CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.436 du 14 février 2014

G./A.211.093/VI-20.110

En cause : **la société anonyme SEDE BENELUX**,

ayant élu domicile chez
Mes Aurélien VANDEBURIE et
Frank JUDO, avocats,
boulevard de l'Empereur, n° 3,
1000 Bruxelles,

contre :

l'Intercommunale namuroise de services publics,
en abrégé l'INASEP,

ayant élu domicile chez
Mes François et Jean-François DAVREUX, avocats,
rue Lelièvre, n° 9,
5000 Namur.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 20 décembre 2013, la société anonyme SEDE BENELUX sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 18 septembre 2013 du comité de gestion de l'Intercommunale namuroise de services publics d'attribuer le marché public de services pour la collecte, le transport, et la valorisation agricole des boues produites par les stations d'épuration publiques exploitées par INASEP (CSC n° INASEP/2013/BOUE VALO) à la société VANHEEDE BIOMASS SOLUTIONS, […], pour le montant de 169.542, 25 Eur (variante 2)".

Par une requête introduite le 10 février 2014, la société anonyme SEDE BENELUX demande l'annulation de :

-"la décision du 18 septembre 2013 du comité de gestion de l'INASEP attribuant le marché public de services pour la collecte, le transport et la valorisation agricole des boues produites par les stations d'épuration publiques exploitées par l'INASEP à la

société VANHEEDE BIOMASS SOLUTIONS […] et de la décision implicite subséquente de ne pas attribuer ce marché à la partie requérante dans l'hypothèse où son offre s'avérerait être l'offre la plus basse";

-"du cahier spécial des charges n° INASEP/2013/BOUE/VALO «marché pour la collecte, le transport et la valorisation agricole des boues produites par les stations d'épuration publiques exploitée par l'INASEP.".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 24 décembre 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 30 janvier 2014 à 10 heures 30.

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

M^me^ le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Natasha NOLET DE BRAUWERE, loco Mes Aurélien VANDEBURIE et Frank JUDO, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Augustin NOLET DE BRAUWERE, loco Mes François et Jean-François DAVREUX, 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

Le marché litigieux, qui est passé par adjudication publique, est un marché de service pour la collecte, le transport et la valorisation agricole des boues produites par les stations d'épuration publiques exploitées par l'INASEP.

Il a fait l'objet de publications au Bulletin des adjudications le 27 juin 2013 et au Journal officiel de l'Union européenne le 2 juillet 2013.

Quatre soumissionnaires ont remis une offre le 5 septembre 2013.

Le 18 septembre 2013, le rapport d'analyse des offres propose d'attribuer le marché à la société VANHEEDE BIOMASS SOLUTIONS. Le même jour, le comité de gestion de la partie adverse décide d'attribuer le marché à cette société. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. LOI APPLICABLE

Aux termes de l'article 1er, alinéa 2, de l'arrêté royal du 2 juin 2013 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de ses arrêtés royaux d'exécution, "la date de publication au Journal officiel de l'Union européenne constitue le point de départ des marchés publics, des marchés et concessions de travaux publics qui sont aussi bien publiés au niveau européen qu'au niveau belge".

En l'espèce l'avis relatif au marché litigieux a été publié au Journal officiel le 2 juillet 2013. La loi du 15 juin 2006, précitée, est donc d'application.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèse de la partie requérante

Le deuxième moyen est exposé et développé comme suit :

" B.I. Exposé du moyen

32. Ce moyen est pris de la violation :

- les articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que des principes d'égalité et de non discrimination, de transparence et de concurrence;
- des articles 5, 20 et 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- des articles 58 et 67 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques;
- l'article 1.5 du cahier spécial des charges;

et de l'excès de pouvoir, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

En ce que, la décision attaquée désigne l'offre de VANHEEDE BIOMASS SOLUTIONS comme étant l'offre régulière la plus basse, se fondant sur les dispositions du cahier des charges et des avis de marchés pour déclarer que ce soumissionnaire satisfait aux exigences de sélection qualitative;
Alors que, que les exigences de sélection qualitative retenues ne sont pas conformes à ce qu'impose l'arrêté royal du 15 juillet 2011, ainsi que le principe de transparence;
De sorte que, la partie adverse ne pouvait, sans violer les dispositions visées au moyen, d'une part, procéder, sur base des documents du marché, à la sélection qualitative des soumissionnaires et déclarer qu'ils satisfaisaient aux exigences fixées en vertu de la réglementation applicable, et, d'autre part, désigner l'offre de VANHEEDE BIOMASS SOLUTIONS comme étant l'offre régulière la plus basse.

B.II. Développement du moyen

Ce moyen est divisé en deux branches.

a. Première branche : les exigences de sélection qualitative relatives à la capacité économique et financière ne sont pas conformes à l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011

33. L'article 1.5 du CSC prévoit ce qui suit :

«Le formulaire d'offre doit être accompagné des pièces suivantes :

Situation Juridique du soumissionnaire - références requises (sélection qualitative causes d'exclusion)
(...)
Capacité économique et financière du soumissionnaire références requises (sélection qualitative-critères de sélection)

La capacité économique et financière du soumissionnaire est évaluée pour chacun des lots pour lesquels il remet offre.
L'attribution des lots se fait en conséquence des capacités du soumissionnaire à assurer le ou les lots pour le ou lesquels il serait déclaré adjudicataire.

