constructions de bâtiments techniques maçonnés comprenant huit lots.

III. 2. La huitième partie adverse a passé ce marché en tant que représentante des sept premières parties adverses.

III. 3. La décision d'attribution contestée a été adoptée le 7 septembre 2012.

Elle est rédigée comme suit :

" Attribution — WTCCAWA16 — Marché de travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés

Vu la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services spécialement en son article 39 § 1;

Vu l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs spéciaux (de l'eau, de l'électricité, du gaz, des transports et des services postaux) ainsi que ses modifications ultérieures;

Vu les décisions des Conseils d'Administration des intercommunales GRD mixtes wallons adoptées courant janvier-février 2011 considérant que relevaient de la gestion journalière les décisions relatives aux marchés publics (lancement, choix de la procédure et des conditions du marché, sélection des candidats, attribution du marché) et partant, que celles-ci étaient couvertes par la délégation à la gestion journalière telle qu'organisée dans les règlements relatifs aux pouvoirs délégués et mandats adoptés par chaque GRD en avril 2009, lesquels prévoient la faculté de subdéléguer;

Vu le règlement relatif aux subdélégations en matière de gestion journalière adopté par l'administrateur-délégué et plus spécifiquement son annexe 1;

Vu la nécessité de conclure des marchés publics de fournitures, de travaux et de services pour permettre la poursuite des activités des intercommunales;

Vu par ailleurs les critères de sélection et d'attribution précédemment approuvés et repris dans l'avis de marché publié, et le cahier spécial des charges;

Vu par ailleurs la liste précédemment approuvée des candidats sélectionnés ou qualifiés;

Considérant l'analyse des offres établie sur base des critères retenus bien connus de la part du soumissionnaire puisque figurant dans l'invitation à présenter une offre, tels que repris dans la fiche d'attribution ci-annexée faisant partie intégrante de la présente décision.

Partant et en vertu de la délégation donnée par lesdites intercommunales et les subdélégations effectuées par l'administrateur-délégué, Messieurs J. HUGE et B. HOUSSARD Sont invités à marquer accord sur la proposition d'attribution ci-dessous, laquelle résulte de la stricte application des règles et critères précédemment approuvés :

Il est proposé d'attribuer le marché comme suit :

Lot 1 - Travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés — Région de Wallonie Picarde

Montant estimé 880.000 € (Hors TVA) (quote-part entrepreneur)

Classement	Entrepreneur	Localité	Montant attribué
1	AQUAENERGIA	BEVERLO	481.000 €
2	CONINCK ET FILS	KEUMIEE	264.000 €
3	SK HOME CONSTRUCT SPRL	CHARLEROI	135.000 €

La totalité du lot 1 a été attribuée.

Lot 2 - Travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés — Région de La Louvière/Mons

Montant estimé: 1.760.000 € (Hors TVA) (quote-part entrepreneur)

Classement	Entrepreneur	Localité	Montant attribué
1	AQUAENERGIA	BEVERLO	1.097.000 €
2	CONINCK ET FILS	KEUMIEE	528.000 €
3	SK HOME CONSTRUCT SPRL	CHARLEROI	135.000 €

La totalité du lot 2 a été attribuée.

Lot 3 - Travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés — Région de Charleroi

Montant estimé : 616.000 € (Hors TVA) (quote-part entrepreneur)

Classement	Entrepreneur	Localité	Montant attribué
1	CONINCK ET FILS	KEUMIEE	308.000 €
2	AQUAENERGIA	BEVERLO	184.800 €
3	SK HOME CONSTRUCT SPRL	CHARLEROI	61.600 €
4	MARI Daniel	PRESLES	61.600 €

La totalité du lot 3 a été attribuée.

Lot 4 - Travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés — Région du Brabant Wallon

Montant estimé: 1.760.000 € (Hors TVA) (quote-part entrepreneur)

Classement	Entrepreneur	Localité	Montant attribué
1	ALPES 2100 SCRL	METTET	135.000 €
2	CONINCK ET FILS	KEUMIEE	900.000 €
3	SK HOME CONSTRUCT SPRL	CHARLEROI	135.000 €
4	AQUAENERGIA	BEVERLO	590.000 €

La totalité du lot 4 a été attribuée.

Lot 5 - Travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés — Région de Namur

Montant estimé: 1.672.000 € (Hors TVA) (quote-part entrepreneur)

Classement	Entrepreneur	Localité	Montant attribué
1	ALPES 2100 SCRL	METTET	135.000 €
2	CONINCK ET FILS	KEUMIEE	900.000 €
3	DARDENNE Jean-Philippe	STAVE	135.000 €

Il est impossible d'attribuer la totalité du lot étant donné que les entrepreneurs sont limités par leur classe d'agrément.

Les montants attribués à ALPES 2100 SCRL et à DARDENNE Jean-Philippe sont limités par leur classe d'agrément.

