

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.399 du 26 juillet 2013

A.209.341/VI-20.003

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

ayant élu domicile chez
Me Philippe ZEVENNE, avocat,
rue Saint-Remy 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 25
1000 Bruxelles.

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI^e CHAMBRE DES VACATIONS,
SIEGEANT EN REFERE,**

I. OBJET DE LA REQUETE ET ETAT DE LA PROCEDURE

Par une requête introduite le 5 juillet 2013, la société anonyme GESTANET demande, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise le 21 janvier 2013 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 et la suspension de l'exécution de la décision prise le 21 juin 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 21 juin 2013".

Une ordonnance du 5 juillet 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître à l'audience du 25 juillet 2013 à 10 heures.

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

M^{me} le Conseiller d'Etat, Président f.f., Anne-Françoise BOLLY, a exposé son rapport.

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

M. le Premier auditeur chef de section 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.

II. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen de la demande ont été exposés dans l'arrêt n° 223.741 du 5 juin 2013. Il convient de les compléter comme suit :

II. 1. Par l'arrêt précité, l'exécution de la décision prise le 19 avril 2013 qui attribuait le marché public de services a été suspendue, le deuxième moyen étant jugé sérieux.

II. 2. Par courrier du 21 juin 2013, la partie adverse a communiqué à la requérante la décision prise le 20 juin 2013 par son conseil d'administration. Cette décision retire celle du 19 avril 2013 et attribue à nouveau le lot 1 du marché public de services susvisé à la S.P.R.L. A.I.R.A. Cleaning Services pour un montant HTVA de 41.432,92€ et le lot 2 du même marché à la S.P.R.L. H2O pour un montant HTVA de 634.750,00€, soit un montant total de 676.182,92€ HTVA pour les deux lots réunis. Il s'agit du second acte attaqué.

III. RECEVABILITE EN CE QUI CONCERNE LE PREMIER ACTE ATTAQUE

III. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité de la demande en

ce qu'elle porte sur le premier acte attaqué. Elle constate que cette décision a déjà fait l'objet d'une demande de suspension d'extrême urgence et que, par son arrêt n° 223.741 précité, le Conseil d'Etat a rejeté la requête en ce qu'elle était dirigée contre celle-ci. Elle en conclut que conformément à l'article 17, § 1^{er}, alinéa 5, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la partie requérante ne pouvait plus introduire de demande en suspension d'extrême urgence à l'encontre de cet acte.

III. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le premier acte attaqué a été notifié à la partie requérante à l'occasion du précédent recours ayant donné lieu à l'arrêt n° 223.741 du 5 juin 2013 précité, opposant les mêmes parties.

Or, conformément à l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la demande de suspension d'une décision visée à l'article 65/15 de la même loi, doit être introduite dans les 15 jours de sa notification, à peine d'irrecevabilité.

En conséquence, la demande de suspension d'extrême urgence, introduite le 5 juillet 2013, est irrecevable en ce qu'elle vise le premier acte attaqué, car tardive.

IV. PREMIER MOYEN

IV.1. Thèses des parties

A. Requête

La société requérante prend un premier moyen "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 le 21 janvier 2013 (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.

Dans le cadre de la première procédure en suspension, la partie adverse a estimé que le critère de similarité devait s'entendre non comme relatif à l'importance du marché mais bien comme relatif à son objet.

Si tel devait être le cas, il conviendrait d'examiner si les références déposées par les sociétés H2O et AIRA cleaning services contiennent des références similaires, à savoir des références portant sur le nettoyage d'autobus.

Or, tel n'est pas le cas, lesdites sociétés n'ayant effectué de prestations de nettoyage d'autobus.

Il s'en déduit que les offres des sociétés attributaires du marché n'ont pu présenter de liste de références comportant des prestations similaires, que la notion de similarité s'analyse en fonction de l'importance du marché ou en fonction de l'objet du marché.

Par ailleurs, toute autre interprétation de la notion de similarité viderait de sa substance cette exigence de sélection qualitative.

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 [été] 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 :

" Le premier 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.

Le premier 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.

Lorsque le pouvoir adjudicateur opte pour un moyen de preuve déterminé, il relève également de son pouvoir discrétionnaire 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. Dans ce cas, le pouvoir adjudicateur ne saurait, a posteriori, exiger que ces références atteignent un seuil financier minimum car, ce faisant, il violerait, en effet, les principes d'égalité et de transparence.