- Une déclaration bancaire appropriée justifiant une bonne santé financière (suivant le modèle se trouvant en Annexe VI du présent cahier spécial des charges) dûment complété par sa banque. Cette déclaration décrit la situation du soumissionnaire par rapport aux exigences spécifiques du marché en question, et atteste que le soumissionnaire dispose de la capacité financière pour exécuter ce genre de contrat.
- Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffre d'affaires liés spécifiquement à ce type de marché (élimination/valorisation de boues ou tout autre déchet) au cours des trois derniers exercices.
- La preuve d'une assurance par la délivrance d'une attestation de l'assureur (avec abandon de recours contre la SPGE et les organismes), couvrant au moins :
  - La responsabilité civile et professionnelle couvrant les risques de l'exécution du présent marché (minimum 500.000 Eur en dommage matériels et immatériels consécutifs);
  - L'assurance accidents du travail du personnel du soumissionnaire;
  - L'assurance CMR (responsabilité du transporteur à l'égard de la marchandise):
  - La RC Auto.

Capacité technique du soumissionnaire - références requises (sélection qualitative - critères de sélection)
(...)"

L'article III.2) de l'avis de marché reproduit ces exigences.

34. Le rapport d'analyse des offres, auquel renvoie la décision attaquée sur ce point, se limite à constater que tous les soumissionnaires satisfont à ces exigences.

35. Suivant l'article 5, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006, les marchés publics sont attribués avec concurrence, après vérification du droit d'accès, sélection qualitative et examen des offres des participants, conformément à une des procédures de passation déterminées au chapitre IV de la loi.

En application de l'article 20 de la loi du 15 juin 2006, l'article 58, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 dispose comme suit :

«§ 1 er. Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :
1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;
2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.
Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir».

Il s'ensuit qu'en adjudication publique, le pouvoir adjudicateur doit énoncer :

- Les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique ou technique;
- Un niveau minimum d'exigence à atteindre pour ces critères;
- Les renseignements et documents à fournir pour démontrer que ces exigences sont atteintes.

36. Or, en l'espèce, les documents du marché ne fixent aucun niveau d'exigence à atteindre pour les critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière. Ils se limitent à indiquer quelles références peuvent être déposées par les soumissionnaires, sans fixer toutefois de niveau d'exigence minimale quant à la santé financière de l'entreprise, quant au chiffres d'affaires de l'entreprise, ainsi que quant à la couverture d'assurance exigée, sauf en ce qui concerne l'assurance responsabilité civile et professionnelle couvrant les risques de l'exécution du marché.

Cette lacune est préjudiciable à la partie requérante, même si elle a été sélectionnée, dès lors qu'elle a pour effet de la mettre en concurrence dans le cadre de la comparaison des offres avec d'autres entreprises sélectionnées, autres entreprises dont la requérante ignore en outre dans quelle mesure elles satisfont aux exigences de sélection qualitative.

Partant, la partie adverse ne pouvait, sur base des documents du marché, sans violer les dispositions visées au moyen, d'une part, procéder à la sélection qualitative des soumissionnaires et déclarer qu'ils satisfaisaient aux exigences fixées en vertu de la réglementation applicable, et, d'autre part, désigner l'offre de VANHEEDE BIOMASS SOLUTIONS comme étant l'offre régulière la plus basse.

b. Seconde branche : violation des principes d'égalité, de transparence et de concurrence

37. Suivant la jurisprudence de la Cour de Justice, «la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter, à tous ses stades, notamment celui de la sélection des candidats dans une procédure restreinte, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de la transparence, afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs demandes de participation ou de leurs offres».

Le principe de transparence implique encore que toutes les conditions et modalités de la procédure d'attribution soient formulées de manière claire, précise et univoque, dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges, de façon, d'une part, à permettre à tous les soumissionnaires raisonnablement informés et normalement diligents d'en comprendre la portée exacte et de les interpréter de la même manière

et, d'autre part, à mettre le pouvoir adjudicateur en mesure de vérifier effectivement si les offres des soumissionnaires correspondent aux critères régissant le marché en cause.

De la même manière, un critère de sélection doit être objectif et indistinctement applicable à tous les soumissionnaires. Tel ne serait pas le cas de critères qui confèreraient au pouvoir adjudicateur une liberté de choix inconditionnée, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis.

38.En l'espèce, les documents du marché prévoient que l'offre doit, notamment, être accompagnée d'une déclaration bancaire appropriée justifiant une bonne santé financière, ainsi que d'une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffre d'affaires liés spécifiquement à ce type de marché (élimination/valorisation de boues ou tout autre déchet) au cours des trois derniers exercices.