70 % ont été attribués.

Nous proposons pour le lot 5 de relancer un marché pour le solde de 502.000 euros pour 4 ans.

Lot 6 - Travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés — District de Verviers

Montant estimé : 528.000 € (Hors TVA) (quote-part entrepreneur)

Classement	Entrepreneur	Localité	Montant attribué
1	IRENO SPRL	STAVELOT	135.000 €
2	PAGNOULLE CONSTRUCTIONS SPRL	SOIRON	135.000 €
3	SK HOME CONSTRUCT SPRL	CHARLEROI	135.000 €

Il est impossible d'attribuer la totalité du lot étant donné que les entrepreneurs sont limités par leur classe d'agrément. Les montants attribués à IRENO SPRL et à

PAGNOULLE CONSTRUCTIONS SPRL sont limités par leur classe d'agrégation. 76,70 % ont été attribués.

Nous proposons pour le lot 6 de relancer un marché pour le solde de 123.000 euros pour 4 ans.

Lot 7 - Travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés — District d'Eupen/Malmedy

Montant estimé: 264.000 € (Hors TVA) (quote-part entrepreneur)

Classement	Entrepreneur	Localité	Montant attribué
1	PAGNOULLE CONSTRUCTIONS SPRL	SOIRON	132.000 €
2	AQUAENERGIA	BEVERLO	79.200 €
3	BOUWERKEN DE RAEDT NV_SERCK NV Soc Mom	ZELE	52.800 €

La totalité du lot 7 a été attribuée.

Lot 8 - Travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés — Région du Luxembourg

Montant estimé: 880.000 € (Hors TVA) (quote-part entrepreneur)

Classement	Entrepreneur	Localité	Montant attribué
1	ALPES 2100 SCRL	METTET	135.000 €
2	IRENO SPRL	STAVELLOT	135.000 €
3	AQUAENERGIA	BEVERLO	610.000 €

La totalité du lot 8 a été attribuée.

Le présent marché, destiné à couvrir les besoins des intercommunales IDEG, IEH, IGH, INTEREST, INTERLUX, INTERMOSANE, SEDILEC et SIMOGEL, a pour objet un marché de travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés.

La durée prévue du marché est de 4 ans. La date d'entrée en vigueur est prévue le 01/10/2012.

La quote-part desdites intercommunales dans ce marché se répartit comme suit :

Intercommunales	Répartition ICO pour 1 an	Répartition ICO pour 4 ans
SIMOGEL	73.333 €	293.332 €
IEH	740.667 €	2.962.668 €
SEDILEC	440.000 €	1.760.000 €
IDEG	418.000 €	1.672.000 €
INTERMOSANE	132.000 €	528.000 €
INTEREST	66.000 €	264.000 €
INTERLUX	220.000 €	880.000 €
	2.090.000 €	8.360.000 €

Partant et en vertu de la délégation donnée par lesdites intercommunales et des subdélégations effectuées par l'administrateur-délégué, Messieurs J. HUGE et B. HOUSSARD, en date du 07/09/2012, décident d'attribuer - tel que précisé ci-avant - le marché relatif aux travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés selon la procédure négociée avec publicité."

IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN SUSPENSION

IV. 1. Arguments des parties adverses

Les parties adverses exposent que :

- " 11. Dans son arrêt n° 219.043 du 25 avril 2012, le Conseil d'Etat a jugé, au contentieux de la suspension de l'extrême urgence, que la sclr ORES, huitième partie adverse en l'espèce, ne peut être qualifiée d'autorité administrative de telle sorte que le Conseil d'Etat n'est pas compétent pour connaître de la requête dirigée contre la décision par laquelle cette société attribue un marché public.

Ainsi que le relèvent les requérantes, la sclr ORES n'est, cependant, intervenue dans la procédure d'attribution du marché litigieux qu'en qualité de représentante du pouvoir adjudicateur, ce pouvoir adjudicateur étant constitué des autres parties adverses, à savoir les intercommunales dont la sclr ORES assure l'exploitation journalière et opérationnelle.

En conséquence, les parties adverses n'estiment pas devoir soulever, en l'espèce, une exception d'incompétence du Conseil d'Etat."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Comme l'exposent les parties adverses, la huitième partie adverse a passé le marché public litigieux au nom et pour le compte des sept premières parties adverses qui sont des autorités administratives. L'acte attaqué leur est donc imputable de telle sorte que le Conseil d'Etat est compétent pour statuer sur le présent recours.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Arguments des parties

Les requérantes soulèvent un premier moyen pris "d'une erreur manifeste d'appréciation, de la violation du principe «Patere legem quam ipse fecisti», de la violation du principe d'égalité de traitement et de la violation de l'article 3 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrégation des entrepreneurs".