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.

Il y a, tout d'abord, lieu de constater que 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.

Dans son arrêt n° 223.741 du 5 juin 2003, Votre Conseil a statué en ce sens et considéré que ce grief ne pouvait être considéré comme sérieux pour [les] raisons suivantes :

« 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 qualitative relative aux références pour des prestations similaires».

Par ailleurs, l'examen du caractère similaire d'une référence relève également du pouvoir discrétionnaire du pouvoir adjudicateur.

[...]

La phase de sélection qualitative a pour objet de vérifier l'aptitude des soumissionnaires à exécuter un marché public de travaux, de fournitures ou de services analogues. L'objectif de cette phase ne consiste pas à exiger des soumissionnaires qu'ils démontrent déjà avoir exécuté un marché public en tous points identique à celui pour lequel ils remettent offre.

L'expérience des candidats ou soumissionnaires à laquelle il faut avoir égard dans le cadre de la sélection qualitative consiste donc en l'expérience pertinente acquise par les candidats ou soumissionnaires lors de précédents marchés présentant une analogie suffisante avec le marché concerné.

En l'espèce, le lot 1 du présent marché porte sur le lavage de vitres et le nettoyage de dépôts, tandis que le lot 2 porte sur le nettoyage de locaux et d'autobus. Dans leur dossier de candidature, la S.P.R.L. A.I.R.A. Cleaning Services et la S.P.R.L. H2O ont produit des références portant sur des prestations de nettoyage de bâtiments et de lavage de vitres.

[...]

L'on ne voit pas en quoi - et la requérante ne l'explique pas - des prestations de nettoyage de bâtiments et de lavage de vitres seraient à ce point différentes de prestations de nettoyage de bus qu'il serait contraire «à toute raison» et «inadmissible pour tout homme raisonnable» de considérer que des références en matière de nettoyage de bâtiments et de lavages de vitres sont similaires aux prestations visées par le présent marché et que, partant, des sociétés spécialisées dans le nettoyage de bâtiments et le lavage de vitres sont aptes à nettoyer des autobus.

La partie adverse a dès lors pu considérer en l'espèce, sans méconnaître les dispositions énoncées au moyen et, en particulier, sans commettre aucune erreur manifeste d'appréciation, que la S.P.R.L. A.I.R.A. Cleaning Services et la S.P.R.L. H2O ont bien satisfait à l'exigence fixée par la rubrique III.2.3) de l'avis de marché".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Ce moyen étant dirigé contre la décision du 21 janvier 2013, il est irrecevable.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un deuxième moyen 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, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, notamment en ses articles 89 et 110, 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 ses articles 77 et 98, du cahier spécial des charges, des principes généraux du droit, et notamment du principe de bonne administration et du principe d'égalité, et de l'erreur manifeste d'appréciation, de la convention collective de travail de la commission paritaire 121 du 30 juin 2011 rendue obligatoire par arrêté royal du 17 avril 2013, notamment en son article 2, de la convention collective de travail de la commission paritaire 121 du 12 mai 2003 telle que modifiée par la convention collective de travail du [11 juin 2009 rendue obligatoire par arrêté royal du 6 juillet 2011], notamment en son article 3". Elle l'expose comme suit :

" En ce que le pouvoir adjudicateur, dans le cahier spécial des charges (page 8/22) indique que

« l'attention du soumissionnaire est attirée sur le fait qu'il est interdit d'occuper des travailleurs intérimaires pour la prestation de services.

Par ailleurs, les prestataires de service sont tenus de respecter :

- Les salaires fixés par les conventions collectives;
- La législation en matière de durée de travail;
- La législation portant obligation d'arrêter les travaux à des dates déterminées à l'occasion des jours fériés et des vacances annuelles;
- En ordre général, les conditions de travail fixées par convention collective, en ce compris celles qui se rapportent aux prestations supplémentaires qui ne peuvent être exécutées que dans les conditions prévues et pour autant que le fonctionnaire dirigeant en ait été averti au préalable».

Alors que, pour le lot 2, le pouvoir adjudicateur demande aux soumissionnaires que le prix à remettre soit le prix d'une heure de régie (toutes charges comprises).

