

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 230.170 du 11 février 2015

G./A.214.615/VI-20.343

En cause : **1. la société anonyme ELECTROTECHNIQUE ET
MECANIQUE PUTMAN FRERES,
2. la société anonyme DUCHENE,**

ayant élu domicile chez
Me Christian LEPAFFE, avocat,
avenue de la Floride, n° 26,
1180 Bruxelles,

contre :

la Régie des Bâtiments,

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

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 31 décembre 2014, la société anonyme ELECTROTECHNIQUE ET MECANIQUE PUTMAN FRERES et la société anonyme DUCHENE demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise le 16 décembre 2014 par Monsieur le Vice Premier Ministre, chargé de la Régie des Bâtiments, Jan Jambon, de «non attribution du marché, arrêt de la procédure et de lancement d'une nouvelle procédure» relative au marché dénommé «THEATRE ROYAL DE LA MONNAIE - Travaux de renouvellement d'équipements scéniques, et de modification des installations de HVAC du Théâtre Royal de la Monnaie»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 janvier 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 5 février 2015 à 10 heures 30.

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

Les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

Me Christian LEPAFFE, avocat, comparaisant pour la partie requérante et Me Eric MARON, avocat, comparaisant pour la partie adverse, 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

Lors d'une précédente procédure, le marché litigieux avait été attribué aux sociétés DENYS et COFELY FABRICOM. La partie adverse ayant retiré cette décision, l'arrêt n° 229.449 du 3 décembre 2014 a prononcé un non-lieu à statuer.

Par la décision attaquée du 16 décembre 2014, la partie adverse a décidé, au vu d'un nouveau rapport du bureau d'étude A.2R.C-ORIGIN, de ne pas attribuer le marché litigieux mais de lancer une nouvelle procédure d'adjudication ouverte. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. MOYEN UNIQUE

IV. 1. La requête

Le moyen unique est pris de :

- " la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, plus particulièrement en ses articles 24 et 35, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, plus particulièrement en ses articles 58 et 69, du Cahier spécial des Charges n° 2013/231924/44A, plus particulièrement en son article 2.2.2.2 (page 17/50) applicable au marché et de l'excès de pouvoir commis".

Il est développé comme suit :

" a. Sur le plan du fait

1. La décision d'attribution originale spécifiait, en ses motifs :

«Qu'en application des articles 67 à 79 inclus de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le(s) soumissionnaire(s) suivant(s) n'a (ont) pas été retenu(s) pour n'avoir pas satisfait aux exigences en matière de capacité financière et économique et sur le plan des compétences techniques ou professionnelles, telles que fixées dans les documents du marché :

NÉANT».

Le «Rapport Bureau d'études A 2R.c, chapitre III» auquel l'article 3.1.2.2. Critères de sélection qualitative de caractère technique en cas de travaux (articles 68-69 K.R. passation)» se référait, dans le cadre de l'analyse de la capacité financière, économique et technique des soumissionnaires, exposait, pour ce qui concerne les références des requérantes, que :

«Les 5 références présentées concernent des ouvrages scénographiques dans 2 théâtres, 1 Opéra et 2 centres culturels, achevés entre janvier 2008 (soit légèrement en dehors du délai demandé) et octobre 2013.

Les attestations de bonne exécution (ou déclarations sur l'honneur pour les chantiers encore en cours) afférentes sont jointes.

Si une des références est ainsi légèrement antérieure au délai demandé, ceci ne nous paraît pas suffisant pour écarter cette offre, reçue d'une association de firmes manifestement qualifiées dans le domaine des ouvrages à réaliser».

L'analyse ainsi exprimée, quoique tout à fait favorable aux requérantes, appelait deux précisions :

- d'une part, la société momentanée Putman - Duchène n'a pas présenté à l'appui de sa soumission, dans le cadre de la sélection qualitative, cinq références, mais bien six.

Il semble, sans que cela soit précisé, que le Bureau d'Architecture n'ait pas pris en considération lors de sa première analyse la sixième référence présentée par les requérantes, soit le lot «Electromécanique» du Théâtre Communal de La Louvière, en cours d'exécution pour un montant, selon commande, de 1.213.310,63 €;

- d'autre part, la référence jugée comme «légèrement antérieure au délai demandé» a trait à la réalisation du lot «Scénographie et Audiovisuel» de la Ferme du Biéreau à Louvain-la-Neuve, pour un montant de commande de 251.962,69 €, soit de loin le montant le plus faible des six références citées.

