

**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 232.772 du 29 octobre 2015

A. 217.123/Vbis-175

En cause :           1. **la Société anonyme FRANKI,**  
                          2. **la Société par actions simplifiées BC NORD,**  
                          ayant tous deux élu domicile chez  
                          Mes Benoît CAMBIER et  
                          Thomas CAMBIER, avocats,  
                          avenue Winston Churchill 253/40  
                          1180 Bruxelles,

contre :

**la Régie communale autonome "TILIA" de la Ville d'Eupen,**  
ayant élu domicile chez  
Me Bruno LOMBAERT, avocat,  
rue de Loxum 25  
1000 Bruxelles.

Parties intervenantes :

1. **la Société anonyme**  
      **CFE BATIMENT BRABANT WALLONIE,**
2. **la Société anonyme**  
      **LES ENTREPRISES GILLES MOURY,**
3. **la Société anonyme CFE,**  
   ayant toutes élu domicile chez  
   Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,  
   rue de Bèze-en-Bourgogne 62  
   5000 Namur.

---

**LE PRESIDENT DE LA CHAMBRE Vbis DES REFERES,**

Vu la demande introduite le 30 septembre 2015 par la société anonyme (S.A.) FRANKI et la société par actions simplifiées de droit français (S.A.S.) BC NORD qui demandent la suspension, selon la procédure de l'extrême urgence, de l'exécution "des décisions de la Régie communale autonome «TILIA» d'EUPEN de :

- attribuer le marché public relatif à la construction d'un centre aquatique dit «WETZLARBAD» à la SM BPC Liège - MOURY - CFE pour un montant de 7.787.127,34 euros HTVA;
- la décision de classer leur offre en quatrième position, après celle de l'attributaire et celles des deux autres soumissionnaires concernés;

- implicitement, ne pas leur attribuer ce marché”;

Vu la requête introduite le 21 octobre 2015 par laquelle la société anonyme (S.A.) CFE BATIMENT BRABANT WALLONIE, la S.A. LES ENTREPRISES GILLES MOURY et la S.A. CFE demandent à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence;

Vu la note d'observations et le dossier administratif de la partie adverse;

Vu l'ordonnance du 5 octobre 2015, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 19 octobre 2015 à 14.30 heures;

Vu les courriers du 13 octobre 2015 notifiés aux parties, les informant de la remise de l'affaire à l'audience du 23 octobre 2015 à 10 heures;

Entendu, en son rapport, M. HANOTIAU, président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Mes Benoît CAMBIER, Thomas CAMBIER et Johan LAMBERS, avocats, comparaisant pour les parties requérantes, Mes Bruno LOMBAERT et Michèle BELMESSIERI, avocats, comparaisant pour la partie adverse, et Me Thierry DELVAUX, loco Me A. L. DURVIAUX, avocat, comparaisant pour les parties intervenantes;

Entendu, en son avis conforme, M. WIMMER, premier auditeur au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les parties requérantes exposent comme suit les éléments de la cause :

- " 1. Le présent recours concerne l'attribution d'un marché public de travaux de construction d'un centre aquatique pour la Régie communale autonome «TILIA» de la Ville d'Eupen.
- 2. Ce marché a fait l'objet d'un avis de marché publié le 18 février 2015 au Bulletin des adjudications.
  - a. Le mode de passation est l'appel d'offres ouvert.
  - b. L'objet du marché est décrit de la manière suivante :
    - « Construction d'une piscine publique comprenant un bassin sportif de 25 m, une piscine récréative avec bassin à vagues, rivière rapide et une pataugeoire, réaménagement de la piscine extérieure. Les travaux faisant l'objet de la présente entreprise consistent en la fourniture de toute main d'œuvre, matériaux, équipements, moyens et services nécessaires à des

travaux de gros œuvre ferme, de techniques spéciales et de parachèvement».

c. Il est précisé que les variantes ne seront pas prises en considération.

d. Concernant les exigences de capacité technique, il est notamment mentionné que :

« Liste des sous-entrepreneurs avec une liste de références - le soumissionnaire nommera[t] en tout cas les deux sous-entrepreneurs :

Installateur du traitement des eaux: l'installateur doit obligatoirement avoir déjà exécuté au cours des 5 dernières années, au moins 2 travaux de traitement des eaux d'une piscine publique pour un montant de 1,5 millions EUR TVA excl.

Carrelages, le sous-entrepreneur doit obligatoirement avoir déjà exécuté au cours des cinq dernières années, au moins 2 travaux de pose de carrelages d'une piscine publique pour un montant minimum de 300 000 EUR TVA excl.