Les quantités présumées des prestations fixées dans le cahier spécial des charges (page 21/22 et 22/22) sont de 12.650 heures (1^{ère} partie du lot 2) + 3.950 heures (2^{ème} partie du lot 2) multiplié par 2 années de contrat soit 33.200 heures de prestations.

L'offre de A.I.R.A. cleaning services renseigne un prix, pour le lot 2, de 630.095,24 € soit un prix horaire de 18,98 €.

L'offre de H2O S.P.R.L. renseigne un prix de 634.750,00 € pour le lot 2, soit un prix horaire de 19,12 €.

Il ressort pourtant de la convention collective de travail de la commission paritaire 121 du 30 juin 2011 rendue obligatoire par arrêté royal du 17 avril 2013 que le salaire horaire minima ne peut être inférieur à 12,2035 €.

Les cotisations sociales applicables à ce salaire sont de 7,56617 €.

Il en ressort que le salaire horaire minimum qui pouvait être proposé par les soumissionnaires devait être a minima de 19,76967 €.

En proposant une tarification horaire de 18,98 € et de 19,12 €, A.I.R.A. cleaning services et H2O S.P.R.L., respectivement, émettent un prix inférieur à la tarification horaire minimale telle qu'imposée par convention collective de travail.

Partant, en désignant ces soumissionnaires comme adjudicataires, la partie adverse a violé ses propres documents de marché, qui imposaient le respect des salaires fixés par convention collective.

Bien qu'il soit prévu que la validité de cette convention prenne fin le 30 juin 2013, il est certain qu'une nouvelle convention collective de travail sera prochainement publiée et que son entrée en vigueur sera fixée au 1^{er} juillet 2013 (comme l'entrée en vigueur de la convention du 30 juin 2011, rendue obligatoire par arrêté royal du 17 avril 2013, a été fixée au 1^{er} juillet 2011) et que cette nouvelle convention ne fixera pas un salaire minimum inférieur à celui prévu par ladite convention du 30 juin 2011.

En outre, la convention collective de travail de la commission paritaire 121 du 12 mai 2003 telle que modifiée par la convention collective de travail du 11 juin 2009 rendue obligatoire par arrêté royal du 6 juillet 2011 prévoit, en son article 3, que pour les transferts de contrat d'entretien pour lesquels au moins trois ouvriers sont concernés, les ouvriers ayant au moins neuf mois de prestations sur le chantier précédant immédiatement la date de l'entrée en vigueur du nouveau contrat commercial, qui n'atteignent pas l'âge de la pension et qui n'ont pas, dans le respect des clauses essentielles du contrat de travail, accepté la proposition éventuelle de reclassement faite par l'entreprise sortante, entrent de plein droit au service de l'entreprise qui obtient le contrat d'entretien.

Cette convention collective de travail est, d'après son article 10, conclue à durée indéterminée.

La requérante est adjudicataire du précédant marché lancé par la partie adverse pour le même objet.

Il s'en déduit que, si la décision d'attribution était maintenue, les adjudicataires seraient contraints, dans les limites précisées supra, d'engager le personnel de la requérante en charge de ce chantier.

La requérante respectant ses obligations sociales, les adjudicataires, reprenant les anciens travailleurs de la requérante, seraient contraints d'adopter un taux horaire supérieur à celui proposé dans leurs offres, à moins de ne pas respecter cette convention collective de travail.

Il résulte des pièces déposées par la requérante que la tarification horaire des salariés employés par la requérante dans le cadre de l'exécution des prestations pour la partie adverse varie entre 19,14 € et 20,74 €.

Or, en proposant une tarification horaire respectivement de 18,98 € et 19,12 €, tant A.I.R.A. cleaning services que H2O S.P.R.L. proposent une tarification horaire inférieure à la tarification horaire la plus basse offerte par la requérante à son personnel.

En conclusion, la tarification horaire telle que proposée par les adjudicataires étant inférieures aux minima imposés par les conventions collectives de travail, la partie adverse ne pouvait, sous peine de gravement méconnaître ses propres documents de marché, attribuer le marché aux entreprises A.I.R.A. cleaning services et H2O S.P.R.L.

Contrairement à ce que pourrait estimer la partie adverse, la question ici soulevée du respect de la législation sociale en fonction du prix proposé par les différents soumissionnaires n'est pas une question relative à l'exécution du marché mais a bien trait à l'appréciation des critères d'attribution.