Aucune de ces deux conditions ne fixe de manière suffisamment précise le niveau de référence que le pouvoir adjudicateur prend en compte pour l'évaluation de la capacité financière et économique. L'indication selon laquelle le candidat doit disposer d'une "bonne santé financière" ne permet pas au soumissionnaire d'apprécier si le marché le concerne ou non, c'est-à-dire s'il possède le niveau de capacité financière attendu par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il ne peut déposer son dossier de candidature en connaissance de cause. De la même manière l'obligation pour un soumissionnaire de déposer son chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffre d'affaires liés au type de marché en cause ne lui permet pas de savoir si il possède le niveau de capacité attendu.

En toute hypothèse, de tels critères laissent une liberté totale d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur. Cette liberté est préjudiciable également à la partie requérante, même si elle a été sélectionnée, dès lors qu'elle a pour effet de la mettre en concurrence dans le cadre de la comparaison des offres avec d'autres entreprises sélectionnées, autres entreprises dont la requérante ignore en outre dans quelle mesure elles satisfont aux exigences de sélection qualitative.

Partant, la partie adverse ne pouvait, sur base des documents du marché, sans violer les dispositions visées au moyen, d'une part, procéder à la sélection qualitative des soumissionnaires et déclarer qu'ils satisfaisaient aux exigences fixées en vertu de la réglementation applicable, et, d'autre part, désigner l'offre de VANHEEDE BIOMASS SOLUTIONS comme étant l'offre régulière la plus basse."

V.2. Thèse de la partie adverse

La partie adverse réfute le deuxième moyen comme suit :

" IV.2.1. Sur la première branche

20. En substance, la requérante reproche au CSC de n'avoir pas fixé un niveau d'exigence minimum à atteindre pour les critères de sélection relatifs à la capacité économique et financière. Elle soutient que cette lacune lui est préjudiciable en ce que, même si elle reconnait avoir été sélectionnée, cette lacune a «pour effet de la mettre en concurrence avec d'autres entreprises sélectionnées, autres entreprise dont la requérante ignore en outre dans quelle mesure elles satisfont aux exigences de sélection qualitatives».

21. L'article 58, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, stipule :

«Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement
1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;
2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.»

Le rapport au Roi n'est pas très précis quant au but visé par cette obligation et se contente de préciser que :

«Cet article correspond partiellement aux articles 16, 42 et 68 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

En vertu du paragraphe 1er, la sélection s'opère sur la base d'une part, des dispositions relatives au droit d'accès contenues dans les articles 61 à 66 et, d'autre part, des critères de sélection qualitative mentionnés aux articles 67 à 79.

L'alinéa 1er, 2° dispose que les critères de sélection qualitative de nature financière, économique, technique ou en matière de capacité professionnelle doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. Le pouvoir adjudicateur doit également déterminer le niveau requis de ces critères.

Dans les procédures se déroulant en une seule phase, le pouvoir adjudicateur doit sélectionner tous les soumissionnaires répondant à ses exigences minimales, sans qu'il puisse sur ce plan opérer un choix entre eux. Cette obligation est confirmée par la jurisprudence du Consell d'Etat (voir CE, arrêt n° 159.657 du 7 juin 2006, sprl ARCHI + I). »

22. La doctrine a pu écrire que l'objectif de ces seuils minimaux est de permettre aux soumissionnaires de remplir leur offre en toute connaissance de cause et de savoir si le marché les concerne, ainsi que de s'assurer que les critères soient liés et proportionnés à l'objet du marché.

L'arrêt de Votre Conseil cité par le rapport au Roi a jugé, quant à lui, que : «Lorsque le cahier spécial des charges impose notamment aux soumissionnaires de disposer d'"une stature suffisante (chiffre d'affaires,...) eu égard à l'importance du marché" il y a lieu de considérer que cette condition ne fixe pas de manière suffisamment précise le niveau de référence que le pouvoir adjudicateur entend prendre en compte pour l'évaluation de la capacité financière et économique. En effet, l'indication selon laquelle le candidat doit disposer d'une "stature suffisante" ne permet pas au soumissionnaire d'apprécier si le marché le concerne ou non, c'est-à-dire s'il possède le niveau de capacité financière attendu par le pouvoir adjudicateur, de sorte qu'il ne peut déposer son dossier de candidature en connaissance de cause».

Il convient de préciser que cet arrêt a considéré qu'en l'espèce les critères n'étaient pas suffisamment précis pour permettre au soumissionnaire d'apprécier si le marché le concerne ou non car le soumissionnaire avait été évincé au stade de la sélection qualitative au motif de sa faiblesse financière alléguée par le pouvoir adjudicateur, sans seuil clair fixé au préalable.

23. En l'espèce, tel n'est pas le cas et la requérante n'a pas d'intérêt au moyen, dès lors qu'elle a pu déposer offre et qu'elle a été sélectionnée.

Le moyen est donc irrecevable.

24. Par ailleurs, ces critères, à les considérer imprécis, quod non, ne lui ont causé aucun grief.

Le seul grief invoqué est libellé comme suit : «cette lacune est préjudiciable à la requérante, même si elle a été sélectionnée, dès lors qu'elle a pour effet de la mettre en concurrence dans le cadre de la comparaison des offres avec d'autres entreprises sélectionnées, autres entreprises dont la requérante ignore en outre dans quelle mesure elle satisfont aux exigences de sélection qualitative».