Elles soutiennent que :

- " Première branche du premier moyen : violation du principe «Patere legem quam ipse fecisti» et du principe d'égalité de traitement

17. Le cahier spécial des charges énonce que :

«Le soumissionnaire transmettra au Pouvoir Adjudicateur les documents suivants ... 4.3.3. Certificat d'agrégation : Joindre une copie du certificat d'agrégation pour la catégorie D1 ou un engagement écrit dûment signé à obtenir l'agrégation manquante au plus tard au moment de l'attribution du marché par le

pouvoir adjudicateur» (Cahier spécial des charges, page 8 – Pièce n° 1 des requérantes).

Le rapport d'analyse des offres – «fiche d'attribution» – précise que l'offre de la société ATC GROUP a été déclarée irrégulière pour le motif que «ATC GROUP SC n'est pas agréé[e] D1 – aucune demande d'agrément en cours auprès du SPF Economie» (Fiche d'attribution, page 3 – Pièce n° 3 des requérantes).

Il s'en déduit que, bien que l'article 98, § 2, (contrôle de régularité des offres) 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 («A.R. du 10 janvier 1996») ne soit pas en principe applicable aux procédures négociées – mode de passation retenu en l'espèce (n° 3) –, un contrôle de régularité doit malgré tout avoir lieu dans le cas présent. En effet, les pouvoirs adjudicateurs ont en l'occurrence clairement manifesté leur intention d'y soumettre les offres.

Ceci, confronté au principe «Patere legem quam ipse fecisti» (principe de sécurité juridique), impose au pouvoir adjudicateur de se conformer à la règle qu'il a lui-même fixée et selon laquelle une entreprise ne disposant pas de l'agrément pour la «catégorie D1» au moment de l'attribution du marché ne peut se voir attribuer aucun lot du marché litigieux.

18. En vertu du principe d'égalité de traitement, le contrôle de régularité évoqué au point précédent doit évidemment être appliqué à chacun des soumissionnaires se trouvant dans une situation identique de la même façon. Ceci signifie notamment dans le cas d'espèce que tous les soumissionnaires ne possédant pas l'agrément pour la «catégorie D1» ou n'étant pas en passe de l'obtenir «au plus tard au moment de l'attribution du marché» doivent voir leur offre déclarée irrégulière.

Or, plusieurs des lots composant le marché public litigieux ont été attribués à la S.A. AQUAENERGIA alors que celle-ci ne dispose pas de l'agrément requise et n'est pas en passe de l'obtenir.

Cette situation constitue une violation du principe «Patere legem quam ipse fecisti» (principe de sécurité juridique) et du principe d'égalité de traitement.

Dans la mesure où aucune des deux sociétés ne dispose de l'agrément requise, il est notamment contraire à ce dernier principe que l'offre de la société ATC GROUP soit déclarée irrégulière et que l'offre de la S.A. AQUAENERGIA soit déclarée régulière.

Par conséquent, la décision attaquée doit être suspendue.

- Deuxième branche du premier moyen : violation de l'article 3 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs

19. L'attribution de plusieurs lots à la S.A. AQUAENERGIA alors qu'elle ne dispose pas de l'agrément requise constitue également une violation de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs.

En effet, selon l'article 3 de cette loi, lu en combinaison avec l'article 2 de l'arrêté royal du 26 septembre 1991 fixant certaines mesures d'application de la loi du 20 mars 1991, «les marchés de travaux dont l'importance dépasse [50.000 EUR] ne peuvent être attribués qu'à des entrepreneurs ... qui, au moment de l'attribution du marché 1° soit sont agréés à cet effet 2° soit ont fourni la preuve qu'ils remplissent les conditions fixées par la présente loi ou en vertu de celle-ci».

Ce seuil est largement dépassé en ce qui concerne les lots attribués à la S.A. AQUAENERGIA. Puisque cette entreprise ne dispose pas de l'agrément requise,

la décision attaquée constitue une violation de l'article 3 de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrération des entrepreneurs.

Par conséquent, la décision attaquée doit être suspendue."

Les parties adverses répondent que :

" III.1.2.1. Quant à la recevabilité du moyen

13. Le moyen revient à soutenir qu'aucune part de marché ne pouvait être attribuée à la société AQUAENERGIA.

Il n'est, dès lors, recevable qu'en ce qui concerne les lots pour lesquels une part de marché a été attribuée à ladite société.

Tel n'est pas le cas des lots 5 et 6 pour lesquels la société AQUAENERGIA n'obtient aucune part de marché.

Le moyen n'est, dès lors, pas recevable en ce qui concerne ces deux lots.

III.1.2.2. Quant au fond

14. Contrairement à ce que laissent entendre les requérantes, l'agrération des entrepreneurs dans le cadre des marchés publics de travaux relève, non pas de la régularité des offres, mais bien de la sélection qualitative, c'est-à-dire de la vérification de la capacité des entrepreneurs à exécuter le marché.