Il a été démontré supra que les prix proposés par les deux adjudicataires pressentis ne répondaient pas aux exigences de la législation sociale.

Or, le prix est une des conditions essentielles du marché, conformément aux articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 [...].

Partant, en proposant des prix anormalement bas en raison des exigences liées à la législation sociale, les adjudicataires pressentis ont déposé des offres qui dérogeaient à tout le moins à une des prescriptions essentielles du marché, à savoir le prix, offres qui devaient dès lors être considérées comme nulles.

A cet égard, il a été jugé :

« Lorsque le délai d'exécution constitue un critère d'attribution du marché, le pouvoir adjudicateur peut - et doit - apprécier le caractère réaliste des délais offerts, afin d'attribuer le plus de points au délai réaliste le plus court. Il s'agit de ne pas valoriser, au détriment des autres, un soumissionnaire s'engageant sur un délai qui ne sera pas tenable au stade de l'exécution.

Il en va d'autant plus ainsi que le délai d'exécution constitue, selon l'article 89 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, une condition essentielle du marché. Une offre qui proposerait un délai d'exécution irréaliste pourrait, en application de l'article 110, § 2 du même arrêté, être considéré comme irrégulière par le pouvoir adjudicateur».

L'enseignement de cet arrêt est intégralement transposable au cas d'espèce.

Les prix proposés par les adjudicataires des deux lots sont irréalistes puisqu'ils ont inférieurs aux minimas imposés par la législation sociale.

Une offre proposant un prix irréaliste, alors que le prix est une des conditions essentielles du marché doit être considérée par le pouvoir adjudicateur comme irrégulière et doit, par conséquent, être écartée, fut-ce après avoir interrogé le soumissionnaire.

En outre, l'engagement éventuel d'un soumissionnaire à respecter la législation sociale applicable ne suffit pas à établir que l'offre de ce soumissionnaire est conforme.

Il faut en outre que les éléments mentionnés dans son offre soient effectivement conformes à cette exigence.

Or, tel n'est pas le cas.

En n'écartant pas ces offres irrégulières, la partie adverse a gravement méconnu les diverses dispositions citées supra".

B. Note d'observations

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

" Force est, tout d'abord, de constater que le [deuxième] moyen est irrecevable en ce qu'il est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe d'égalité et de la loi du 24 décembre 1993. La requérante est, en effet, restée en défaut d'indiquer en quoi la partie adverse aurait, en l'espèce, violé ces dispositions et principes.

Le moyen est également irrecevable en ce qu'il est pris de la violation des articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dès lors que ces deux dispositions ne sont pas applicables au secteur des transports, auquel ressortit le marché litigieux.

Le moyen doit encore être déclaré irrecevable en ce qu'il est pris de la violation des articles 77 et 98 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996. Ces deux dispositions figurent, en effet, sous le Titre VII de cet arrêté, libellé «Des offres et de l'attribution en adjudication et en appel d'offres». Elles ne sont dès lors pas applicables à la procédure négociée relevant du Titre VIII de cet arrêté royal (C.E., 13 février 2013, n° 222.473, S.A. KONE BELGIUM).

Le deuxième moyen est, par ailleurs, non sérieux pour le surplus.

a. Tout d'abord, il y a lieu de noter que les conventions collectives de travail visées au moyen ne sont pas applicables au TEC Liège-Verviers. La partie adverse n'a dès lors, par hypothèse, pas pu violer ces conventions collectives du travail en adoptant la décision querellée.

Aux termes de l'article 5 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, une convention collective du travail est, en effet, définie comme un «accord conclu entre une ou plusieurs organisations de travailleurs et une ou plusieurs organisations d'employeurs ou un ou plusieurs employeurs déterminant les relations individuelles et collectives entre employeurs et travailleurs au sein d'entreprises ou d'une branche d'activité et réglant les droits et obligations des parties contractantes».