Ce «grief» n'en est pas un. Non seulement, l'on voit mal de quel préjudice se plaint la requérante, ayant pu déposer une offre et être comparée utilement avec les autres soumissionnaires, mais en outre, ce qu'elle reproche au pouvoir adjudicateur est l'absence de critère minimal, de sorte que le pouvoir adjudicateur aurait pu en fixer un très bas qui n'aurait pas changé la donne.

C'est d'ailleurs la volonté du pouvoir adjudicateur en l'espèce. En effet, il s'agit d'un marché public de service visant la valorisation des boues de plusieurs stations d'épuration, pour une quantité totale estimée à 14.450 TMB ou 12.545 TMB (traitement mécano-biologique).

Pour pouvoir effectuer ce marché et prétendre à son obtention, il est indispensable d'être enregistré comme transporteur de déchets non dangereux par la Région wallonne. Cet enregistrement est délivré sur la base des conditions fixées par l'arrêté du 13 novembre 2003, relatif à l'enregistrement des collecteurs, des courtiers, des négociants et des transporteurs de déchets autres que dangereux, en son article 4, § 2.

L'exigence de cet enregistrement constitue le seuil minimal requis. A défaut, le marché ne peut être obtenu. Les autres critères n'ont pour objet que de vérifier que les conditions de l'enregistrement sont toujours remplies et que le soumissionnaire peut remplir le marché.

En effet, on comprendrait mal pour quelles raisons une entreprise enregistrée valablement comme transporteur ne pourrait pas être sélectionnée au vu de l'objet du marché.

Le moyen est donc irrecevable à défaut pour la requérante d'intérêt à l'invoquer.

24. Au surplus, le CSC fixe des seuils minimaux et stipule pour les critères de sélection qualitative ce qui suit :

> «Capacité économique et financière du soumissionnaire - références requises (Sélection qualitative - critères de sélection)
>
> La capacité économique et financière du soumissionnaire est évaluée pour chacun des lots pour lesquels il remet offre.
> L'attribution des lots se fait en conséquence des capacités du soumissionnaire à assurer le ou les lots pour le ou lesquels il serait déclaré adjudicataire.
>
> - Une déclaration bancaire appropriée justifiant une bonne santé financière (suivant le modèle se trouvant en Annexe VI du présent cahier spécial des charges) dûment complétée par sa banque. Cette déclaration décrit la situation du soumissionnaire par rapport aux exigences spécifiques du marché en question, et atteste que le soumissionnaire dispose de la capacité financière pour exécuter ce genre de contrat.
> - Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffre d'affaires lié spécifiquement à ce type de marché

(élimination/valorisation de boues ou de tout autre déchet) au cours des trois derniers exercices.

- La preuve d'une assurance par la délivrance d'une attestation de l'assureur (avec abandon de recours contre la SPGE et les organismes), couvrant au moins :
  - la responsabilité civile et professionnelle couvrant les risques de l'exécution du présent marché (minimum 500.000 € en dommage matériels et immatériels consécutifs);
  - l'assurance accidents du travail du personnel du soumissionnaire;
  - l'assurance CMR (responsabilité du transporteur à l'égard de la marchandise);
  - la RC Auto.

Capacité technique du soumissionnaire - références requises (Sélection qualitative - critères de sélection)

La capacité technique du soumissionnaire est évaluée pour chacun des lots pour lesquels il remet offre.

- La liste des principaux services similaires exécutés au cours des trois dernières années (au minimum 3), avec mention du montant, de la date et du client (en précisant s'il s'agit d'un client public ou privé tout en donnant prioritairement les références pour les clients publics). Toutefois, le soumissionnaire peut également démontrer sa capacité technique en constituant un dossier incluant notamment les CV du personnel en charge du dossier, la liste des agriculteurs et des parcelles concernées (localisation - surface), etc.
- Une déclaration mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services dispose et pour les sites demandant une mise à disposition de conteneurs, une description des conteneurs utilisés.
- L'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter.
- Une copie de l'enregistrement comme transporteur de déchets autres que dangereux.
- Une note d'organisation du déroulement du marché prenant en compte les éléments repris en annexe, précisant notamment la logistique d'évacuation des boues mise en place, les moyens mis en œuvre pour respecter les clauses du C.S.C. ainsi que les modalités mises en place pour assurer la traçabilité complète de la filière proposée.

Autres documents à joindre à la soumission dans le cadre de la sélection qualitative

- Si le soumissionnaire fait appel à des entreprises sous-traitantes pour l'ensemble ou partie des missions décrites, il lui est demandé d'en établir la liste avec la nature des missions confiées. Si le soumissionnaire fait valoir la capacité d'une autre entité, par exemple d'un sous-traitant, il doit prouver que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de cette entité. En outre, si en cours de marché, l'adjudicataire entend faire appel à un autre sous-traitant (ou autre partenaire), il doit au préalable en informer par écrit le pouvoir adjudicateur et obtenir son approbation écrite sur le nouveau sous-traitant (ou partenaire) proposé.
- Une description de la filière d'élimination et les prix en cas de soucis avec la filière de valorisation.
- Pour les sites dont les visites sont rendues obligatoires (voir Annexe), la déclaration de visites dûment complétée.
- Une attestation que le soumissionnaire a pris connaissance des documents repris dans les consignes de sécurité et environnementales.

