

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.741 du 5 juin 2013

G./A.208.763/VI-19.972

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

ayant élu domicile chez
Me Philippe ZEVENNE, avocat,
rue Saint-Remy, n° 5,
4000 Liège,

contre :

la société de transport en commun Liège-Verviers,
en abrégé TEC Liège-Verviers,

ayant élu domicile chez
Mes France MAUSSION et
Olivier DI GIACOMO, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 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 8 mai 2013, la société anonyme GESTANET sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise à une date inconnue par la directrice générale de la société de transport en commun Liège-Verviers de considérer que tous les candidats présentaient les capacités économiques, financières et techniques requises" ainsi que de "la décision prise le 19 avril 2013 par le conseil d'administration de la société de transport en commun Liège-Verviers par laquelle elle procède à l'attribution du marché public de services relatif à des prestations diverses de nettoyage de locaux et de bus aux sociétés A.I.R.A. cleaning services, de Loncin, sur base de son offre, au prix de 41.432,92 € pour le lot 1 et H2O S.P.R.L., de Jemeppe sur base de son offre au prix de 634.750,00 € pour le lot 2, décision notifiée par envoi du 23 avril 2013."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 8 mai 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 30 mai 2013 à 10 heures 30.

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

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

Me Gaël TILMAN, loco Me Philippe ZEVENNE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Olivier DI GIACOMO, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, 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 de la demande peuvent être décrits comme suit :

III. 1. En sa séance du 23 novembre 2012, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé de lancer la procédure d'attribution d'un marché public de services ayant pour objet "la mise à disposition de main d'œuvre pour le nettoyage de locaux divers et d'autobus". Il a opté pour une procédure négociée avec publicité préalable.

Cette procédure de passation a fait l'objet d'un avis de marché publié respectivement les 26 et 29 novembre 2012 au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne. Il en ressort notamment que le marché a une durée de deux ans et est composé de deux lots :

- un lot 1 intitulé "lavage de vitres et prestations planifiées de nettoyage dans les différents dépôts";
- un lot 2 intitulé "mise à disposition de personnel pour le nettoyage non planifiable des locaux et des autobus (notamment pour cause d'absence de personnel du TEC)".

Cet avis de marché ne prévoit aucune référence à produire en ce qui concerne la capacité économique et financière des soumissionnaires. Concernant la capacité technique, en revanche, l'avis de marché prévoit que les conditions de sélection suivantes doivent être réunies :

" 2° Critères de sélection qualitative

a) Une liste de références (minimum 3, maximum 10) de prestations similaires, durant les trois dernières années, reprenant le montant de la ou des services, la période d'exécution et le destinataire (avec mention du nom et du numéro de téléphone de la personne de référence).

Seront d'office exclues toutes les références éventuellement présentées qui sortent des cadres temporel et technique requis. Dans le cas où plus de 10 références seraient présentées, seules les 10 premières seront examinées.

Cette liste permettra au pouvoir adjudicateur d'apprécier si le prestataire de services a une expérience suffisante pour mener à bien le marché.

b) Des certificats de bonne exécution pour au moins 3 des références mentionnées sur la liste précitée.

c) Le nom et les coordonnées de tous les sous-traitants éventuels, ainsi que la partie du marché qu'ils réaliseront chacun (montant ou pourcentage)".

III. 2. La date limite de réception des candidatures était fixée au 4 janvier 2013. A cette date, les six sociétés suivantes ont déposé une demande de participation :

- la société anonyme ACTIVA;
- la société privée à responsabilité limitée A.I.R.A. CLEANING SERVICES;
- la société anonyme GESTANET;
- la société privée à responsabilité limitée H2O;
- la société anonyme ISS;
- la société anonyme LAURENTY.

III. 3. Par des courriers électroniques du 14 janvier 2013, la partie adverse a écrit à la société anonyme ACTIVA, à la société privée à responsabilité limitée A.I.R.A. CLEANING SERVICES et à la société privée à responsabilité limitée H2O en vue d'obtenir des informations complémentaires. Celles-ci lui ont été communiquées le 15 janvier 2013 par les trois sociétés interrogées.

III. 4. Le 21 janvier 2013, la directrice générale, Isabelle MEWISSEN, a sélectionné, aux termes d'une décision motivée, l'ensemble des candidats. Il s'agit du premier acte attaqué par le présent recours.

III. 5. Le 30 janvier 2013, le cahier spécial des charges PNP 2012/013 a été envoyé à chacun de ces six candidats sélectionnés.