Les certificats de bonne exécution, mentionnant le montant des travaux exécutés sont obligatoirement à joindre».

Les critères d'attribution sont énoncés de la manière suivante :

|                                             |    |
|---------------------------------------------|----|
| 1. Montant de l'offre                       | 60 |
| 2. Qualité des matériaux et travaux offerts | 20 |
| 3. Garanties supplémentaires                | 15 |
| 4. Planning de l'exécution des travaux      | 5  |

3. Ce marché fait l'objet d'un cahier spécial des charges rédigé par le bureau d'architectes et d'ingénieurs ARTABEL.

Il fournit notamment certaines précisions concernant les critères d'attribution.

a. Concernant le critère 2 «Qualité des matériaux et travaux offerts» sur 20 points, le cahier spécial mentionne :

« Le soumissionnaire ajoute à son offre une note d'où il élaborera comment il exécutera les travaux. Cette note est accompagnée par des fiches techniques des différents matériaux qu'il compte utiliser.

Cette note sera analysée en tenant compte de la valeur technique des moyens choisis par l'entrepreneur, avec une attention spéciale concernant les points : durabilité, cost-efficiency, coûts d'entretien».

Dans une «rectification» du 28 avril 2015 le pouvoir adjudicateur mentionne :

« Vous devrez nous montrer la qualité de vos matériaux, installations, méthode d'exécution,... choisi sur base du CDC. Souligner les points forts, si le cas indiquer où les caractéristiques des matériaux sont supérieures en comparaison des produits décrits dans le CDC, montrer votre savoir-faire en matière de construction d'une piscine. Sélectionner des appareils et matériaux qui sont faciles à maintenir, [sera] surtout apprécié».

b. Concernant le Critère 3 «les garanties supplémentaires» sur 15 points, le cahier spécial des charges mentionne :

« Le soumissionnaire ajoute à son offre une liste de garanties supplémentaires qu'il accorde sur les différents matériaux et travaux, p.e. délai de garantie supplémentaire sur certaines exécutions, exécutions certifié[es] et garanti[es] par assurance supplémentaire, etc.) et les prestations des matériaux offerts qui sont supérieur[e]s à celles décrit[e]s dans le CDC».

Dans la «rectification» du 28 avril 2015, le pouvoir adjudicateur mentionne que «vous avez l'opportunité d'offrir des garanties supplémentaires, des services supplémentaires, des assurances supplémentaires. L'un avec le meilleur dossier plus complet [sic] reçoit le plus de points».

c. Concernant le critère 4 «Planning de l'exécution des travaux» sur 5 points, le cahier spécial des charges indique que :

« Le soumissionnaire ajoute à son offre un planning des travaux d'où il montre qu'ils comprennent les enjeux d'une construction d'une piscine publique avec ces intervenants différents comme les sous-entreprises des techniques spéciales».

4. En date du 4 mai 2015, les parties requérantes déposent une offre pour ce marché public. Au total, 6 offres sont déposées :
- SMBPC Liège-Moury-CFE
  - SM WETZLARBAD
  - SM STRABAG - CIT BLATON
  - SM FRANKI - BC NORD
  - GALERE
  - DUCHENE
5. L'examen des offres fait l'objet d'un rapport d'analyse des offres par le bureau d'architectes ARTABEL.
- A l'issue du rapport d'analyse des offres, le Bureau d'architecte établit le classement suivant des offres :
- SMBPC Liège-Moury-CFE 93,50 points;
  - SM WETZLARBAD 85,72 points;
  - SM STRABAG - CIT BLATON 83,57 points;
  - SM FRANKI - BC NORD 82,64 points;
  - GALERE 82,44 points;
  - DUCHENE 78,14 points.

Le tableau récapitulatif des points est le suivant :