En effet, ainsi que le souligne la doctrine,

«... L'agrération permet d'opérer une première sélection entre les entrepreneurs, selon la classe et la catégorie desquelles ils relèvent dans le système de l'agrération. Il s'agit donc d'un mécanisme qui permet de procéder à une forme de préselection des entrepreneurs, en fonction de leurs capacités générales présumées.

...

... L'agrération a pour objectif de garantir le pouvoir adjudicateur de confier les travaux à des entrepreneurs qui sont techniquement compétents pour les réaliser

...

L'agrération est une exigence requise avant l'attribution du marché; elle n'est toutefois pas une condition de régularité de l'offre. C'est pourquoi l'entrepreneur peut déposer une offre, régulière, sans disposer de l'agrération à cette date, mais plus tard, lors de l'attribution du marché» (P. THIEL, Memento des marchés publics 2011, Kluwer, 2010, pp. 267 à 269).

Les dispositions de la réglementation en matière de sélection qualitative confirment clairement cette analyse. Ainsi, pour les secteurs spéciaux, l'article 16 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 prévoit, en son § 1^{er}, que :

«En cas d'adjudication publique et d'appel d'offres général, le pouvoir adjudicateur procède à la sélection qualitative des soumissionnaires, en accord avec les critères et les règles objectifs qu'il a définis et qui sont mentionnés dans l'avis concernant le marché et/ou repris dans le cahier spécial des charges. Toutefois et sans préjudice de l'application de l'article 17, le pouvoir adjudicateur peut juger suffisantes les conditions minimales de caractère financier, économique et technique exigées en vertu de la législation relative à l'agrération d'entrepreneurs de travaux».

De même, l'article 17ter du même arrêté prévoit, en son § 1^{er}, alinéa 1^{er}, que:

«Lorsque les travaux sont soumis à l'application de la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément d'entrepreneurs de travaux, la demande de participation ou l'offre doit indiquer, soit la mention relative à l'inscription du candidat ou du soumissionnaire sur la liste des entrepreneurs agréés en Belgique ou sur une liste officielle dans un autre Etat, membre de la Communauté européenne, soit la mention que le candidat ou le soumissionnaire invoque l'application de l'article 3, § 1^{er}, 2^o, de la loi précitée, auquel cas il joint à sa demande de participation ou à son offre les pièces justificatives nécessaires».

L'arrêté royal du 8 janvier 1996 fixe des règles similaires pour les secteurs classiques. Il précise également, en ses articles 18 et 19, que les références qui peuvent être demandées aux entrepreneurs au titre de leur capacité économique, financière et technique, le sont sans préjudice de la législation relative à l'agrément des entreprises.

15. En l'espèce, la sa AQUAENERGIA s'est prévaluée, dans son offre, de l'agrément de la sa SODRAEP en catégorie D1, classe 7. Elle a produit le certificat d'agrément de cette société ainsi qu'un engagement de cette dernière à mettre ses moyens à la disposition du soumissionnaire pour l'exécution du marché pendant toute la durée de celui-ci (pièce 8 du dossier administratif).

C'est, dès lors, à juste titre que l'offre de la sa AQUAENERGIA a été prise en considération.

Tel qu'il a été modifié par l'arrêté royal du 12 janvier 2006, l'article 17quater de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 prévoit, en effet, en son alinéa 1^{er}, que :

«Un candidat ou un soumissionnaire peut, le cas échéant et pour un marché déterminé, faire valoir les capacités d'autres entités, quelle que soit la nature juridique des liens existant entre lui-même et ces entités. Il doit, dans ce cas, prouver au pouvoir adjudicateur que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de ces entités de mettre de tels moyens à la disposition de l'entrepreneur».

La réglementation autorise ainsi les candidats et les soumissionnaires à se prévaloir des capacités d'autres entités pourvu qu'ils démontrent qu'ils pourront effectivement bénéficier de ces capacités. Tel sera le cas si est produit l'engagement d'une autre entité à mettre les moyens nécessaires à disposition du candidat ou du soumissionnaire concerné.

Cette possibilité, inscrite dans la réglementation belge, résulte d'ailleurs des dispositions des directives européennes en matière de marchés publics. Plus particulièrement, s'agissant des secteurs spéciaux, l'article 54 de la directive 2004/17/CE prévoit, en ses §§ 5 et 6, qu'en matière de capacité économique, financière et technique, tout opérateur économique doit pouvoir se prévaloir des capacités d'autres entités, quelle que soit la nature des liens juridiques existant entre lui-même et ses entités, à la condition qu'il prouve que «pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires, par exemple, par la production de l'engagement de ces entités de mettre à la disposition de l'opérateur économique les moyens nécessaires».

Cette obligation imposée par les directives européennes aux Etats membres résulte elle-même de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière (voy. par exemple, CJCE, 14 avril 1994, aff C-389/92; 2 décembre 1999, aff C-176/98).