Il définit notamment les critères d'attribution comme suit :

" Le marché sera attribué sur base des points obtenus dans les critères suivants :

LOT 1 :

1) Prix	30 points
2) Qualité :	20 points
- Description des modes opérationnels	6 points
- Application des modes opérationnels par le personnel	6 points
- Méthode de suivi des prestations	8 points

LOT 2 :

1) Prix	30 points
2) Qualité :	20 points
- Temps de réponse pour la mise à disposition de personnel	8 points
- Description des modes opérationnels	4 points
- Application des modes opérationnels par le personnel	4 points
- Méthode de suivi des prestations	4 points".

III. 6. Le 5 mars 2013, jour de l'ouverture des offres, il a été constaté que cinq offres avaient été déposées, chacune de celles-ci portant sur les deux lots.

Les cinq soumissionnaires étaient les suivants :

- la société anonyme GESTANET;
- la société anonyme ISS;
- la société privée à responsabilité limitée H2O;
- la société privée à responsabilité limitée A.I.R.A. CLEANING SERVICES;
- la société anonyme LAURENTY.

III. 7. Le 19 avril 2013, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé d'attribuer :

- le lot 1 à la société A.I.R.A. CLEANING SERVICES pour un montant de 41.432,92 euros hors taxe sur la valeur ajoutée, et;
- le lot 2 à la société H2O pour un montant de 634.750,00 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

Il s'agit du deuxième acte attaqué par le présent recours.

III. 8. Le deuxième acte attaqué a été notifié aux soumissionnaires le 23 avril 2013 par voie recommandée et par télécopie. Se déclarant animée d'un souci de confidentialité, la partie adverse n'a communiqué à chaque soumissionnaire que l'extrait de la motivation de la cotation du critère "qualité" qui le concerne.

IV. RECEVABILITE QUANT A LA DECISION D'AGIR

IV. 1. Thèses des parties

Dans sa note d'observations, la partie adverse fait valoir ce qui suit :

- " 14. Il ressort des pièces produites par la requérante ainsi que de l'ensemble des publications figurant aux annexes du Moniteur belge et des différents comptes annuels qu'elle a déposés, que le conseil d'administration de la requérante était composé de deux administrateurs, tant au moment où, à une date inconnue, la S.A. GSI Finances a été désignée en qualité d'administrateur délégué de la S.A. GESTANET qu'au moment où elle a pris la décision d'agir du 6 mai 2013.

L'article 518 du Code des sociétés énonce cependant que «Les administrateurs doivent être au nombre de trois au moins. Toutefois, lorsque la société est constituée par deux fondateurs ou que, à une assemblée générale des actionnaires de la société, il est constaté que celle-ci n'a pas plus de deux actionnaires, la composition du conseil d'administration peut être limitée à deux membres jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation par toute voie de droit de l'existence de plus de deux actionnaires».

La partie requérante n'a cependant communiqué aucune pièce dont il ressortirait qu'elle se trouvait, au moment où la S.A. GSI Finances a été désignée en qualité d'administrateur-délégué et au moment où elle a pris la décision d'agir du 6 mai 2013, dans les conditions limitatives prévues par cette disposition pour déroger à l'obligation d'avoir au moins trois administrateurs.

Il convient donc que la requérante justifie la composition de son conseil d'administration à la lumière de la disposition citée ci-dessus, faute de quoi il y aurait lieu de constater que la décision d'introduire le recours a été prise par un organe constitué ou désigné de manière irrégulière.

15. En pareille hypothèse, le recours devrait être déclaré irrecevable."

A l'audience du 30 mai 2013, le conseil de la requérante a déposé les pièces qui, à son estime, permettent d'établir la régularité de la décision d'agir. Il s'agit de la copie du procès-verbal de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires du 27 décembre 2011 et de la copie du registre des actions nominatives de la société anonyme GESTANET.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 522, § 2, du code des sociétés, applicable aux sociétés anonymes, dispose comme suit :

- " 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. Cette clause est opposable aux tiers. Les statuts peuvent apporter des restrictions à ce pouvoir, mais ces restrictions, de même que la répartition

éventuelle des tâches dont les administrateurs auraient convenu, ne sont pas opposables aux tiers, même si elles sont publiées."

L'article 518 du même Code, en son paragraphe premier, est libellé comme suit :

" Les administrateurs doivent être au nombre de trois au moins.