Le champ d'application des conventions collectives du travail invoquées par la requérante est défini, par chacune d'elle, dans les termes suivants :

- pour la convention collective du travail du 30 juin 2011 relative aux salaires, sursalaires et primes (conclue au sein de la commission paritaire 121) : «La présente convention collective du travail s'applique aux employeurs et aux ouvriers et ouvrières des entreprises ressortissant à la Commission paritaire pour le nettoyage, petites et moyennes entreprises et autres. Cette convention collective du travail s'applique également aux ouvriers et ouvrières salariés, sous contrat à durée indéterminée ou temporaire, pour des travaux effectués en Belgique, que soit le pays d'établissement de l'employeur»;
- pour la convention collective de travail du 12 mai 2003 relative à la reprise de personnel suite à un transfert d'un contrat d'entretien (conclue au sein de la commission paritaire 121) : «La présente convention collective de travail s'applique aux employeurs et aux ouvriers et ouvrières des entreprises ressortissant à la Commission paritaire pour les entreprises de nettoyage et de désinfection. Elle s'applique également aux ouvriers salariés, sous contrat de travail à durée indéterminée ou temporaire, pour des travaux effectués en Belgique, même s'ils sont en service d'un employeur établi à l'étranger, dont les

activités ressortissent à la Commission paritaire pour les entreprises de nettoyage et de désinfection. Cette convention collective de travail s'applique quand des entreprises ressortissant à la Commission paritaire pour les entreprises de nettoyage et de désinfection sont appelées à se succéder lors d'un changement de prestataire de contrat d'entretien».

b. Ensuite, en ce qui concerne la disposition du cahier spécial des charges visée par la partie requérante, à savoir l'article 69, repris en page 8/22, il y a lieu de constater qu'il s'agit d'une disposition applicable à la phase d'exécution du marché public qui n'impose pas d'obligation au pouvoir adjudicateur, mais seulement à l'adjudicataire.

L'on aperçoit dès lors mal, dans ces conditions, comment la partie adverse aurait pu méconnaître cette disposition dans le cadre de la passation du marché.

c. Enfin, la partie adverse n'a pas violé les principes généraux de bonne administration, ni commis aucune erreur manifeste d'appréciation, en considérant que toutes les offres déposées, parmi lesquelles celles des sociétés A.I.R.A. Cleaning Services et H2O «ne sont affectées d'aucune irrégularité substantielle».

L'on notera, d'abord, que l'article 25 de la convention collective du travail du 30 juin 2011 dont la requérante fait grand cas, prévoit que «la présente convention collective de travail entre en vigueur le 1^{er} juillet 2011 et cesse d'être en vigueur le 30 juin 2013».

Dès lors que toutes les prestations prévues par le présent marché sont destinées à être accomplies après le 1^{er} juillet 2013, la régularité des prix proposés ne saurait être examinée au regard des dispositions d'une convention collective du travail qui n'est plus en vigueur à la date du 1^{er} juillet 2013.

A ce sujet, l'on ne saurait suivre la requérante lorsqu'elle soutient qu'«il est certain qu'une nouvelle convention collective du travail sera prochainement publiée et que son entrée en vigueur sera fixée au 1^{er} juillet 2013».

Le contrôle de régularité des prix ne saurait être effectué au regard d'un acte administratif futur éventuel dont le contenu n'est, par hypothèse, au jour de l'adoption de la seconde décision attaquée, pas connu et dont il est du reste impossible de dire si et quand il rétroagira.

En tout état de cause, la démonstration chiffrée de la partie requérante est inexacte en fait. Elle estime que les cotisations sociales applicables au salaire horaire minimum sont de 7,56617 EUR, sans toutefois justifier ce montant.

Il est très difficile de déterminer avec précision le montant des cotisations sociales à payer sur les salaires versés aux travailleurs actifs dans le cadre du marché public litigieux. Cependant, selon une règle communément admise, l'on considère généralement que le total des cotisations sociales pour les travailleurs ouvriers peut être estimé à +/- 50% de 108% du salaire minimum, ce qui aboutit à un montant de cotisations de +/- 6,6 EUR.

Si l'on ajoute ce montant au salaire minimum prévu par la convention collective du travail du 30 juin 2011 (soit, 12,2035 EUR), l'on constate que le prix horaire proposé par l'adjudicataire du lot 2, tant pour la 1^{ère} partie que pour la 2^e partie de ce lot, reste supérieur au salaire horaire minimum augmenté des cotisations sociales.

Dès lors même si la convention collective du travail du 30 juin 2011 était restée en vigueur durant toute la phase d'exécution des prestations, quod non, encore conviendrait-il de constater que le prix horaire proposé par l'adjudicataire pour le lot 2 ne l'aurait pas mis [dans] une situation dans laquelle il n'aurait pas pu

respecter les obligations résultant de cette convention et de l'article 69 du cahier spécial des charges.