| 2 - CRITERES D'ATTRIBUTION                                                                                                  | SM BPC Liège -Moury-CFE | Strabag sa + CIT Blaton sa | Galère sa    | SM Wetzlarbad | SM Fran[k]i - Bc Nord | Duchêne sa   |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|----------------------------|--------------|---------------|-----------------------|--------------|
| CRITERE 1<br>Montant de l'offre (60 %)                                                                                      | 60,00                   | 56,57                      | 55,94        | 52,72         | 54,14                 | 53,14        |
| Montants d'inscription corrigés                                                                                             | 7.790.181,58            | 8.316.500,52               | 8.412.083,01 | 8.906.298,12  | 8.687.519,66          | 8.842.014,01 |
| QUOTATION<br>= 50 + ((moyen<br>montant d'inscr<br>corr - montant<br>d'inscr corr) x 50) /<br>moyen montants<br>d'inscr corr | 54,13                   | 51,04                      | 50,47        | 47,56         | 48,85                 | 47,94        |
| PONDERATION                                                                                                                 | 60,00                   | 56,57                      | 55,94        | 52,72         | 54,14                 | 53,14        |
| CRITERE 2 Qualité<br>des matériaux et<br>travaux offerts<br>(20 %)                                                          | 16,5                    | 14                         | 16,5         | 20            | 15,5                  | 16,5         |
| CRITERE 3 Les<br>garanties<br>supplémentaires<br>(15 %)                                                                     | 13,5                    | 11                         | 8            | 8,5           | 10                    | 7,5          |
| CRITERE 4<br>Planning de<br>l'exécution des<br>travaux (5 %)                                                                | 3,5                     | 2                          | 2            | 4,5           | 3                     | 1            |
| TOTAL SCORE<br>(score op 100)                                                                                               | 93,50                   | 83,57                      | 82,44        | 85,72         | 82,64                 | 78,14        |

6. Le 10 septembre 2015, la partie adverse adopte la décision d'attribuer le marché à la SM BPC LIEGE - MOURY - CFE pour un montant de 7.787.127,34 euros HTVA.

Il s'agit de l'acte attaqué.

Cette décision a été notifiée par courrier, un recommandé envoyé le 15 septembre 2015, et par un fax envoyé le 14 septembre 2015.

La conclusion du marché est soumise au délai d'attente de 15 jours";

Considérant que, par requête introduite le 21 octobre 2015, la S.A. CFE BATIMENT BRABANT WALLONIE, la S.A. LES ENTREPRISES GILLES MOURY et la S.A. CFE demandent à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence; qu'il y a lieu d'accueillir cette requête;

Considérant que la requête en suspension d'extrême urgence est recevable ratione temporis, ayant été introduite le 30 septembre 2015, soit dans le délai légal de quinze jours de la notification de la décision attaquée;

Considérant que les parties requérantes prennent un moyen unique :

- " - De la violation de
- la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11;
  - la loi du 15 juin 2006 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services», notamment de son article 5;
  - la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de ses articles 4, 5 et 8.
  - La loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, notamment de ses articles 2 et 3;
  - l'arrêté royal du 15 juillet 2011 «relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques», notamment de ses articles 12, 54, 58, 59, 69, 74, 95;
  - les principes généraux du droit, notamment de celui qui veut que tout acte administratif repose sur des causes et motifs légalement admissibles, du principe d'égalité, du principe patere legem quam ipse fecisti, du devoir de minutie;
- De l'excès de pouvoir, de l'erreur manifeste d'appréciation de la partie adverse;
- De l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs.

EN CE QUE la partie adverse a décidé d'attribuer le marché à la SM BPC LIEGE - MOURY - CFE et classe la partie requérante en quatrième position;

ALORS QUE

Première branche

Les soumissionnaires suivants ne respectent pas les exigences de capacité technique et professionnelles fixées, en termes de critères de sélection qualitative pour les travaux relatifs au carrelage, dans les documents du marché :

- SM BPC Liège - MOURY - CFE
- SM STR[A]BAG - CIT BLATON
- SM WERTZLARBAD
- S.A. DUCHENE

En effet, une des références pour les travaux de «carrelages» ne concerne pas des travaux réalisés au cours des cinq dernières années.

## Seconde branche

Les soumissionnaires suivants ont remis une offre irrégulière :

- SM BPC Liège - MOURY - CFE
- SM STR[A]BAG - CIT BLATON

En effet, ils proposent plusieurs entreprises différentes comme sous-traitants pour les mêmes travaux alors que les documents du marché imposaient d'identifier un sous-traitant qui réponde aux exigences de capacité technique.

De plus, les soumissionnaires ne peuvent remettre qu'une offre et les variantes étaient interdites de sorte qu'ils ne pouvaient pas formuler des propositions différentes pour une même prestation";

Considérant que, dans la première branche, les parties requérantes font valoir l'illégalité de la sélection qualitative des première, deuxième, troisième et sixième offres, leur propre offre ayant été classée quatrième; qu'elles l'exposent comme suit :

" 1. L'avis de marché prévoit, au titre de la sélection qualitative, que :

« Liste des sous-entrepreneurs avec une liste de références - le soumissionnaire nommerai[t] en tout cas les deux sous-entrepreneurs:

Installateur du traitement des eaux : l'installateur doit obligatoirement avoir déjà exécuté au cours des 5 dernières années, au moins 2 travaux de traitement des eaux d'une piscine publique pour un montant de 1,5 millions EUR TVA excl.