Toutefois, lorsque la société est constituée par deux fondateurs ou que, à une assemblée générale des actionnaires de la société, il est constaté que celle-ci n'a pas plus de deux actionnaires, la composition du conseil d'administration peut être limitée à deux membres jusqu'à l'assemblée générale ordinaire suivant la constatation par toute voie de droit de l'existence de plus de deux actionnaires."

Il ressort des pièces déposées à l'audience du 30 mai 2013, et notamment de la copie du registre des actions nominatives de la requérante, que le capital de celle-ci, représenté par 2500 actions au porteur, est détenu par deux personnes, l'une à concurrence de 2498 actions, l'autre à concurrence de 2 actions.

La requérante paraît donc, *prima facie*, remplir les conditions énoncées à l'article 518, § 1^{er}, du Code des sociétés pour déroger au nombre minimal de trois administrateurs.

Il s'ensuit que, fondée sur une prétendue méconnaissance de cette disposition, l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un deuxième moyen, "pris de la violation de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en ses articles 1, 4, 5, 16, 65/4, 65/5 et 65/8 et de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, en ses articles 2 et 3". Elle l'expose comme suit :

- " En ce que la loi du 24 décembre 1993 impose au pouvoir adjudicateur de rendre une décision motivée lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure. Cette décision motivée doit comprendre, notamment :
- En cas de procédure négociée, les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure;
 - Les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue.

Alors que la décision rendue par le conseil d'administration de la partie adverse le 19 avril 2013 ne fait nullement état des motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à la procédure négociée.

Que de même, cette même décision ne mentionne pas les caractéristiques ni les avantages de l'offre retenue.

En effet, dans sa décision du 19 avril 2013, la partie adverse se contente d'énoncer les points attribués aux différents soumissionnaires, que ce soit pour le lot 1 ou pour le lot 2, sans que ces points ne soient justifiés d'une quelconque manière.

Qu'il a été décidé :

«En vertu de l'article 65/5, 7° de la loi du 24 décembre 1993 précitée, rendu applicable en l'espèce par l'article 65/29 de cette même loi, la décision d'attribution du marché doit, pour satisfaire à l'exigence de motivation formelle, comporter l'indication des motifs de droit et de fait justifiant le choix de l'offre retenue, lesquels motifs contiennent notamment la description des caractéristiques et avantages relatifs de l'offre retenue, au regard de celles qui ne l'ont pas été.

En l'espèce, s'agissant du deuxième critère d'attribution, relatif à la qualité des propositions techniques avancées en corrélation avec les objectifs définis, le classement des offres résulte des seules cotes attribuées à chacune d'elles, sans que soient décrits les points forts et faibles des offres de l'adjudicataires et des autres soumissionnaires, permettant d'expliquer l'attribution des cotes respectives. À l'égard d'un tel critère d'appréciation qualitative des offres, la simple attribution de cotes ne constitue pas une motivation suffisante, au regard de l'exigence édictée par la disposition de l'article 65/5, 7°, précité.»

De même, la motivation doit également établir une comparaison effective des offres sous peine de violation de la loi.

«La motivation qui ne contient aucune appréciation des projets concurrents de l'offre de l'attributaire, n'établit pas qu'il y a eu une comparaison effective des offres, ni n'exprime les raisons précises pour lesquelles l'offre de l'attributaire a été préférée, ne satisfait pas aux prescriptions des articles 1, 4, 5 et 16 de la loi du 24 décembre 1993.»

Dans le même esprit, il a également été rappelé, dans le cadre d'une procédure négociée comme en l'espèce, que :

«Par contre, la requérante soutient avec raison que la motivation de l'acte contesté, en ce qui concerne le deuxième critère d'attribution, ne lui permet pas de comprendre pour quels motifs la partie adverse a décidé d'attribuer aux différents soumissionnaires les cotes qu'elle leur a accordées;

Qu'en effet, le pouvoir adjudicateur s'est limité à mentionner les pourcentages obtenus par les soumissionnaires, à exposer qu'ils offraient pratiquement les mêmes garanties et fonctionnalités et à renvoyer à une "motivation détaillée" des résultats de chaque soumissionnaire dans une annexe de la décision contestée; que, cependant, cette annexe ne comporte pas de motivation détaillée pour chacun des soumissionnaires;

Que la partie adverse n'y explique pas l'appréciation qu'elle a portée sur les offres de chaque soumissionnaire par rapport à l'ensemble des exigences techniques; qu'elle y expose seulement les qualités qu'elle a observées, pour certaines des offres, en ce qui concerne des exigences techniques sans se prononcer sur les autres offres par rapport à ces mêmes exigences; qu'une telle motivation ne suffit pas pour comprendre l'évaluation à laquelle la partie adverse s'est livrée et la cotation qu'elle a effectuée;

Que sur ce point le moyen apparaît sérieux;»

La décision motivée rendue par la partie adverse ne correspond pas à la décision motivée telle que définie par le Législateur, notamment à l'article 65/5 de la loi du

24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services.