L'examen de ces références met de surcroît en évidence une permanence objective et une réelle continuité dans ce secteur d'activité pour les requérantes, puisque l'on relève les dates d'achèvement des marchés exécutés suivantes :

* Louvain-la-Neuve - Ferme du Biéreau :	Janvier 2008
* Heist-op-den-Berg - Zwaneberg :	Janvier 2011
* Liège - Opéra Royal de Liège :	Août 2012
* Liège - Société Libre d'Emulation :	Octobre 2013
* Bruxelles - Théâtre des Galeries :	Janvier 2014
* La Louvière - Théâtre Communal :	Décembre 2014.

Il convient dès lors de souligner que c'était à juste titre que la partie adverse avait considéré en sa décision d'attribution originale que les requérantes répondaient aux exigences de la sélection qualitative, compte tenu du fait que le total des références produites pour la période considérée de cinq ans représente un[...]

montant cumulé de 11.857.220 Euros (pour une exigence cumulée limitée à 6 millions), tandis que le rapport confirmait que les requérantes sont des «firmes manifestement qualifiées dans le domaine des ouvrages à réaliser», objectif premier de la sélection qualitative.

2. La décision d'arrêt de la procédure d'attribution du marché, objet du présent recours en suspension, expose :

- que la référence ayant trait à la Ferme du Biéreau à Louvain-la-Neuve est trop ancienne (2007-2008) :

Ce constat est exact, mais n'influence en aucune manière le respect par les requérantes de l'exigence, définie par l'article 2.2.2.2 du Cahier spécial des Charges, tendant à ce que l'étendue des «services prestés» comprenne cumulativement au moins six millions d'euros;

- que la référence relative au Théâtre communal de La Louvière serait trop récente, «les travaux ayant débuté en avril 2014 pour une fin prévue en décembre 2014» :

En retenant cet élément, la partie adverse perd de vue le fait qu'elle a invité, par sa lettre du 26 septembre 2014, les soumissionnaires — et en tous cas les requérantes - à «fournir une explication complète pour chacun des cinq marchés similaires que vous avez cités en référence dans votre offre de soumission avant le 8 octobre 2014».

Dès ce moment, il apparaissait normal, dans le cadre d'un «nouvel examen des offres» ayant de surcroît exclusivement pour objet l'appréciation du respect des exigences de sélection qualitative, de prendre en considération l'état d'avancement des marchés invoqués au titre de référence à la date du 26 septembre 2014.

A cette date :

- la valeur des travaux exécutés au Théâtre communal de La Louvière s'établissait à 290.297.13 € (la requérante en charge de ce marché n'ayant pu travailler aux mois de juillet et août, suite au retard de l'entrepreneur de gros-oeuvre);

- les plans d'exécution SCM - 03 (Scénographie - perches), SCM - 04 (Scénographie - Implantations passerelles, SCM - 06 (Scénographie - Entraînement fosse d'orchestre) avaient été déclarés «bons pour exécution» dès le 3 mars 2014, le plan SCM - 07 (Equipes avant-scène) avait été introduit le 14 avril 2014 puis approuvé (date illisible), les plans 40 (Schéma bloc - Câblage LAN/CAN), 41 (Schéma bloc - Câblage technique de scène), 42 (Implantation des Tableaux) et 43 (Passerelle 02 - Implantation des équipements) avaient été déclarés «bon pour exécution» le 4 septembre 2013.

Ces éléments, joints à l'attestation produite, justifiait que cette référence soit également prise en considération pour l'appréciation du respect de la sélection qualitative, les prestations essentielles devant être considérées comme accomplies.

b. sur le plan du droit

L'article 69 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques prévoit que :

«Dans le cas d'un marché de travaux, la capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire peut être justifiée d'une ou de plusieurs des façons suivantes, selon la nature, la quantité ou l'importance et l'utilisation des travaux :

(...)

7° par la présentation de la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, cette liste étant appuyée d'attestation de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces attestations sont émises et signées par l'autorité compétente. (...) A défaut, une simple déclaration de l'entrepreneur est admise. Elles indiquent le montant, l'époque et le lieu d'exécution des travaux et précisent s'ils ont été effectués selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin (...)».