16. Aucune erreur de fait ou erreur manifeste d'appréciation n'a donc été commise en l'espèce par le pouvoir adjudicateur.

Pour les mêmes motifs, l'acte attaqué ne méconnaît en rien l'exigence posée en terme d'agrément par le cahier spécial des charges.

Il ne méconnaît pas non plus le principe d'égalité. Plus particulièrement, il n'apparaît pas que la sa AQUAENERGIA aurait bénéficié d'un traitement plus favorable que d'autres soumissionnaires et, plus particulièrement, que la société ATC GROUP. Pour rappel, cette société ne bénéficiait, en effet, pas de l'agrément requis, n'a pas communiqué au pouvoir adjudicateur la demande qu'elle aurait introduite en ce sens et ne s'est pas prévalu de l'agrément dont seraient titulaires d'autres entités. C'est donc à juste titre et dans le respect strict du principe d'égalité que l'offre de cette société a été écartée contrairement à celle de la sa AQUAENERGIA.

17. En sa première branche, le moyen n'est, dès lors, pas sérieux.

Il en va de même en sa seconde branche.

Les dispositions de la loi du 20 mars 1991 relative à l'agrément des entrepreneurs doivent, en effet, être lues à la lumière de l'article 17quater de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 ainsi que de l'article 54, §§ 5 et 6, de la directive 2004/17/CE et de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans qu'il soit besoin de statuer sur la recevabilité du premier moyen, il suffit de constater qu'aucune des deux branches n'apparaît sérieuse. En effet, afin de démontrer leur capacité à exécuter le marché public concerné, les soumissionnaires étaient tenus, en vertu du cahier spécial des charges, de communiquer une copie du certificat d'agrément pour la catégorie D1 ou un engagement écrit relatif à l'obtention de l'agrément manquante au plus tard au moment de l'attribution du marché.

Comme le lui permettait l'article 17quater de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, la société AQUAENERGIA a fait valoir l'agrément de la société SODRAEP pour la catégorie D1 et a produit le certificat d'agrément de cette société ainsi qu'un engagement de cette dernière à mettre ses moyens à la disposition de la société AQUAENERGIA pour l'exécution du marché.

En conséquence, dès lors que la société AQUAENERGIA avait établi, de cette manière, qu'elle respectait, à la différence de la société ATC GROUP SC, les exigences précitées, prescrites par le cahier spécial des charges et la loi du 20 mars 1991 organisant l'agrément des entrepreneurs, les parties adverses ne pouvaient l'écarter de la procédure de passation du marché public litigieux pour les motifs invoqués par les requérantes. Les illégalités, alléguées dans la requête, n'apparaissent donc pas sérieuses.

Enfin, le grief nouveau, soulevé à l'audience par les requérantes, au sujet de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, n'est pas recevable.

Les requérantes n'établissent pas, en effet, qu'elles n'auraient pu invoquer, dans la requête, l'insuffisance de la motivation de l'acte attaqué au sujet de la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché public au regard de l'exigence d'une agrégation.

VI. SECOND MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

Les requérantes soulèvent un second moyen pris "de la violation des principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures de passation, et de la violation de l'article 18 de la Loi du 24 décembre 1993 et du principe «Patere legem quam ipse fecisti»".

Elles soutiennent que :

" Première branche du deuxième moyen : violation des principes d'égalité de traitement et de transparence

20. Le marché public litigieux est soumis au droit dérivé des marchés publics, puisqu'il a fait l'objet d'une publicité européenne (n° 4). Il est en outre de toute façon soumis au droit matériel européen.

La Cour de Justice a indiqué que «les principes d'égalité de traitement et de transparence des procédures d'adjudication impliquent pour les pouvoirs adjudicateurs l'obligation de s'en tenir à la même interprétation des critères d'attribution tout au long de la procédure. S'agissant des critères d'attributions eux-mêmes, il convient d'admettre, à plus forte raison, que ceux-ci ne doivent subir aucune modification au cours de la procédure d'adjudication».

Elle a en outre souligné que : «Une phase au cours de laquelle, avant la réunion de la commission d'évaluation, les membres de celle-ci examinent, à titre individuel, les offres présentées, fait partie intégrante de la procédure de passation du marché concerné. Dans ces conditions, une modification de la pondération des critères d'attribution qui intervient après ladite phase, au cours de laquelle les offres ont été examinées une première fois, reviendrait à modifier les critères sur la base desquels le premier examen a été effectué. Un tel comportement ne respecte pas le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence qui en découle».

Cette jurisprudence est relative aux «secteurs classiques», mais elle est parfaitement transposable aux «secteurs spéciaux» – dont relève le marché litigieux (n° 3). En effet, les considérations citées ci-dessus sont déduites des «principes d'égalité de traitement et de transparence». Or, ceux-ci s'appliquent également aux procédures négociées avec publicité des «secteurs spéciaux».