En outre, les calculs approximatifs opérés par la requérante ne prennent pas en compte les mesures fiscales, les subventions ou encore les plans de réduction des charges «O.N.S.S.» dont l'adjudicataire du marché pourrait bénéficier et qui seraient susceptibles de diminuer le coût salarial de l'employeur.

Enfin, à supposer même que le prix proposé par l'adjudicataire du lot 2 ne corresponde pas au salaire horaire minimum augmenté des charges sociales, il ne résulte en rien que cet adjudicataire ne respecterait, dans ses relations avec ses travailleurs, les obligations découlant de la convention collective du travail du 30 juin 2011.

La partie adverse n'a dès lors pas violé les principes généraux de bonne administration, ni commis aucune erreur manifeste d'appréciation en considérant que les offres des sociétés H2O et A.I.R.A. Cleaning Services sont régulières. Du reste et dès lors que les prix proposés pour le lot 2 ne paraissaient nullement anormaux, rien n'obligeait le pouvoir adjudicateur, comme le laisse entendre à tort la requérante, qu'il était tenu d'interroger l'adjudicataire du lot 2 sur ses prix".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen est irrecevable en ce qu'il est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution et de la loi du 24 décembre 1993, précitée, dans la mesure où la partie requérante n'indique pas dans quelle mesure ces dispositions seraient violées.

Il en est de même en ce qu'il est pris de la violation des articles 89 et 110 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, précité. En effet, cet arrêté royal ne s'applique pas au présent marché qui est régi par les dispositions applicables aux secteurs spéciaux en vertu du titre IV de la loi du 24 décembre 1993 précitée et spécialement de son article 32 qui vise les activités de mise à disposition ou l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par autobus. Les activités faisant l'objet du présent marché sont des activités liées à l'exploitation des réseaux de transport public par autobus, qui sont visées à l'annexe de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil 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, sous la codification "Services de nettoyage de bâtiments et services de gestion de propretés" à laquelle renvoie l'article 31 de la même directive qui les soumet au régime des articles 34 à 59.

Il est également irrecevable en ce qu'il est pris de la violation des articles 77 et 98 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996, précité, ces dispositions n'étant pas applicables aux procédures négociées par publicité. Par ailleurs, les dispositions effectivement applicables aux procédures négociées n'opèrent aucune référence à ces articles 77 et 98. Enfin, la partie requérante ne cite aucune disposition du cahier spécial des charges rendant ces articles applicables au présent marché.

La convention collective de travail de la commission paritaire 121 du 30 juin 2011 rendue obligatoire par arrêté royal du 17 avril 2013, visée au moyen, a cessé de produire ses effets le 30 juin 2013. En tout état de cause, elle est entrée en vigueur de manière rétroactive, le 1^{er} juillet 2011, soit près de deux ans avant la publication de l'arrêté royal du 17 avril 2013, intervenue le 8 mai 2013. Or, conformément à l'article 190 de la Constitution, aucun effet obligatoire ne peut être reconnu à un texte qui n'a pas été préalablement publié. Il ne peut dès lors être reproché aux soumissionnaires de ne pas avoir eu égard à un facteur qui leur était inconnu puisque pas encore publié et qui n'était donc pas obligatoire au moment du dépôt des offres.

En ce qui concerne la convention collective de travail rendue obligatoire par l'arrêté royal du 6 juillet 2011, soit la convention collective de travail du 11 juin 2009, conclue au sein de la Commission paritaire pour le nettoyage, modifiant la convention collective de travail du 12 mai 2003 relative à la reprise de personnel suite à un transfert d'un contrat d'entretien, son invocation à elle seule ne permet pas d'établir que le prix proposé par le soumissionnaire retenu violerait cette convention qui ne comporte l'indication d'aucun montant de paiement. Par ailleurs, cette convention prévoit que la reprise des membres du personnel s'opère sur une base volontaire de la part de ceux-ci. Or, la partie requérante reste en défaut d'identifier avec précision les membres de son personnel qui seraient actuellement exclusivement affectés au nettoyage des locaux et bus de la partie adverse, et qui seraient éventuellement demandeurs à un transfert. En conséquence, elle n'établit pas l'impossibilité des soumissionnaires à respecter la convention collective visée, sur ce point.