Dans son courrier d'accompagnement du 23 avril 2013, le pouvoir adjudicateur indique que :

«Par souci de confidentialité, la motivation de la cotation du critère qualité ne vous est communiquée qu'en ce qui concerne votre offre.»

Le présent marché ne présente guère un degré tel de confidentialité, s'agissant d'un marché de nettoyage, qu'il permettrait à l'autorité adjudicatrice de se soustraire aux obligations rappelées supra d'information et de motivation.

Accepter pareille justification in casu équivaldrait à vider de leur substance ces obligations légales incombant au pouvoir adjudicateur permettant tant au soumissionnaire évincé qu'à la juridiction de recours de vérifier le bienfondé et la pertinence du choix posé par l'autorité adjudicatrice ainsi que le respect des règles entourant la passation de la commande publique.

Il en découle que la justification de confidentialité ne peut permettre à la partie adverse d'échapper à ses obligations d'information et de motivation.

Partant, la partie adverse a violé les dispositions légales rappelées supra."

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute ce moyen dans les termes suivants :

" 21. Il convient, tout d'abord, de constater que les articles 1^{er}, 4, 5 et 16 de la loi du 24 décembre 1993 sont complètement étrangers au moyen soulevé par la requérante.

L'article 1^{er} énonce que les marchés sont passés avec concurrence et à forfait, l'article 4 définit le champ d'application ratione personae de la loi, l'article 5 définit les marchés publics de travaux, de fournitures et de services et l'article 16 énonce que le pouvoir adjudicateur doit attribuer le marché au soumissionnaire qui a remis l'offre la plus intéressante au regard des critères d'attribution.

La requérante n'indique pas en quoi ces dispositions auraient été violées. Il apparaît au contraire de l'acte attaqué et du dossier administratif que ces dispositions ont été parfaitement respectées par la partie adverse.

Du reste, l'on relèvera que l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 n'est pas applicable aux marchés relevant des secteurs spéciaux, comme c'est le cas en l'espèce.

En ce qu'il est pris de la violation des articles 1^{er}, 4, 5 et 16 de la loi du 24 décembre 1993, le deuxième moyen est dès lors irrecevable et en tout cas, manifestement non sérieux.

22. Le deuxième moyen est tout aussi dépourvu de caractère sérieux en ce qu'il est pris de la violation des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991.

a. L'on relèvera, d'abord, que, contrairement à ce que la partie requérante soutient à tort, l'acte attaqué du 19 avril 2013 – à savoir, la décision d'attribution du marché – ne devait pas, conformément aux articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993, contenir les motifs pour lesquels il a été opté pour une procédure négociée avec publicité.

La requérante procède à une mauvaise lecture de ces deux dispositions lorsqu'elle indique que la décision d'attribution du marché doit contenir «les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure». La décision de lancer

la procédure de passation est, en effet, une décision distincte de la décision d'attribution du marché.

Par ailleurs, dans la mesure où le présent marché relève du secteur des transports (cf. article 32 de la loi du 24 décembre 1993), l'article 65/4 n'imposait même pas au pouvoir adjudicateur d'établir une décision motivée pour recourir à la procédure négociée avec publicité.

Le conseil d'administration du TEC Liège-Verviers a néanmoins pris une telle décision, en sa séance du 23 novembre 2012, comme cela ressort du dossier administratif [...].

b. Force est, ensuite, de constater que la thèse de la requérante selon laquelle la décision d'attribution du marché ne contiendrait pas «les caractéristiques ni les avantages de l'offre retenue» manque en fait.

Il ressort de la pièce n° 1 du dossier administratif, partie confidentielle, que la décision querellée contient, conformément à l'article 65/5, 7°, de la loi du 24 décembre 1993, «les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue» et que cette motivation formelle est «adéquante», comme l'exige l'article 3 de la loi du 29 juillet 1991.