La doctrine la plus autorisée rappelle que le pouvoir adjudicateur :

«(...) doit bien sûr exercer son pouvoir d'appréciation de manière circonstanciée et proportionnée en prévenant toute discrimination et restriction de concurrence. Il ne peut énoncer des exigences qu'en relation avec l'objet du marché et en proportion avec ses caractéristiques»

[...].

En l'espèce, l'article 2.2.2.2 du Cahier spécial des Charges applicable au marché, qui précise l'article 69, 7° précité respecte dans une large mesure ce principe, si l'on excepte une contradiction interne qui l'affecte.

S'il apparaît en effet naturel, compte tenu de l'importance du marché à adjuger (de l'ordre, selon l'estimation du pouvoir adjudicateur, de 11.611.836,11 € TVA comprise ou 9.596.558,77 € hors TVA), de prévoir au niveau de la sélection qualitative que l'étendue des références doit atteindre au moins six millions d'euros, par contre l'exigence de 5 références distinctes apparaît moins compréhensible, et dès lors injustifiée, puisqu'elle permettrait, prise à la lettre, d'estimer qu'un candidat justifie de sa «capacité technique» par la simple production de cinq références d'un montant de 1.200.000 € chacune, pourtant sans rapport avec les nécessités du marché considéré, mais de ne pas juger cette capacité démontrée par un soumissionnaire présentant quatre références très largement supérieures.

Une telle lecture ne garantirait assurément pas au pouvoir adjudicateur la certitude de «s'assurer que les candidats ou les soumissionnaires disposent des qualités requises pour exécuter tel ou tel marché», au sens de la Cour des Comptes

[...].

Elle ne répondrait pas plus aux exigences de Votre Conseil d'Etat, tendant à obtenir que soit déterminé en sélection qualitative «(...) un nombre x de travaux, exécutés dans un domaine précis, d'une valeur minimale déterminée»

[...].

En l'espèce, le respect par les requérantes des exigences de la sélection qualitative doit être tenu pour acquis, par la prise en considération de la référence relative au Théâtre communal de La Louvière, dont il peut être souligné que le montant exécuté, à la date du 24 septembre 2014, dépassait déjà le montant global du marché relatif à la Ferme du Biéreau à Louvain-la-Neuve...

La suspension puis, dans un second temps, l'annulation de l'acte attaqué seront donc justifiés, la soumission des requérantes, conforme aux exigences de la sélection qualitative, régulière et la plus basse leur ouvrant droit à l'attribution du marché au terme de la procédure entre prise le 28 mai 2014.

Enfin une telle analyse s'impose d'autant plus que l'acte attaqué se conclut en exposant :

«Qu'il conviendra, dans le cadre de cette nouvelle procédure, de redéfinir le critère de sélection afin de permettre une ouverture suffisante à la concurrence tout en garantissant que les travaux soient réalisés par un entrepreneur disposant d'une expérience qui puisse être jugée suffisante»,

formulation qui ne peut que laisser apparaître, dans le chef de la partie adverse, la volonté d'assouplir les critères de sélection qualitative au détriment des requérantes, qui répondaient à toutes les exigences de la procédure initiale".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 2.2.2.2 du cahier spécial des charges prévoit, en ce qui concerne la sélection qualitative, que le soumissionnaire doit démontrer qu'il dispose d'une expérience suffisante en justifiant de la réalisation de minimum cinq marchés similaires qui répondent de manière cumulative à trois conditions relatives au type de travaux, à leur époque et au montant total des services prestés. La deuxième condition est énoncée comme suit :

" les travaux doivent être exécutés au cours des cinq dernières années avant la date de publication du présent marché. Il n'est pas nécessaire que les travaux soient déjà réceptionnés. Il doit cependant résulter des attestations que les travaux essentiels sont exécutés et qu'il sont été exécutés selon les règles de l'art et menés régulièrement à bonne fin".

Le cahier spécial des charges exige donc au titre de sélection qualitative cinq références portant sur des travaux exécutés ou dont les travaux essentiels ont été exécutés dans les cinq années précédant la publication de l'avis de marché, soit avant le 9 avril 2014 (date de publication au Journal européen).

