CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 228.842 du 21 octobre 2014

G./A.213.800/VI-20.278

En cause : **1. la société anonyme T.P.F. UTILITIES**,
2. la société anonyme NEWELEC,
ayant formé une société momentanée,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuel van Nuffel, avocat,
avenue louise, n° 81,
1050 Bruxelles,

contre :

la société civile sous forme de société coopérative à responsabilité limitée Société wallonne des eaux, en abrégé S.W.D.E.,

ayant élu domicile chez
Me Bruno LOMBAERT, avocat,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Parties intervenantes:

1. la société anonyme BALTEAU,

ayant élu domicile chez
Me Jean-Luc FLAGOTHIER, avocat,
boulevard Piercot, n° 4, bte 14,
4000 Liège,

2. la société anonyme DEGREMONT,
ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et Renaud SIMAR, avocats,
Boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête unique introduite le 24 septembre 2014, la société anonyme T.P.F. UTILITIES et la société anonyme NEWELEC, ayant formé une société momentanée, sollicitent l'annulation et, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 29 août de la partie adverse d'attribuer

le marché mixte portant sur l'équipement et l'entretien des installations de production, d'adduction d'eau et de télégestion de ses installations à la s.a. Balteau (lots B et C) et à la s.a. Degrémont (lots A et D)".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 25 septembre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 14 octobre 2014 à 10 heures.

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

La société anonyme BALTEAU a, par une requête introduite le 10 octobre 2014, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

La société anonyme DEGREMONT a, par une requête introduite le 10 octobre 2014, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Emmanuel VAN NUFFEL, avocat, comparaissant pour les parties requérantes, Me Bruno LOMBAERT et Mathieu THOMAS, avocats, comparaissant pour la partie adverse, Me Jean-Luc FLAGOTHIER, avocat, comparaissant pour la première partie intervenante, et Me André DELVAUX, avocat, comparaissant pour la seconde partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^me^ l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a été entendue 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

III.1. Par avis publiés au Bulletin des adjudications du 18 décembre 2013 et au Journal officiel de l'Union européenne, série S, du 21 décembre 2013, la Société wallonne des eaux, en abrégé S.W.D.E., a mis en concurrence un marché mixte

portant sur l'entretien et l'équipement des installations de production, d'adduction d'eau et de télégestion de ses installations.

III. 2. Il s'agit d'un marché de services composé de quatre lots, correspondant chacun à un secteur géographique d'activité de la S.W.D.E. Il est prévu pour une durée de cinq ans résiliable chaque année. Sur toute la durée, son montant est estimé à plus de 6.000.000 €.

III. 3. La procédure appliquée est la procédure négociée avec publicité, en deux phases (sélection des entreprises, puis invitation à remettre offre et négociation).

III. 4. Les candidatures devaient être déposées pour le 27 janvier 2014 à 16 heures. A cette date, neuf candidats ont remis un dossier de candidature. Sept candidats, dont les requérantes, ont été sélectionnés pour la phase suivante.

III. 5. Dans le cadre de la seconde phase de la procédure, les sept candidats sélectionnés ont été invités à remettre une offre par un courrier daté du 10 mars 2014. A cette occasion, ils se sont vus communiquer le cahier spécial des charges.

III. 6. L'article 1.1.10. du cahier spécial des charges prévoyait les critères d'attribution suivants :

- "prix" (57 %);
- "moyens et organisation" (29 %) divisé en trois sous-critères :
  - "nombre de travaux susceptibles d'être exécutés simultanément" (5 %);
  - "méthodologie" (12 %);
  - "capacité à étudier en interne les catégories 1, 2, 3, 6" (12 %);
- "délais" (14 %) divisé en trois sous-critères :
  - "délai pour travaux immédiats" (6 %);
  - "délais d'exécution" (4 %);
  - "délai pour travaux préparatoires" (4 %).

III. 7. Le 12 mai 2014, à 12 heures, les sept soumissionnaires ont déposé une première offre. Le pouvoir adjudicateur a effectué un premier classement, pour chacun des lots, sur la base duquel cinq soumissionnaires ont été invités à une première phase de négociations.