Certes, la partie adverse a, conformément à l'article 65/10, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993, décidé de ne pas communiquer l'intégralité de la décision d'attribution dans la mesure où elle a considéré que la divulgation de certaines informations y figurant aurait porté préjudice aux intérêts commerciaux légitimes des soumissionnaires.

Il n'en reste pas moins que l'acte attaqué, tel qu'adopté par le conseil d'administration de la partie adverse, en sa séance du 19 avril 2013, est adéquatement et parfaitement motivé en la forme, comme l'exigent les articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 et les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, et que le moyen n'est donc pas sérieux en ce qu'il invoque la violation de ces dispositions.

23. Enfin, le deuxième moyen est irrecevable en ce qu'il est pris de la violation de l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993.

Il est, en effet, de jurisprudence constante qu'un vice dans la notification d'une décision n'affecte pas la légalité de cette décision.

A cet égard, Votre Conseil a déjà considéré que «Même susceptible de porter atteinte à l'efficacité d'un recours juridictionnel, un vice dans la notification d'une décision ou de ses motifs n'affecte pas la légalité de celle-ci. Les griefs formulés à ce propos par la requérante à l'audience ne pourraient donc conduire à ce que le moyen soit déclaré sérieux» [...]

Plus récemment encore, il a jugé, au sujet de cet article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993, qu'«une éventuelle méconnaissance de cette disposition constituerait un vice entachant une formalité postérieure à l'adoption de l'acte attaqué, mais ne saurait toutefois affecter la légalité de celui-ci, de sorte qu'un moyen pris de la violation de cette disposition ne saurait être utilement soulevé à l'appui d'une requête tendant à faire ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué» [...]

Le Conseil d'Etat, chambres néerlandophones, a, de même, déjà décidé que «Zoals de verwerende partij terecht tegenwerpt, lijkt het middel niet ontvankelijk, in zoverre daarin de schending wordt ingeroepen van een informatieplicht, aangezien een onregelmatigheid in de kennisgeving van een beslissing de rechtmatigheid van die beslissing niet aantast» [...]

L'on relèvera, du reste, que la requérante n'a pas visé, dans l'exposé de son deuxième moyen, la violation de l'article 65/10 de la loi du 24 décembre 1993 et qu'elle est restée en défaut d'indiquer en quoi cette disposition – et la protection de certaines informations qu'elle implique – ne pourrait pas s'appliquer en l'espèce.

24. Des développements qui précèdent, il ressort que le deuxième moyen est également dépourvu de tout caractère sérieux et doit donc être rejeté."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

C'est à tort que la requérante soutient que le deuxième acte attaqué devait contenir les motifs pour lesquels la partie adverse a choisi de recourir à une procédure négociée avec publicité. En tant qu'il formule ce grief, le moyen est dépourvu de caractère sérieux.

Par ailleurs, en tant qu'il porte sur la désignation des deux attributaires du marché, le moyen dénonce le défaut ou l'insuffisance de motivation formelle du deuxième acte attaqué, et non la notification déficiente de celui-ci. C'est donc vainement que la partie adverse se prévaut de la jurisprudence selon laquelle un vice dans la notification d'une décision n'affecte pas la légalité de celle-ci.

Les articles 65/4, 5°, 65/5, 65/8 et 65/10, § 1^{er}, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services sont libellés comme suit :

- " Art. 65/4. L'autorité adjudicatrice établit une décision motivée :
[...]
5° lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure;
[...]."
- " Art. 65/5. La décision motivée visée à l'article 65/4 comporte, selon la procédure et le type de décision :
 - 1° le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice, l'objet et le montant du marché à approuver;
 - 2° en cas de procédure négociée, les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure;
 - 3° les noms des candidats ou des soumissionnaires;
 - 4° en cas de système de qualification dans les secteurs spéciaux :
 - les noms des candidats qualifiés et non qualifiés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable;
 - les noms des candidats dont la qualification est retirée et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable;
 - 5° les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes;
 - 6° les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction. Ces motifs sont notamment relatifs au caractère anormal des prix et, le cas échéant, à la décision de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues;
 - 7° les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue;

8° les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure d'attribution suivie."

"Art. 65/8. § 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :

- 1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
- 2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
- 3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

La communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également, le cas échéant :

- 1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er};
- 2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 65/11;
- 3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 65/11, alinéa 3, peut être envoyé.

L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée.