- Une attestation que le soumissionnaire a pris connaissance des certificats et autorisations pour chaque site.»

On constate donc que la volonté du pouvoir adjudicateur était d'ouvrir la procédure à toute entreprise disposant d'un agrément, vu l'objet du marché assez limité. C'est en ce sens qu'il convient d'interpréter les conditions fixées, lesquelles exigent tout de même un seuil minimal à remplir, conformément à la législation applicable.

Ainsi, il est exigé :

- Une déclaration bancaire appropriée justifiant une bonne santé financière (suivant le modèle se trouvant en Annexe VI du présent cahier spécial des charges) dûment complétée par sa banque. Cette déclaration décrit la situation du soumissionnaire par rapport aux exigences spécifiques du marché en question, et atteste que le soumissionnaire dispose de la capacité financière pour exécuter ce genre de contrat : l'exigence minimale est donc qu'une banque rédige une telle attestation qui se doit de décrire la situation du soumissionnaire par rapport aux exigences spécifiques du marché et atteste que le soumissionnaire dispose d'une capacité financière pour exécuter ce genre de contrat;
- une déclaration qui démontre le chiffre d'affaire lié spécifiquement à ce type de marché «(élimination/valorisation de boues ou de tout autre déchet) au cours des trois derniers exercices», et un peu plus bas, une «liste des principaux services similaires exécutés au cours des trois dernières années (au minimum.3)» : il convient donc d'avoir déjà effectué ce genre de marché les trois dernières années, et d'en produire au moins trois, ce qui constitue un seuil minimal conforme à la législation ;
- la preuve d'une assurance RC-professionnelle de «minimum 500.000 € en dommage matériels et immatériels consécutifs» : il s'agit d'un seuil minimal reconnu par la requérante ;

Au reste, la production des documents demandés constitue le seuil minimal d'exigence requis.

Le pouvoir adjudicateur ayant retenu tous les candidats ayant remis ces documents, il ne peut être soulevé d'erreur manifeste d'appréciation ou de violation quelconque des dispositions visées au moyen.

25. En outre, Votre Conseil a déjà jugé que : «Il ressort de l'article 71 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 que la capacité technique d'un soumissionnaire, au regard de son savoir-faire, de son efficacité, de son expérience et de sa fiabilité, peut être justifiée par l'une ou plusieurs des différentes références énumérées par cette disposition, qu'il appartient au pouvoir adjudicateur de choisir à la faveur de son appréciation discrétionnaire».

L'enseignement contenu dans cet arrêt peut être appliqué en l'espèce par analogie.

Il ressort de ce qui précède que la première branche du deuxième moyen est irrecevable à défaut d'intérêt et, à tout le moins, n'est pas sérieux.

IV.2.2. Sur la seconde branche

26. En substance, la requérante reproche spécifiquement aux critères «bonne santé financière», ainsi que «déclaration concernant le chiffre d'affaire global de l'entreprise et le chiffre d'affaire spécifiquement lié à ce type de marché au cours des trois dernières années» de ne pas être suffisamment précis et ne permet pas au soumissionnaire d'apprécier si le marché le concerne ou non. Elle soutient

également qu'un tel critère laisse une liberté totale d'appréciation dans le chef du pouvoir adjudicateur.

27. Comme exposé lors de l'examen de la première branche du moyen, la requérante n'a pas d'intérêt à celui-ci ayant pu remettre offre en toute connaissance de cause et n'ayant subi aucun grief de ce prétendu vice.

A titre subsidiaire, ces critères sont suffisamment précis dès lors qu'ils imposent l'obligation minimale qu'une banque rédige une déclaration «appropriée justifiant une bonne santé financière (suivant le modèle se trouvant en Annexe VI du présent cahier spécial des charges) dûment complétée par sa banque. Cette déclaration décrit la situation du soumissionnaire par rapport aux exigences spécifiques du marché en question, et atteste que le soumissionnaire dispose de la capacité financière pour exécuter ce genre de contrat». […] L'exigence d'une telle déclaration précise constitue un seuil minimal de confiance. Il faut établir que la société n'est pas dans une situation ou son crédit est ébranlé mais dispose d'un minimum de ressources, soit d'un bilan positif.

La partie adverse a donc sélectionné tous les soumissionnaires ayant remis une telle déclaration.

28. En ce qui concerne le critère relatif au chiffre d'affaire, dès lors qu'il impose la production du chiffre d'affaire spécifique pour ce genre de marché au cours des trois dernières années et que le CSC impose la production de la preuve de 3 marchés similaires minimum, ce critère est suffisamment précis et prévoit un seuil minimal, conformément à l'article 58, § 1er, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

La seconde branche du deuxième moyen est donc irrecevable à défaut d'intérêt et, à tout le moins, n'est pas sérieux".