21. Il ressort du libellé même du rapport d'analyse des offres que les critères d'attribution ont été modifiés après l'ouverture des offres (n° 8) :

«Les offres régulières retenues ont été analysées sur base des règles approuvées par le pouvoir adjudicateur le 07/04/2011.

Néanmoins, après réception des offres (date limite le 02.05.2011), et après la première simulation d'attribution, il s'est avéré 2 problèmes :

1. Dans le cas où les deux derniers classés avaient le même coefficient, il était impossible d'attribuer.

Dès lors, lors des négociations, nous avons proposé une règle modifiée qui permet d'attribuer pour 2 ex-æquo en dernière position. Ceci a été accepté par tous les soumissionnaires. La règle modifiée se trouve ci-dessous.

2. Il était impossible d'attribuer la totalité du montant de tous les lots. En effet, les limites des classes d'agrégation pour les lots importants ne permettaient pas d'attribuer la totalité des lots, même en prenant 3 soumissionnaires.

Dès lors, lors des négociations, nous avons proposé une règle modifiée qui permet de répartir le solde non attribué aux soumissionnaires les mieux classés et dont la classe le permet» (Souligné par les requérantes – Fiche d'attribution, page 3 – Pièce n° 3 des requérantes).

Il y a lieu de noter que, contrairement à la première modification et si l'on en croit l'extrait ci-dessus, la seconde modification paraît n'avoir fait l'objet d'aucune acceptation de la part des soumissionnaires. Cette modification constitue une violation du principe d'égalité et du principe de transparence, tels qu'interprétés par la Cour de Justice.

Par conséquent, la décision attaquée doit être suspendue.

- Deuxième branche du deuxième moyen : violation de l'article 18, al. 2, de la Loi du 24 décembre 1993 et du principe «Patere legem quam ipse fecisti»

22. L'article 18, al. 2, de la Loi du 24 décembre 1993 stipule que :

«Lorsque le marché a trait à plusieurs lots, le pouvoir adjudicateur a le droit de n'en attribuer que certains et, éventuellement, de décider que les autres lots feront l'objet d'un ou plusieurs nouveaux marchés, au besoin suivant un autre mode, à la condition qu'il se soit expressément réservé ce droit dans le cahier spécial des charges ou les documents en tenant lieu».

Cette disposition confronte le pouvoir adjudicateur à une alternative à deux branches : soit attribuer un lot – dans le respect des critères d'attribution (n° 20), soit renoncer à cette attribution et, éventuellement, le soumettre à une nouvelle procédure de passation. Elle ne permet en revanche pas au pouvoir adjudicateur de modifier les critères d'attribution pour assurer l'attribution d'un maximum de (pourcentages de) lots composant le marché.

Il s'ensuit qu'en modifiant les critères d'attribution après l'ouverture des offres, les pouvoirs adjudicateurs ont non seulement violé les principes d'égalité de traitement et de transparence, mais aussi l'article 18 de la Loi du 24 décembre 1993.

23. La modification des critères d'attribution a abouti à une répartition des (pourcentages de) lots contraire à celle prévue par le cahier spécial des charges. En effet selon ce dernier, chaque lot était susceptible d'être réparti comme suit :

- 50 % du lot concerné au premier soumissionnaire le plus bas; 30 % au second soumissionnaire le plus bas; 20 % au troisième soumissionnaire le plus bas; ou

- 40 % au premier; 40 % au deuxième; 20% au troisième; ou
- 50 % au premier; 25 % au deuxième; 25 % au troisième (Cahier spécial des charges, pages 22-23 – Pièce n° 1 des requérantes – passage reproduit au n° 6).

Or, la décision attaquée abouti aux répartitions suivantes (en gras et italique, les pourcentages non prévus par le cahier spécial des charges) :

- Lot n° 1 : 55 % du lot concerné au premier; 30 % au second; 15 % au troisième;
- Lot n° 2 : 62 % au premier; 30 % au second; 8 % au troisième ;
- Lot n° 3 : 50 % au premier; 30 % au second; 10 % au troisième; 10 % au quatrième;
- Lot n° 4 : 8 % au premier; 51 % au second; 8 % au troisième; 34 % au quatrième;
- Lot n° 5 : 8 % au premier; 54 % au second; 8 % au troisième;
- Lot n° 6 : 26 % au premier; 26 % au second; 26 % au troisième; le solde n'étant pas attribué;
- Lot n° 7 : 50 % au premier; 30 % au second; 20 % au troisième; et
- Lot n° 8 : 15 % au premier; 15 % au second; 60 % au troisième (cf. le passage du rapport d'analyse des offres reproduit au n° 9)

Ces répartitions sont contraires au libellé du cahier spécial des charges et au principe «Patere legem quam ipse fecisti» (principe de sécurité juridique).