§ 2. La communication visée au § 1^{er} ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai et l'article 65/11 soient applicables.

Pour l'ensemble des offres introduites pour ce marché, la suspension de ce délai prend fin :

- 1° à défaut de demande de suspension visée à l'article 65/11, alinéa 2, à l'issue du dernier jour de la période visée à l'article 65/11, alinéa 1^{er};
- 2° en cas de demande de suspension visée à l'article 65/11, alinéa 2, au jour de la décision de l'instance de recours visée à l'article 65/15;
- 3° en tout cas au plus tard quarante-cinq jours après la communication visée au § 1^{er}."

"Art. 65/10. § 1^{er}. Certains renseignements peuvent ne pas être communiqués lorsque leur divulgation ferait obstacle à l'application d'une loi, serait contraire à l'intérêt public, porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'entreprises publiques ou privées ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises.

[...]"

Il ressort de l'article 65/8 précité qu'au soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, doit être notifiée l'intégralité de la décision motivée d'attribution du marché, et non certains de ses motifs. Par ailleurs, si cette décision peut taire certains renseignements au nom de la confidentialité et en vertu de l'article 65/10, § 1^{er}, cette disposition ne dispense pas de notifier l'intégralité de la décision d'attribution, de sorte que la décision notifiée au soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue doit être considérée comme étant la décision motivée d'attribution, au sens de l'article 65/4, 5°. C'est donc à cette seule décision notifiée qu'il y a lieu d'avoir égard pour examiner un moyen qui dénonce le défaut ou l'insuffisance de motivation formelle.

En l'espèce, la décision notifiée contient le détail des cotes attribuées à chaque soumissionnaire, ainsi que la motivation de la cote attribuée à la requérante pour le critère "qualité". Les motifs des cotes attribuées pour ce même critère aux offres des autres soumissionnaires n'y figurent toutefois pas.

Une telle motivation, qui ne décrit pas les points forts et faibles des différentes offres et ne permet pas de comprendre pour quels motifs la partie adverse a décidé d'attribuer aux différents soumissionnaires les cotes qu'elle leur a accordées, ne peut être tenue pour suffisante au regard des dispositions précitées. En tant qu'il invoque la violation de celles-ci, le moyen doit être déclaré sérieux.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un troisième moyen, "pris de la méconnaissance de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en son article 17, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, notamment en son article 68, 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 en son article 59, de l'avis de marché, notamment en son point III.2.3), des principes généraux du droit, et notamment du principe de bonne administration et du principe d'égalité, et de l'erreur manifeste d'appréciation."

Elle l'expose comme suit :

- " En ce que le pouvoir adjudicateur a estimé, dans le cadre d'une décision prise à une date inconnue (premier acte attaqué) que tous les candidats, en ce compris A.I.R.A. cleaning services et H2O S.P.R.L. présentaient les capacités économiques, financières et techniques requises.
Alors que dans l'avis de marché, trois critères de sélection qualitative relatifs à la capacité technique étaient repris :
- Une liste de références de prestations similaires durant les trois dernières années reprenant le montant des services, la période d'exécution et le destinataire, cette liste permettant au pouvoir adjudicateur d'apprécier si le prestataire de service a une expérience suffisante pour mener à bien le marché;
 - Des certificats de bonne exécution pour au moins trois des références mentionnées sur la liste précitée;
 - Le nom et les coordonnées de tous les sous-traitants éventuels, ainsi que la partie du marché qu'ils réaliseront chacun (montant ou pourcentage).

L'article 59, § 2 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, prétendument applicable selon la partie adverse, dispose que :

«En cas d'adjudication restreinte, d'appel d'offres restreint et de [procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 39, § 1^{er}, de la loi], 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 prestataires de services intéressés.»

A l'estime de la requérante, le présent marché ne doit pas être régi par les dispositions relatives aux secteurs spéciaux, l'objet du marché n'étant ni la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par autobus, ni l'exploitation d'une aire géographique en vue de mettre des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux.

C'est donc l'article 68, 2^{ème} alinéa de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics qui devrait trouver à s'appliquer et qui énonce que :

En cas d'adjudication restreinte, d'appel d'offres restreint et de procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 17, § 3, de la loi, le pouvoir adjudicateur choisit sur la base des renseignements concernant la situation personnelle du prestataire de services, ainsi que des renseignements et des documents nécessaires à l'évaluation des conditions minimales de caractère financier, économique et technique à remplir par celui-ci, les candidats qu'il invite respectivement à présenter une offre ou à négocier, parmi ceux présentant les qualifications requises par les articles 69 à 73ter du présent arrêté.