Les requérantes contestent dans leur requête l'exigence de cinq références qu'elles estiment injustifiée. Outre le fait qu'on n'aperçoit pas en quoi une telle exigence serait disproportionnée, il convient d'observer que les requérantes n'ont pas intérêt à ce grief. En effet, s'il était retenu il ne pourrait que conduire à un nouvel appel à concurrence afin de permettre à d'autres entreprises – qui ne remplissaient pas cette condition de cinq références – de déposer offre. Le grief ainsi soulevé par les requérantes ne pourrait, dès lors, qu'aboutir à l'arrêt de la présente procédure et au lancement d'une nouvelle procédure. Les requérantes n'ont en conséquence, pas intérêt à ce grief.

Les requérantes contestent ensuite le motif pour lequel la partie adverse a estimé qu'elles ne répondaient pas aux exigences de la sélection qualitative et, plus particulièrement, à l'exigence de cinq références.

Il convient d'emblée sur ce point de souligner qu'il n'y a pas lieu de tenir compte de l'appréciation portée par la partie adverse dans sa décision du 25 juillet 2014 dès lors que celle-ci a été retirée par une décision du 16 septembre 2014 et qu'elle est, dès lors, censée n'avoir jamais existé. On relèvera, par contre, que la décision de retrait du 16 septembre 2014 – aujourd'hui devenue définitive – indique expressément qu'un nouvel examen des offres devrait être effectué en ce qui concerne les références présentées par les deux soumissionnaires.

L'inventaire des références utilisées par les requérantes à l'appui de leur offre reprend cinq références dont une portant sur des travaux réalisés entre mai 2007 et janvier 2008. La partie adverse a, à juste titre et sans que cela ne soit contesté dans la requête, estimé qu'il ne s'agissait pas d'une référence pertinente puisqu'elle était antérieure à la période de cinq ans à la date de publication du marché.

Les quatre autres références ont été admises par la partie adverse.

L'offre des requérantes comprend une sixième référence qui n'est pas mentionnée dans l'inventaire des références utilisées mais dans les pages suivantes de l'offre. En réalité, l'offre comprend un inventaire puis un point consacré aux attestations de bonne exécution de ces références et ensuite un point consacré aux marchés encore en cours. Bien que ce marché ne soit pas repris dans l'inventaire, la partie adverse a accepté de l'examiner, mais a constaté qu'il s'agit d'une référence trop récente, les travaux ayant débuté au mois d'avril 2014 pour une fin prévue en décembre 2014, les travaux n'étant pas terminés au moment de la remise d'offre.

Cette analyse est exacte.

Contrairement à ce que soutiennent les requérantes, il n'y a, en effet, pas lieu de prendre en considération l'état d'avancement des travaux depuis le dépôt des offres. Le cahier spécial des charges précise, en effet, clairement que les références doivent porter sur des travaux exécutés au cours des cinq années précédant la date de publication du marché ou, à tout le moins, dont les travaux essentiels ont été exécutés au cours des cinq années précédant la date de publication du marché, soit le 9 avril 2014.

Tout autre solution porterait atteinte aux principes de concurrence par rapport notamment aux entreprises qui n'ont pas soumissionné au motif qu'elles ne pouvaient produire une cinquième référence, les travaux essentiels du marché n'étant pas encore achevés au moment de la publication de l'avis de marché.

Il n'y a donc pas lieu de tenir compte de la référence relative au Théâtre communal de La Louvière dont les travaux, selon l'offre des requérantes elles-même, n'ont débuté qu'au mois d'avril 2014. Il ne peut être sérieusement contesté qu'à cette date, les travaux essentiels n'étaient pas encore réalisés. Les requérantes ne répondent, dès lors, pas à la condition de présentation de cinq références conformes aux exigences du cahier spécial des charges.

Par ailleurs, il n'y a pas lieu davantage de tenir compte des éléments invoqués par les requérantes relatifs à la rédaction du nouveau cahier spécial des charges dès lors que cette question est étrangère à l'acte attaqué et concerne, en réalité, la nouvelle procédure entamée par la partie adverse.

Le moyen n'est, dès lors, pas sérieux.

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

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse.

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 400 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 200 euros chacune.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
onze février deux mille quinze par :

M^{mes} Odile DAURMONT, Président de chambre,
Katty LAUVAU, Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Odile DAURMONT.