V. 3. Décision du Conseil d'Etat

A. Première branche

L'article 58, § 1er, alinéa 1er de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, prévoit ce qui suit :

" §1er. Le pouvoir adjudicateur procède à la sélection des candidats ou des soumissionnaires dans la mesure où les renseignements et les documents nécessaires établissent qu'ils remplissent cumulativement :

1° les dispositions relatives au droit d'accès au marché telles que définies aux articles 61 à 66;
2° les critères de sélection qualitative de caractère financier, économique, technique ou professionnel fixés par le pouvoir adjudicateur sur la base des articles 67 à 79. Il précise ces critères et leurs niveaux d'exigence de sorte qu'ils soient liés et proportionnés à l'objet du marché. En procédure ouverte et procédure négociée directe avec publicité, la fixation d'un niveau minimum est obligatoire.

Le pouvoir adjudicateur indique dans l'avis de marché ou dans l'invitation à présenter une offre quels sont les critères fixés pour la sélection qualitative et quels renseignements et documents nécessaires sont à fournir.".

L'article 58, § 1er, alinéa 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 impose donc la fixation de niveaux minimums d'exigence des critères de caractère financier économique technique ou professionnel. Cette disposition est nouvelle en sorte que la jurisprudence invoquée par la partie adverse concerne des procédures accomplies sous l'empire de l'ancienne réglementation. Le texte susvisé de la nouvelle réglementation est clair et univoque. Dans ces circonstances, il n'y a pas lieu de se référer au rapport au Roi précédant l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui ne contredit d'ailleurs nullement l'interprétation formelle de la disposition en cause.

Si l'article 58, § 1er, alinéa 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité a pour effet de limiter le nombre de soumissionnaires dont les offres seront comparées, cette circonstance ne constitue cependant pas, en soi, une atteinte aux principes d'égalité et de non-discrimination. L'objectif clairement affirmé de cette disposition est en effet de fixer des niveaux de performance en rapport avec l'objet du marché. Les niveaux doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché.

En l'espèce, aucun niveau minimum d'exigence n'a été fixé. En conclusion de la sélection qualitative, il est indiqué, dans le rapport d'examen des offres du 18 septembre 2013, que les quatre soumissionnaires sont sélectionnés.

L'absence d'indication de niveaux minimums peut être préjudiciable à la requérante dans la mesure où si de tels niveaux exigés par la loi avaient été fixés dans le respect de cette disposition, les autre concurrents et en particulier la société VANHEEDE n'auraient peut-être pas été sélectionnés. Dans le cas où cette dernière société ne l'aurait pas été, l'offre de la requérante aurait pu le cas échéant devenir ainsi la plus basse parmi celles des sociétés qualifiées. L'argument de la partie adverse selon lequel la requérante a été sélectionnée en sorte qu'elle ne s'est pas trouvée préjudiciée n'est dès lors pas relevant. Par ailleurs, l'allégation de la partie adverse selon laquelle elle aurait pu déterminer un critère minimal très bas en sorte que tous auraient été sélectionnés ne pourrait être prise en considération que si ce niveau minimal est concrètement, de manière justifiée, lié et proportionné à l'objet du marché.

En l'espèce l'avis de marché prévoit ce qui suit quant aux conditions de participation:

" III.2. Conditions de participation

III.2.1. Situation propre des opérateurs économiques, y compris exigences relatives à l'inscription au registre du commerce ou de la profession :

Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies: Par le seul fait de participer à la procédure de passation du marché, le soumissionnaire atteste qu'il ne se trouve pas dans un des cas d'exclusion

visés aux §§ 1er et 2 de l'article 61 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Une attestation prouvant que le soumissionnaire est en règle quant au paiement de ses cotisations de sécurité sociale (ONSS).
Les documents attestant que le soumissionnaire :
- n'est pas en état de faillite ou de liquidation;
- n'a pas fait l'aveu de sa faillite et n'a pas fait l'objet d'une procédure de liquidation, ou d'une des procédures de réorganisation prévue par la loi relative à la continuité des entreprises;
- n'a pas fait l'objet d'une condamnation pour tout délit affectant sa moralité professionnelle;
- est en règle quant aux paiements de la TVA et des ses impôts;
- en matière professionnelle, n'a pas commis de faute grave;
- ne s'est pas rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant ces renseignements.
Les documents requis sont datés de maximum 6 mois avant la date d'ouverture des offres.
Lorsque l'offre est remise par une association composée de plusieurs personnes distinctes, morales ou physiques, la situation personnelle (absence de clause d'exclusion) de chacun des membres sera examinée suivant les dispositions de l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Chaque membres est dès lors tenu de produire les documents exigés sur ce point.

III.2.2. Capacité économique et financière :

Renseignements et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies:
- Une déclaration bancaire appropriée justifiant une bonne santé financière (suivant le modèle se trouvant en Annexe VI du présent cahier spécial des charges) dûment complétée par sa banque. Cette déclaration décrit la situation du soumissionnaire par rapport aux exigences spécifiques du marché en question, et atteste que le soumissionnaire dispose de la capacité financière pour exécuter ce genre de contra. Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffre d'affaires lié spécifiquement à ce type de marché (élimination/valorisation de boues ou de tout autre déchet) au cours des trois derniers exercices.
- Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global et le chiffre d'affaires du domaine d'activités faisant l'objet du marché au cours des trois derniers exercices disponibles en fonction de la date de création ou du début d'activités du candidat ou soumissionnaire, dan la mesure où les informations sur ces chiffres d'affaires sont disponibles.
L'évaluation de la capacité économique et financière ainsi que de la compétence technique porte sur l'association momentanée dans son ensemble plutôt que pour chaque membre de l'association.
niveau(x) spécifique(s) minimal(aux) : Néant.