Par conséquent, la décision attaquée doit être suspendue."

Les parties adverses répondent que :

" III.2.2.1. Quant à la recevabilité du moyen

19. La recevabilité du moyen suppose que la modification de la méthode de répartition des lots fixée par le cahier spécial des charges ait eu une incidence négative sur la situation des requérantes.

Le moyen n'est, dès lors, recevable qu'en ce qui concerne les lots pour lesquels les requérantes auraient obtenu une part de marché ou une part de marché plus importante si ces lots avaient été répartis conformément aux règles initialement fixées par le cahier spécial des charges.

Tel n'est pas le cas des lots 3, 4, 5 et 7 :

- S'agissant des lots 3 à 5, l'offre des requérantes a, en fonction des coefficients proposés, été classée respectivement en cinquième, sixième et septième positions. Les requérantes n'auraient, dès lors, de toute façon pu obtenir aucune part de marché pour ces lots, et ce même si la méthode de répartition n'avait pas été modifiée. En effet, dans la version initiale du cahier spécial des charges, seul l'entrepreneur classé en quatrième position pouvait le cas échéant obtenir une part de marché dans l'hypothèse où l'agrégation des trois premiers ne permettait pas d'attribuer l'entièreté du lot. L'entrepreneur classé en cinquième position ne pouvait quant à lui obtenir une part de marché que s'il avait proposé le même coefficient que celui classé en quatrième position, quod non en l'espèce.

- Quant au lot 7, il a été attribué conformément à la règle de base fixée par le cahier spécial des charges et non modifiée, à savoir la répartition du lot entre les trois premiers classés, à raison de 50 % pour le premier, de 30 % pour le deuxième et de 20 % pour le troisième. Les requérantes ayant été classées en troisième position pour ce lot, elles ont, en conséquence, obtenu 20 % de celui-ci, sans que la modification de la méthode de répartition ait eu une quelconque influence sur ce point.

Le moyen n'est, dès lors, pas recevable en tant qu'il vise les lots 3, 4, 5 et 7 du marché.

III.2.2.2. Quant au fond

20. Il est, tout d'abord, inexact de prétendre, comme le font les requérantes, que le critère d'attribution du marché aurait été modifié.

En vertu du cahier spécial des charges, ce critère réside, en effet, dans le coefficient proposé par chacun des soumissionnaires. Aucune modification n'a été apportée sur ce point au cahier spécial des charges. Les pièces du dossier permettent d'ailleurs de constater que les offres ont été classées en fonction des coefficients proposés par les soumissionnaires (pièce 11 du dossier administratif, pp. 6 et 7/19).

Seule la méthode de répartition des lots a été modifiée, et ce au motif que cette méthode, telle qu'elle était initialement fixée par le cahier spécial des charges, ne permettait pas, au vu des offres déposées, d'attribuer les lots en tout ou en partie.

En outre, seules deux modifications ont été apportées à la méthode de répartition :

- tout d'abord, une règle a été ajoutée afin de rencontrer l'hypothèse – non visée par le cahier spécial des charges – dans laquelle les troisième et quatrième classés ont proposé un coefficient identique;
- ensuite, la règle applicable à l'attribution du solde du lot lorsque l'agrégation des trois premiers classés ne permet pas d'attribuer l'entièreté du lot, a été modifiée.

Pour le reste, la méthode de répartition des lots fixée par le cahier spécial des charges en fonction des coefficients n'a subi aucun changement.

21. Aucune disposition de la réglementation applicable n'interdisait au pouvoir adjudicateur d'agir en ce sens.

S'agissant d'une procédure négociée, il résulte, en effet, de l'article 17, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 qu'au cours d'une telle procédure, le pouvoir adjudicateur peut, après le dépôt des offres, négocier et donc modifier les conditions du marché. Les modifications peuvent ainsi porter, non seulement sur les offres déposées, mais également sur les «éléments préalablement déterminés par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché, le cahier spécial des charges ou les documents y tenant lieu, pour autant que le principe d'égalité soit respecté» (P. THIEL, op. cit., p. 319).

Les articles 108 à 110bis de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 ne contiennent sur ce point aucune restriction.

Lorsqu'au vu des offres déposées, il apparaît que la méthode de répartition des lots fixée par le cahier spécial des charges ne permet pas d'attribuer les lots en tout ou en partie, le pouvoir adjudicateur est donc autorisé à modifier cette méthode.

22. Dans ce cadre, il doit bien entendu respecter les principes d'égalité de traitement et de transparence.

Ces principes ont été respectés en l'espèce.

Tout d'abord, les modifications apportées à la méthode de répartition des lots ont été appliquées de la même manière à l'ensemble des soumissionnaires.

Ensuite, ceux-ci ont été informés, dans le même temps, de ces modifications.