III. 8. A la suite de ces négociations, les cinq soumissionnaires ont remis une offre définitive le 20 juin 2014.

III. 9. Le 29 août 2014 la partie adverse a pris une décision attribuant le marché aux sociétés DEGREMONT pour les lots A et D et BALTEAU pour les lots B et C.

III. 10. Cette décision, qui a été notifiée à la requérante le 9 septembre 2014 constitue l'acte attaqué.

IV. REQUETES EN INTERVENTION

Par des requêtes introduites le 10 octobre 2014, les sociétés anonymes DEGREMONT et BALTEAU demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la présente procédure.

Ces sociétés ayant été désignées comme attributaires du marché litigieux, chacune pour deux des quatre lots composant le marché, elles ont un intérêt suffisant à se porter parties intervenantes. Il y a donc lieu d'accueillir ces requêtes.

V. PREMIER MOYEN

V.1. Thèses des parties

A. Requête

Les parties requérantes prennent un premier moyen de la violation de "la directive 2004/17 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, article 55, § 1er, a; la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, article 33, § 3 (par renvoi de l'article 55); l'arrêté royal du 12 [lire16] juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, article 106; le principe du raisonnable (ou : du défaut de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles; de l'erreur manifeste d'appréciation)".

Elles reprochent en substance à la partie adverse d'avoir amené aux critères d'attribution des éléments de capacité des entreprises en dehors des prévisions légales, qui ne permettent pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, à savoir la capacité à exécuter simultanément quatre chantiers effectifs (sur site) de dix jours ouvrables par lot et la capacité à étudier en interne les catégories de travaux 1, 2, 3, 6 du cahier spécial des charges (électricité, tuyauterie, pompes et ponts roulants et équipement de télégestion). Or, elles estiment que les critères d'attribution portent sur les propositions techniques spécifiques que les soumissionnaires font pour rencontrer les besoins du pouvoir adjudicateur et ne peuvent, par conséquent, pas porter sur leurs capacités techniques, en particulier les moyens dont ils disposent pour exécuter le marché ou leur expérience.

Elles ajoutent que ce n'est que par exception qu'un critère d'attribution peut porter sur un élément de capacité et que les hypothèses où une telle exception est tolérée sont limitées de manière stricte par l'article 33, § 3, de la loi du 15 juin 2006 précitée.

Elles étaient leur raisonnement en se référant à la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne, de la Cour de Cassation et du Conseil de céans.

B. Note d'observations

La partie adverse fait d'abord valoir que le moyen est irrecevable en tant qu'il est pris de la violation de la directive 2004/17 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, dans la mesure où elle a été transposée en droit belge dans la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux.

Elle soutient que le moyen est également irrecevable en ce qu'il est pris "du défaut de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles et de l'erreur manifeste d'appréciation", dès lors que les requérantes n'expliquent pas en quoi ces principes, qui ne sont invoqués que de manière alternative à leur raisonnement principal, auraient été violés en l'espèce.

La partie adverse conteste pour le surplus le raisonnement tenu par la requérante. Elle reproche à ce raisonnement de ne pas suffisamment tenir compte de la spécificité des marchés publics dans les secteurs spéciaux, tel que l'eau. Une plus grande souplesse serait, selon elle, admise en secteurs spéciaux, laissant au pouvoir adjudicateur une plus grande liberté que dans les secteurs classiques dans l'appréciation de la capacité des candidats et soumissionnaires à exécuter le marché. Il n'y a donc, de l'avis de la partie adverse, "pas lieu de tirer des enseignements de la jurisprudence rendue dans des marchés soumis à une réglementation moins souple et plus détaillée que celle applicable au présent marché".

La partie adverse fait également valoir que l'article 33, § 3, de la loi du 15 juin 2006 précitée ne peut être interprété comme interdisant à un pouvoir adjudicateur d'apprécier, au stade de la comparaison des offres, des éléments qui ne sont pas repris comme des éléments de sélection qualitative dans la directive 2004/17 (secteurs spéciaux) ou dans l'arrêté royal du 16 juillet 2012 (secteurs spéciaux).