III.2.3. Capacité technique :

Renseignement et formalités pour évaluer si ces exigences sont remplies :
- La capacité technique du soumissionnaire est évaluée pour chacun des lots pour lesquels il remet offre.
La liste des principaux services similaires exécutés au cours des trois dernières années (au minimum 3), avec mention du montant, de la date et du client (en précisant s'il s'agit d'un client public ou privé tout en donnant prioritairement les références pour les clients publics). Toutefois, le soumissionnaire peut également démontrer sa capacité technique en constituant un dossier incluant notamment les CV du personnel en charge

du dossier, la liste des agriculteurs et des parcelles concernées (localisation – surface), etc.
Une déclaration mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services dispose et pour les sites demandant une mise à disposition de conteneurs, une description des conteneurs utilisés.
L'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter.
Une copie de l'enregistrement comme transporteur de déchets autres que dangereux. Une note d'organisation du déroulement du marché prenant en compte les éléments repris en annexe, précisant notamment la logistique d'évacuation des boues mise en place, les moyens mis en œuvre pour respecter les clauses du C.S.C. ainsi que les modalités mises en place pour assurer la traçabilité complète de la filière proposée.
L'évaluation de la capacité économique et financière ainsi que de la compétence technique porte sur l'association momentanée dans son ensemble plutôt que pour chaque membre de l'association.
niveau(x) spécifique(s) minimal(aux) : Néant. [...]"

Quant au cahier spécial des charges, il est rédigé comme suit :

" 1.5. Forme et contenu des offres

L'offre sera établie en français conformément au modèle repris en Annexe I du présent C.S.C. Si le soumissionnaire établit son offre sur d'autres documents que le formulaire prévu, il atteste sur chacun de ceux-ci que le document est conforme au modèle prévu dans le C.S.C.
Tous les documents seront datés et signés par le soumissionnaire ou par son mandataire.
Toutes ratures, surcharges et mentions complémentaires ou modificatives, tant dans l'offre que dans ses annexes, qui seraient de nature à influencer les conditions essentielles du marché, telles que les prix, les délais, les conditions techniques, doivent également être signées par le soumissionnaire ou son mandataire.
Le prix de l'offre sera exprimé en EURO h TVA.
Le formulaire d'offre doit être accompagné des pièces suivantes :

Situation juridique du soumissionnaire – références requises (Sélection qualitative – causes d'exclusion)

- Une attestation prouvant que le soumissionnaire est en règle quant au paiement de ses cotisations de sécurité sociale (ONSS).
- Les documents attestant que le soumissionnaire :
  - n'est pas en état de faillite ou de liquidation;
  - n'a pas fait l'aveu de sa faillite et n'a pas fait l'objet d'une procédure de liquidation, ou d'une des procédures de réorganisation prévue par la loi relative à la continuité des entreprises;
  - n'a pas fait l'objet d'une condamnation pour tout délit affectant sa moralité professionnelle;
  - est en règle quant aux paiements de la TVA et de ses impôts;
  - en matière professionnelle, n'a pas commis de faute grave;
  - ne s'est pas rendu gravement coupable de fausses déclarations en fournissant ces renseignements.

Les documents requis sont datés de maximum 6 mois avant la date d'ouverture des offres.

Capacité économique et financière du soumissionnaire – références requises (Sélection qualitative – critères de sélection)

La capacité économique et financière du soumissionnaire est évaluée pour chacun des lots pour lesquels il remet offre.
L'attribution des lots se fait en conséquence des capacité du soumissionnaire à assurer le ou les lots pour le ou lesquels il serait déclaré adjudicataire.

- Une déclaration bancaire appropriée justifiant une bonne santé financière (suivant le modèle se trouvant en Annexe VI du présent cahier spécial des charges) dûment complétée par sa banque. Cette déclaration décrit la situation du soumissionnaire par rapport aux exigences spécifiques du marché en question, et atteste que le soumissionnaire dispose de la capacité financière pour exécuter ce genre de contrat.

- Une déclaration concernant le chiffre d'affaires global de l'entreprise et le chiffre d'affaires lié spécifiquement à ce type de marché (élimination/valorisation de boues ou de tout autre déchet) au cours des trois derniers exercices.

- La preuve d'une assurance par la délivrance d'une attestation de l'assureur (avec abandon de recours contre la SPGE et les organismes), couvrant au moins :

  - la responsabilité civile et professionnelle couvrant les risques de l'exécution du présent marché (minimum 500.000 € en dommage matériels et immatériels consécutifs);
  - l'assurance accidents du travail du personnel du soumissionnaire;
  - l'assurance CMR (responsabilité du transporteur à l'égard de la marchandise);
  - la RC Auto.