Enfin, force est de constater que l'affirmation de la partie requérante quant au montant des cotisations sociales qui représenterait 62% du salaire horaire minimum est unilatérale et ne repose sur aucun calcul.

En conclusion, le moyen est en partie irrecevable et en partie non sérieux.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un troisième moyen "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, 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 ses articles 89 et 110, 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 ses articles 77 et 98, du cahier spécial des charges, des principes généraux du droit et, notamment, du principe de bonne administration et du principe d'égalité, de l'erreur manifeste d'appréciation. Elle le développe comme suit :

" En ce que les offres déposées par les soumissionnaires ont été appréciées différemment lors de la décision du 19 avril 2013 et celle du 21 juin 2013.

Alors qu'il ne ressort d'aucun document de la partie adverse que cette dernière aurait procédé à une nouvelle analyse des offres.

Qu'au contraire, la décision du 21 juin 2013, mentionne que (page3)

« Considérant qu'il résulte de l'arrêt précité du 5 juin 2013 que la motivation formelle de ladite décision ne répond pas aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;

Qu'au regard de l'ensemble de ces éléments, il y a lieu de retirer la décision d'attribution du 19 avril 2013 et de procéder à sa réfection, en remédiant au vice de motivation formelle ayant justifié la suspension ordonnée par l'arrêt du 5 juin 2013».

Il ressort de ce considérant que la partie adverse n'a procédé qu'à un toilettage de sa décision «en remédiant au vice de motivation formelle», sans revoir la cotation sanctionnant les offres des différents soumissionnaires.

Il est partant incompréhensible qu'un soumissionnaire (en l'occurrence A.I.R.A.) reçoive, pour le sous-critère «Méthode de suivi des prestations» du lot 2 un demi-point supplémentaire alors qu'aucun nouvel examen des offres n'a été opéré.

Si cette différence de cotation peut paraître minime et sans incidence sur la situation de la requérante, puisqu'elle ne modifie pas le classement final et qu'elle concerne non pas l'attributaire pressenti mais un autre soumissionnaire, elle est cependant révélatrice du peu de sérieux de la cotation des offres et de son apparent caractère aléatoire, ce qui vicie l'intégralité des cotations et qui justifie l'intérêt au moyen de la requérante".

B. Note d'observations

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute ce moyen comme suit :

" Ce dernier moyen est, tout d'abord, manifestement irrecevable pour défaut d'intérêt.

Dans le cadre de son troisième moyen, la partie requérante reproche à la partie adverse d'avoir accordé un demi-point en plus à la société A.I.R.A. Cleaning Services pour le critère «Qualité» et, en particulier, pour le sous-critère «Méthode de suivi des prestations».

Force est de constater, comme le fait d'ailleurs elle-même la partie requérante, que l'octroi de ce demi-point n'a aucune incidence sur le classement final du lot 2 et qu'elle ne concerne, en outre, pas l'attributaire (la S.P.R.L. H2O), mais le soumissionnaire classé 2^e S.P.R.L. A.I.R.A. Cleaning Services.

La requérante n'a donc aucun intérêt à ce moyen.

Le troisième moyen est, en outre, irrecevable :

- en ce qu'il est pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du principe d'égalité, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et du cahier spécial des charges dès lors que la requérante est restée en défaut d'indiquer en quoi la partie adverse aurait, en l'espèce, violé ces différents textes;
- en ce qu'il est pris des articles 89 et 110 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 dans la mesure où le présent marché relève des secteurs spéciaux et non des secteurs classiques.
- en ce qu'il est pris des articles 77 et 98 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 dès lors que ces dispositions ne sont pas applicables à la procédure négociée.

Le troisième moyen est, par ailleurs, non sérieux pour le surplus.

Le dispositif de la décision motivée du 21 juin 2013 est libellé comme suit :

- « Conformément à la note annexée qui fait partie intégrante de la présente décision, le conseil d'administration du TEC Liège-Verviers, en sa séance du 21 juin 2013, a pris la décision suivante :
- de retirer la décision du 19 avril 2013 attribuant le marché public de services ayant pour objet "la mise à disposition de main d'œuvre pour le nettoyage de locaux divers et d'autobus", d'une part, à la S.P.R.L. A.I.R.A. Cleaning Services pour le lot 1, et, d'autre part, à la S.P.R.L. H2O pour le lot 2;
 - de réattribuer le lot 1 du marché public de services susvisé à la S.P.R.L. A.I.R.A. Cleaning Services pour un montant HTVA de 41.432,92 EUR et le lot 2 du même marché à la S.P.R.L. H2O pour un montant HTVA de 634.750,00 EUR, soit un montant total de 676.182,92 EUR HTVA pour les deux lots réunis».