La partie adverse expose, par ailleurs, que même dans les secteurs classiques, la jurisprudence récente de la Cour de Justice de l'Union européenne et du Conseil d'Etat n'établit pas une "étanchéité totale et abstraite entre les critères de sélection et d'attribution".

Dans le cas d'espèce, la partie adverse relève que le sous-critère d'attribution relatif au nombre de travaux susceptibles d'être exécutés simultanément ne constitue pas un critère de sélection, mais bien une manière de valoriser les offres qui proposaient d'intervenir sur le plus grand nombre de chantiers en même temps, "afin de s'assurer que, dans des hypothèses où un grand nombre d'interventions doivent être effectuées simultanément, les installations de la SWDE se retrouvent le moins longtemps possible «à l'arrêt» (dans un souci de continuité du service public)".

La partie adverse expose encore que le sous-critère d'attribution "capacité à étudier en interne les catégories 1, 2, 3, 6" n'avait pas pour objet d'évaluer les moyens humains spécifiques dont l'entreprise dispose en propre, mais d'évaluer "les offres qui proposaient la meilleure expertise en termes d'études pour les quatre catégories de travaux les plus importantes à réaliser". Elle ajoute "qu'aucune disposition de la réglementation n'interdit à la partie adverse d'évaluer «la capacité à étudier en interne certains travaux» au stade de l'attribution du marché". Elle estime donc qu'il était "tout à fait justifié, au regard de l'objet même du marché, d'évaluer cet élément dans un critère d'attribution permettant de définir l'offre la plus avantageuse économiquement".

La partie adverse conclut en affirmant qu'il n'y a donc pas eu de confusion entre les étapes de sélection et d'attribution en l'espèce.

C. Requêtes en intervention

Dans leurs requêtes en intervention, les sociétés DEGREMONT et BALTEAU appuient la thèse développée par la partie adverse.

V.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la recevabilité du moyen

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 a été transposée en droit interne et il n'est pas allégué que cette transposition serait incomplète ou imparfaite.

Le premier moyen est par conséquent irrecevable en tant qu'il est pris de la violation de cette directive, qui n'a pas d'effet direct en droit belge.

Le moyen n'expose, par ailleurs, pas en quoi la décision attaquée serait entachée d'une erreur d'appréciation ou d'un défaut de motifs exacts, pertinents et légalement admissibles. Le moyen est par conséquent irrecevable en ce qu'il est pris de la violation de ces principes.

Le moyen est recevable pour le surplus.

B. Quant au fond

Il est exact que la réglementation applicable pour les secteurs spéciaux diffère partiellement de celle qui est applicable aux secteurs classiques. Elle est notamment moins précise concernant les critères de sélection des soumissionnaires.

Il n'en reste pas moins que la directive 2004/17 précitée comme la réglementation belge opèrent une distinction claire entre l'étape de la sélection et celle de l'attribution et que cette distinction vaut tant en secteurs spéciaux qu'en secteurs classiques. La sélection vise à identifier les entreprises aptes à exécuter le marché et, partant, à éliminer celles qui ne le sont pas. L'attribution vise à déterminer l'offre qui est la plus avantageuse. La phase de sélection qualitative repose sur des critères objectifs fixés par le pouvoir adjudicateur et liés à la capacité économique, financière, technique ou professionnelle du soumissionnaire tandis que la phase d'attribution doit permettre de déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur et doit donc être fondée sur des critères liés à l'objet du marché.

La phase de sélection qualitative porte par conséquent sur le soumissionnaire alors que la phase d'attribution porte sur l'offre qu'il fait. Cette constatation vaut aussi bien pour les secteurs classiques que pour les secteurs spéciaux.