Capacité technique du soumissionnaire – références requises (Sélection qualitative – critères de sélection)

La capacité technique du soumissionnaire est évaluée pour chacun des lots pour lesquels il remet offre.

- La liste des principaux services similaires exécutés au cours des trois dernières années (au minimum 3), avec mention du montant, de la date et du client (en précisant s'il s'agit d'un client public ou privé tout en donnant prioritairement les références pour les clients publics). Toutefois, le soumissionnaire peut également démontrer sa capacité technique en constituant un dossier incluant notamment les CV du personnel en charge du dossier, la liste des agriculteurs et des parcelles concernées (localisation – surface), etc.

- Une déclaration mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services dispose et pour les sites demandant une mise à disposition de conteneurs, une description des conteneurs utilisés.

- L'indication de la part du marché que le prestataire de services a éventuellement l'intention de sous-traiter.

- Une copie de l'enregistrement comme transporteur de déchets autres que dangereux.

- Une note d'organisation du déroulement du marché prenant en compte les éléments repris en annexe, précisant notamment la logistique d'évacuation des boues mise en place, les moyens mis en œuvre pour respecter les clauses du C.S.C. ainsi que les modalités mises en place pour assurer la traçabilité complète de la filière proposée.

Autres documents à joindre à la soumission dans le cadre de la sélection qualitative.

- Si le soumissionnaire fait appel à des entreprises sous-traitantes pour l'ensemble ou partie des missions décrites, il lui est demandé d'en établir la liste avec la nature des missions confiées. Si le soumissionnaire fait valoir la capacité d'une autre entité, par exemple d'un sous-traitant, il doit prouver que, pour l'exécution du marché, il disposera des moyens nécessaires par la production de l'engagement de cette entité. En outre, si en cours de marché, l'adjudicataire entend faire appel à un autre sous-traitant (ou autre partenaire), il doit au préalable en informer par écrit le pouvoir adjudicateur et obtenir son approbation écrite sur le nouveau sous-traitant (ou partenaire) proposé.

- Une description de la filière d'élimination et les prix en cas de soucis avec la filière de valorisation.

- Pour les sites dont les visites sont rendues obligatoires (voir Annexe), la déclaration de visites dûment complétée.

- Une attestation que le soumissionnaire a pris connaissance des documents repris dans les consignes de sécurité et environnementales.

- Une attestation que le soumissionnaire a pris connaissance des certificats et autorisations pour chaque site.

Lorsque l'offre est remise par une association composée de plusieurs personnes distinctes, morales ou physiques, la situation personnelle (absence de clause d'exclusion) de chacun des membres sera examinée suivant les dispositions de l'article 69 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Chaque membre est dès lors tenu de produire les documents exigés sur ce point.

L'évaluation de la capacité économique et financière ainsi que de la compétence technique porte sur l'association momentanée dans son ensemble plutôt que pour chaque membre de l'association.".

Dans l'avis de marché, sous les rubriques capacité économique et financière (III.2.2.) et capacité technique (III.2.3.), il est formellement indiqué qu'aucun niveau spécifique minimal n'est exigé : "niveau(x) spécifique(s) minimal(aux) : Néant". Pour le surplus, les mentions exigées sont à ce point vagues que pour ce qui concerne la capacité technique, plus spécialement la liste des principaux services similaires exécutés précédemment, la liste des documents à déposer, le cas échéant, dans le "dossier" n'est pas exhaustive : elle se termine par le terme "etc.". La même mention figure dans le cahier spécial des charges. Il apparaît clairement de la simple lecture de ces documents, qu'aucun niveau d'exigence n'est fixé conformément aux règles fixées dans l'article 58, § 1er, alinéa 1er, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 ni même de manière simplement précise et pertinente.

La première branche du deuxième moyen est sérieuse.

B. Seconde branche

La seconde branche se confond avec la première dont elle illustre un aspect et doit donc être réputée sérieuse.

Le deuxième moyen est sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne développe pas de thèse à propos de la balance des intérêts.

Le marché en cours peut être prolongé comme l'observe la partie requérante, sans être contestée.

Au regard de ces circonstances, il n'y a pas lieu de ne pas accorder la suspension de l'exécution de la décision attaquée.

VII. CONFIDENTIALITE

La requérante et la partie adverse demandent la confidentialité, respectivement de son offre et de celles des autres soumissionnaires. Rien n'empêche à ce stade de la procédure d'accéder à ces demandes.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision prise le 18 septembre 2013 par le comité de gestion de l'Intercommunale Namuroise de services publics attribuant le marché de services pour la collecte, le transport et la valorisation agricole des boues produites par les stations d'épuration publiques exploitées par l'INASEP à la société VANHEEDE BIOMASS SOLUTIONS.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les offres déposées par la partie adverse et par la partie requérante demeureront confidentielles.

Article 4.

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

Article 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre des référés, le quatorze février deux mille quatorze :

M.	Odile DAURMONT	Conseiller d'Etat, Président,
Mme	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Caroline HUGÉ. Odile DAURMONT.