Il ne peut donc être question d'une violation du principe d'égalité.

Enfin, chacun des soumissionnaires a été invité à marquer son accord sur les modifications opérées et cet accord a été donné expressément par l'ensemble des soumissionnaires, en ce compris les requérantes. Contrairement à ce que mentionnent ces dernières, ledit accord porte, en outre, sur les deux modifications apportées, et non pas uniquement sur la première (pièce 10 du dossier administratif).

Ce faisant, l'acte attaqué ne procède pas d'une quelconque violation du principe de transparence.

Les requérantes, pas plus que d'autres soumissionnaires, n'ont, en effet, assorti leur accord d'une quelconque réserve.

Elles ne peuvent donc se plaindre d'une violation du principe de transparence.

En sa première branche, le moyen n'est, en conséquence, pas sérieux.

23. Quant à la seconde branche, les requérantes donnent à l'article 18, alinéa 2, de la loi du 24 décembre 1993 une portée qu'il n'a pas.

Cette disposition se contente de prévoir qu'en cas [d'un] marché à lots, le pouvoir adjudicateur ne peut réserver un sort différent à chacun des lots que s'il s'est réservé cette faculté dans le cahier spécial des charges.

L'article 18 n'interdit pas au pouvoir adjudicateur de modifier la méthode de répartition des lots lorsque cette méthode ne permet pas d'attribuer ceux-ci en tout ou en partie. Une telle modification est par ailleurs permise en procédure négociée ainsi qu'il l'a été démontré ci-dessus.

L'acte attaqué ne méconnaît donc pas l'article 18 de la loi du 24 décembre 1993.

Quant au cahier spécial des charges et au principe *patere legem quam ipse fecisti*, il suffit de rappeler que le recours à la procédure négociée permet de modifier les conditions du marché et donc le cahier spécial des charges après l'ouverture des offres.

En sa seconde branche, le moyen n'est, par conséquent, pas non plus sérieux."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Recevabilité du moyen

Les parties adverses observent avec raison qu'en considération du classement de l'offre des requérantes, l'application des règles relatives à la répartition des lots, avant leur modification, n'aurait pu mener à ce que les lots 3 à 5 leur fussent attribués. Quant au lot 7, il fut réparti conformément aux règles prévues initialement par les parties adverses.

En conséquence, les modifications des règles portant sur la répartition des lots que contestent les requérantes, ne les ont pas affectées en ce qui concerne les lots précités. Elles ne disposent dès lors pas de l'intérêt requis à soulever le présent moyen à propos de ces lots. Le second moyen est irrecevable dans cette mesure.

Enfin, le grief nouveau, soulevé à l'audience par les requérantes, au sujet de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, n'est pas recevable.

Les requérantes n'établissent pas, en effet, qu'elles n'auraient pu invoquer, dans la requête, l'insuffisance de la motivation de l'acte attaqué au sujet de la modification des règles relatives à la répartition des lots.

B. Sérieux de la première branche du moyen

Les modalités de répartition des lots qui furent modifiées, faisaient partie des règles d'attribution prévues par le cahier spécial des charges. De telles règles n'apparaissent pas, *prima facie*, relever des conditions du marché qui peuvent être négociées conformément à l'article 17, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 auquel renvoie l'article 39 de la même loi.

Les parties adverses n'ont donc pu légalement solliciter l'accord des soumissionnaires afin de modifier ces règles.

La modification de ces règles, intervenue après l'examen des offres, emporte une violation du principe d'égalité. A cet égard, le seul fait que les règles modifiées aient été appliquées de la même manière à l'égard de tous les soumissionnaires, n'exclut pas que l'application de ces nouvelles règles, au lieu de celles initialement prévues, ait pu avoir un effet discriminatoire à l'encontre de certains soumissionnaires.

Enfin, l'accord des requérantes concernant ces modifications, ne les rend pas davantage licites. En effet, outre que les requérantes ne pouvaient accepter de subir cette illégalité, les règles d'attribution n'étaient pas soumises à négociation, comme cela vient d'être précisé, et ne pouvaient donc être modifiées moyennant l'accord des soumissionnaires.

La première branche du moyen est donc sérieuse.

VII. BALANCE DES INTERETS

Les parties adverses ne soutiennent pas que d'éventuelles conséquences négatives de la suspension de l'exécution de la décision entreprise pourraient l'emporter sur ses avantages.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision du 7 septembre 2012, prise par J. HUGE et B. HOUSSARD, respectivement Administrateur délégué et Responsable du département technique de la SCRL ORES, en tant qu'elle attribue les lots 1, 2, 6 et 8 du marché public de travaux de construction de bâtiments techniques maçonnés.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

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

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-six novembre deux mille douze par :

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Frédéric QUINTIN,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président f.f.,

Frédéric QUINTIN.

Yves HOUYET.