Il ressort de la lecture de ces deux articles, quel que soit celui applicable au présent marché, que le pouvoir adjudicateur, en énonçant des critères de sélection qualitative, se devait d'apprécier la sélection qualitative sur base desdits critères.

Or, les deux attributaires des deux lots, soit A.I.R.A. cleaning services et H2O S.P.R.L. n'ont pu présenter une liste de prestations similaires durant les trois dernières années, à défaut pour eux d'avoir accompli pareilles prestations.

Il s'en déduit que le pouvoir adjudicateur a gravement méconnu ses propres documents de marché et n'a pas respecté les critères de sélection qualitative qu'il a lui-même énoncés.

S'il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation à celle du pouvoir adjudicateur, il revient néanmoins à la juridiction de recours de vérifier si, dans son appréciation des références soumises par les différents soumissionnaires, et en l'occurrence plus précisément par les attributaires des deux lots, le pouvoir adjudicateur n'a pas commis d'erreur manifeste.

En l'espèce, le marché étant d'une importance certaine, soit près de 700.000 € pour les deux lots pour les deux années prévues pour le marché, soit 350.000 € annuels, le pouvoir adjudicateur, en précisant dans son avis de marché que les candidats devaient produire une liste de référence (minimum 3) de prestations similaires, devait exiger de ceux-ci qu'ils rapportent la preuve de l'accomplissement de marché de même importance, soit d'un montant avoisinant les 300.000 € par an.

Tel n'est manifestement pas le cas pour les attributaires des lots 1 et 2

C'est, partant, suite à une erreur manifeste d'appréciation et en violation des documents de marché, et principalement de l'avis de marché, que la société H2O et AIRA cleaning services ont déclarées comme ayant les capacités économiques, financières et techniques requises."

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute ce moyen dans les termes suivants:

" 26. Le troisième moyen est irrecevable en ce qu'il invoque la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et du principe d'égalité, la requérante restant en défaut d'indiquer en quoi la partie adverse aurait, en l'espèce, violé ces dispositions constitutionnelles et ce principe.
Il est également irrecevable en ce qu'il est pris de la violation de l'article 17 de la loi du 24 décembre 1993 et de l'article 68 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, ces deux dispositions n'étant pas applicables au secteur des transports, auquel ressortit le marché litigieux.

27. Le troisième moyen est, en outre, manifestement dépourvu de caractère sérieux en ce qu'il est pris de la violation de l'article 59 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, du point III.2.3), de l'avis de marché et de l'erreur manifeste d'appréciation. L'article 54, § 2, de la directive 2004/17 du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux dispose que «Les entités adjudicatrices qui sélectionnent les candidats à une procédure de passation de marchés restreinte ou négociée doivent le faire en accord avec les règles et les critères objectifs qu'elles ont fixés et qui sont à la disposition des opérateurs économiques intéressés».

L'article 59, § 2, de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 énonce qu'«en cas d'adjudication restreinte, d'appel d'offres restreint et de procédure négociée avec publicité lors du lancement de la procédure au sens de l'article 39, § 1^{er}, de la loi, 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 prestataires de services intéressés».

Conformément à ces deux dispositions, il revient au pouvoir adjudicateur de préciser dans l'avis de marché, à la faveur de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, ceux des moyens de preuve de la capacité technique qu'il entend obtenir.

28. Lorsque le pouvoir adjudicateur opte pour un moyen de preuve déterminé, il relève également de son pouvoir d'appréciation de fixer ou non des exigences minimales concernant la capacité d'un soumissionnaire et ce, en fonction de ce qui lui paraît nécessaire ou utile pour fonder sa décision sur le plan de la sélection qualitative.

Il pourrait ainsi estimer qu'il est opportun de ne pas fixer de seuils minimums en vue de favoriser la concurrence qui est un principe fondamental de la législation relative aux marchés publics.

Si le pouvoir adjudicateur a exigé la production d'une liste de services similaires sans fixer de seuils financiers minimaux, il ne saurait, a posteriori, exiger que ces références atteignent un seuil financier minimum. Ce faisant, il violerait, en effet, les principes d'égalité et de transparence.

29. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a exigé des soumissionnaires qu'ils produisent «une liste de références (minimum 3, maximum 10) de prestations similaires, durant les trois dernières années, reprenant le montant de la ou des services, la période d'exécution et le destinataire (avec mention du nom et du numéro de téléphone de la personne de référence)». Il a, en outre, précisé que «seront d'office exclues toutes les références éventuellement présentées qui sortent des cadres temporel et technique requis. Dans le cas où plus de 10 références seraient présentées, seules les 10 premières seront examinées. Cette liste permettra au pouvoir adjudicateur d'apprécier si le prestataire de services a une expérience suffisante pour mener à bien le marché». Par ailleurs, des «certificats de bonne

exécution pour au moins 3 des références mentionnées sur la liste précitée» devaient figurer dans le dossier de candidature.

La notion de références de «prestations similaires» vise l'objet des services prestés par les soumissionnaires dans les trois dernières années et non leur montant. Le pouvoir adjudicateur n'a, en réalité, pas fixé de seuil minimum pour ces références. A cet égard, l'on ne voit pas en quoi – et la requérante ne le démontre pas – l'absence d'un tel seuil serait constitutive d'une erreur et, a fortiori, d'une erreur manifeste d'appréciation, dans le chef de la partie adverse.

Dans la mesure où aucun seuil minimum n'était fixé, le pouvoir adjudicateur a pu – et a dû – prendre en considération toutes les références «de prestations similaires, durant les trois dernières années, reprenant le montant de la ou des services, la période d'exécution et le destinataire» et ce, quel que soit le montant sur lequel elles portent.

Il ressort de l'examen du dossier administratif que les sociétés A.I.R.A. Cleaning Services et H2O ont, dans ces conditions, bien satisfait à la condition fixée par la rubrique III.2.3) de l'avis de marché. En sélectionnant l'ensemble des candidats pour les deux lots, la partie adverse n'a donc pas méconnu les dispositions énoncées au moyen et, en particulier, n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

30. Le troisième moyen n'est dès lors pas fondé et, a fortiori, pas sérieux."

C. Plaidoiries

A l'audience du 30 mai 2013, la requérante a également fait valoir que les attributaires du marché ne pouvaient se prévaloir de références similaires, n'ayant jamais effectué de prestations de nettoyage d'autobus. Elle a soutenu que le caractère "similaire" ne pouvait se déduire du seul objet d'un marché de services portant sur des prestations de nettoyage non autrement spécifiées.

La partie adverse lui a objecté que ce grief était nouveau, n'ayant pas été formulé dans la requête.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'apparaît pas, *prima facie*, qu'en sollicitant la production de références pour des prestations similaires, la partie adverse aurait nécessairement visé des prestations effectuées pour des montants proches de ceux du marché litigieux. En conséquence, à supposer que les attributaires des lots 1 et 2 ne pouvaient se prévaloir de prestations de tels montants, il ne pourrait être reproché à la partie adverse d'avoir commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant qu'ils répondaient à l'exigence de sélection relative aux références pour des prestations similaires.

Pour le surplus, si la requérante entendait critiquer l'usage d'un critère de "références pour prestations similaires" non autrement précisé pour ce qui a trait à ce caractère "similaire", il lui appartenait de le faire à la faveur d'un moyen soulevé à l'appui de sa requête.

Dans ces conditions, le moyen ne peut être tenu pour sérieux.

Dès lors que le premier acte attaqué n'est critiqué que par ce moyen, la suspension de son exécution ne peut être ordonnée.

VII. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse n'identifie pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution du second acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

VIII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite que soit assurée la confidentialité de la version intégrale de la décision d'attribution du marché, des candidatures et offres des sociétés privées à responsabilité limitée H2O et A.I.R.A. CLEANING SERVICES, ainsi que des informations que ces sociétés ont communiquées à la partie adverse le 15 janvier 2013.

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

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 19 avril 2013 par le conseil d'administration de la société de transport en commun Liège-Verviers procédant à l'attribution du marché public de services relatif à des prestations diverses de nettoyage de locaux et de bus aux sociétés A.I.R.A. cleaning services, de Loncin, sur base de son offre, au prix de 41.432,92 euros pour le lot 1 et H2O S.P.R.L., de Jemeppe sur base de son offre au prix de 634.750,00 euros pour le lot 2.

Article 2.

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

La version intégrale de la décision d'attribution du marché, les candidatures et les offres des sociétés privées à responsabilité limitée H2O et A.I.R.A. CLEANING SERVICES demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 6.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le cinq juin deux mille treize par :

M.	David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.