La décision du 21 juin 2013 se décompose donc en deux décisions distinctes :

- la décision de retrait de la décision d'attribution du 19 avril 2013 qui a eu pour effet de mettre à néant celle-ci avec effet rétroactif;
- la décision d'attribution du 21 juin 2013 - constituant la seconde décision querellée - qui réattribue le marché aux S.P.R.L. A.I.R.A. Cleaning Services (lot 1) et H2P (lot 2) au terme d'une nouvelle analyse des offres.

La requérante ne saurait dès lors être suivie lorsqu'elle soutient qu'il n'aurait pas été procédé à un «nouvel examen des offres», mais à un simple «toiletage» la décision.

Un «nouvel examen des offres» a, en effet, bien eu lieu, comme cela résulte clairement de la motivation formelle de la décision d'attribution du 21 juin 2013 [...], laquelle répond parfaitement aux exigences des articles 2 et 3 de la loi du 29 juin 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs et des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics, ce que ne conteste d'ailleurs pas la partie requérante qui n'a formé aucun moyen pris de la violation de ces dispositions.

Par ailleurs, la requérante se fourvoie manifestement lorsqu'elle écrit qu'il ressortirait du considérant n° 2, al. 2, de la décision [...], que la partie adverse n'aurait «procédé qu'à un toilettage de sa décision "en remédiant au vice de motivation formelle", sans revoir la cotation sanctionnant les offres des différents soumissionnaires».

D'une part, l'on constatera que l'extrait de la décision du 21 juin 2013 auquel la partie requérante se réfère ne figure pas dans le dispositif ou les motifs du second acte attaqué (voir supra, point 32 de la présente note), mais dans les motifs justifiant la décision de retrait.

D'autre part, en relevant «qu'au regard de l'ensemble de ces éléments, il y a lieu de retirer la décision d'attribution du 19 avril 2013 et de procéder à sa réfection, en remédiant au vice de motivation formelle ayant justifié la suspension ordonnée par l'arrêt du 5 juin 2013», la partie adverse n'a nullement écrit qu'elle n'avait pas procédé à un nouvel examen des offres, mais a entendu indiquer les motifs justifiant le retrait de la décision du 19 avril 2013.

L'on comprend mal, du reste, comment la partie adverse aurait pu réattribuer le marché dans le respect des exigences des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 sur les marchés publics et des articles 2 et 3 de la loi du 19 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs - ce que la partie requérante ne conteste pas - sans procéder à une nouvelle analyse des offres. La circonstance qu'un demi-point ait été octroyé au soumissionnaire 2^e classé du lot 2 démontre, bien au contraire, que le pouvoir adjudicateur a procédé à un nouvel examen complet et approfondi du dossier avant de prendre sa décision".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dès lors que la décision du 20 juin 2013 retire la décision du 19 avril 2013, une nouvelle appréciation des soumissions était légalement possible. La décision retirée était, en effet, censée n'avoir jamais existé. A cette occasion, la partie adverse a pu légitimement revoir également les notes attribuées aux différentes offres.

Le moyen n'est pas sérieux.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse souhaite que soit assurée la confidentialité des demandes de participation, des offres et des informations que les sociétés privées à responsabilité limitée H2O et A.I.R.A. Cleaning Services ont communiquées, en application de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993, précitée.

La prise de connaissance de ces pièces n'étant pas, à ce stade de la procédure, 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}.

La requête en suspension d'extrême urgence de l'exécution des actes attaqués est rejetée.

Article 2.

Les demandes de participation, les offres et les informations des sociétés privées à responsabilité limitée H2O et A.I.R.A Cleaning Services demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

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 4.

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 des vacations, siégeant en référé, le vingt-six juillet deux mille treize par :

M ^{me} Anne-Françoise BOLLY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me} Marie-Christine MALCORPS,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Marie-Christine MALCORPS.

Anne-Françoise BOLLY.