Par ailleurs, l'article 55 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services énumère une série de dispositions relatives aux secteurs classiques qui sont également applicables aux secteurs spéciaux. L'article 33 figure au nombre de ces dispositions. Cet article dispose comme suit en son paragraphe 3 :

" Dans le cas d'un marché public ou d'un lot, ayant exclusivement pour objet des services visés à l'annexe II, B, de la présente loi, des éléments liés à la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire peuvent, à titre exceptionnel,

constituer des critères d'attribution. Cette possibilité ne peut être mise en œuvre que s'il est démontré que cela est rendu nécessaire par les exigences particulières du marché ou du lot concerné.
[…]".

Les services d'entretien et de réparation qui font l'objet du marché litigieux ne sont pas repris à l'annexe II, B, de la loi, mais à son annexe II, A. Ces services ne tombent, par conséquent, pas sous le coup de l'exception visée par l'article 33, § 3, de la loi du 15 juin 2006.

En l'espèce, l'un des sous-critères utilisés dans la phase d'attribution du marché est intitulé "capacité à étudier en interne les catégories 1, 2, 3 et 6", sans autre explicitation dans le cahier spécial des charges. Le rapport d'analyse des offres révèle que ce sous-critère, tel qu'il a été appliqué par la partie adverse, a conduit le pouvoir adjudicateur à examiner les moyens en personnel dont disposait chaque soumissionnaire (nombres d'ingénieurs, de bacheliers, de programmeurs …) pour chacune des quatre catégories sans que l'examen du dossier ne permette de comprendre le lien entre les effectifs annoncés par les soumissionnaires et la plus-value économique apportée à leur offre.

En procédant de la sorte, le pouvoir adjudicateur a examiné la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché pour les quatre catégories de travaux jugées les plus importantes. En revanche, l'on n'aperçoit pas en quoi le recours à ce sous-critère lui a permis de déterminer quelle était l'offre économiquement la plus avantageuse. La partie adverse a donc appliqué au stade de l'attribution du marché un critère portant sur la capacité technique de l'entreprise en violation du prescrit de l'article 33, § 3, de la loi du 15 juin 2006 précitée.

Le premier moyen est, dès lors, sérieux et suffit à vicier la procédure.

VI. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait état d'aucun élément imposant de constater que les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de la décision d'attribution attaquée l'emporteraient sur ses avantages.

VII. CONFIDENTIALITE

Les parties requérantes demandent la confidentialité de leur offre.

La société DEGREMONT demande la confidentialité de sa réponse écrite à la question relative au nombre de chantiers.

La partie adverse a également soumis un dossier de pièces confidentielles. Elle demande de maintenir la confidentialité de ces pièces dès lors qu'elles contiennent des informations propres à des soumissionnaires (parties requérantes et autres) dont la communication pourrait nuire à une concurrence loyale entre entreprises.

A ce stade de la procédure, il y a lieu de maintenir la confidentialité de ces pièces.

VIII. INDEMNITE DE PROCEDURE

Les parties requérantes sollicitent qu'une indemnité de procédure d'un montant de 1400 euros leur soit accordée.

La partie adverse sollicite la condamnation des parties requérantes à une indemnité de procédure d'un montant de 1400 euros.

S'agissant d'une requête unique, il n'y a pas lieu, à ce stade de la procédure, de statuer sur les dépens et l'indemnité de procédure

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Les requêtes en intervention introduites par les sociétés anonymes DEGREMONT et BALTEAU sont accueillies dans la procédure en référé.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision prise le 29 août 2014 par la société wallonne des eaux, attribuant le marché de services ayant pour objet l'entretien et l'équipement des installations de production, d'adduction d'eau et de télégestion de la S.W.D.E. à la société anonyme BALTEAU, lots B et C, et à la société anonyme DEGREMONT, lots A et D.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Article 6.

La confidentialité des pièces numérotées 6 et 7.4 des annexes à la requête, de la partie confidentielle du dossier administratif et de l'annexe 2 de la requête en intervention de la société anonyme BALTEAU est, à ce stade de la procédure, maintenue.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le vingt et un octobre deux mille quatorze par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Serge BODART.