Carrelages, le sous-entrepreneur doit obligatoirement avoir déjà exécuté au cours des cinq dernières années, au moins 2 travaux de pose de carrelages d'une piscine publique pour un montant minimum de 300.000 EUR TVA excl.

Les certificats de bonne exécution, mentionnant le montant des travaux exécutés sont obligatoirement à joindre» (la requérante souligne).

2. L'article 5 de la loi du 15 juin 2006 prévoit que «Les pouvoirs adjudicateurs traitent les entrepreneurs, les fournisseurs et les prestataires de services dans le respect de l'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.

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».

L'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 prévoit que :

« 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, en l'absence d'un tel avis, 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».

S'agissant d'un marché public de travaux, c'est en application de l'article 69 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 que le pouvoir adjudicateur a fixé les exigences de capacité technique et professionnelle.

Il est admis qu'«en principe, tous les documents exigés par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché en application des articles 61 à 79 doivent être joints à la demande participation» ou à l'offre en cas de procédure ouverte (B. Lombaert et csrts, La passation des marchés publics dans les secteurs classiques, Kluwer, 2014, p. 298).

Votre Conseil juge d'ailleurs que :

« Considérant qu'en constatant que la requérante n'a pas produit en annexe à son offre les références requises, la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation ni violé le principe de bonne administration; (...) la question de savoir si l'omission de l'une ou l'autre de ces références est substantielle ou non ou prescrite ou non à peine de nullité est sans pertinence dès lors que, le pouvoir adjudicateur les ayant définies dans le cahier spécial des charges, elles doivent être fournies à peine de fausser l'appréciation à porter quant à la capacité technique des soumissionnaires et de violer le principe d'égalité de traitement qui doit leur être réservé» (C.E., n° 160.374 du 21 juin 2006).

3. Cela est sans préjudice de la faculté du pouvoir adjudicateur d'inviter un soumissionnaire «à compléter ou à expliciter les renseignements et documents», conformément à l'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

Cette faculté ne peut pas cependant permettre de modifier une offre ni d'apporter de nouveaux éléments qui n'existaient pas lors du dépôt de l'offre.

Un soumissionnaire ne pourrait donc pas être invité à apporter une nouvelle référence ni la référence d'un autre sous-traitant.

Par contre, il pourrait être invité à expliquer une référence qu'il a fournie afin de démontrer qu'elle répond effectivement aux exigences de la sélection qualitative.

4. En l'espèce, concernant les travaux de «Carrelages», les requérantes constatent que les soumissionnaires suivants ont fait appel à la NV. TEGELBEDRIJF DAELEMANS :
  - SM BPC LIEGE - MOURY - CFE;
  - SM STRABAG SA - CIT BLATON SA;
  - SM WETZLARBAD;
  - SA DUCHÊNE, qui est, elle, moins bien classée que la requérante.

Pour cet entrepreneur «Carrelages», ces soumissionnaires font valoir les trois références suivantes :

- Piscine de Braine le Comte
- Piscine de Hasselt
- Piscine de Zottegem, pour laquelle le montant des travaux n'est pas indiqué sur l'attestation de sorte que la référence est refusée par la partie adverse.

Selon les informations des requérantes, la référence relative à la piscine de Hasselt ne répond pas aux exigences du cahier spécial des charges dès lors que les travaux ont été achevés il y a plus de 5 ans.

En effet, l'inauguration a eu lieu 30 avril 2010, soit plus de 5 ans avant le dépôt des offres (<http://www.hbv1.be/cnt/aid919059/eolfslagbad-helemaal-venieuwd>).

5. Conformément à l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et aux exigences de capacités techniques et professionnelles fixées en application de l'article 69 du même arrêté royal, ces soumissionnaires ne pouvaient donc pas être sélectionnés dès lors qu'ils n'ont pas fourni les références exigées au titre de la sélection qualitative, pour l'entreprise de carrelage.

D'ailleurs, pour la SM STRABAG - CIT BLATON, le pouvoir adjudicateur a refusé une autre référence car la réception provisoire datait de janvier 2010, soit plus de 5 ans avant le dépôt des offres (page 6 du rapport d'analyse des offres).

6. Par ailleurs, à la connaissance des requérantes, l'attestation de l'entreprise TEGELBEDRIJF DAELEMANS mentionne uniquement que les travaux auraient eu lieu en 2009-2010.

On n'aperçoit donc pas comment la partie adverse a pu conclure sur la base de cette seule attestation que cette référence serait admissible.

A cet égard, elle a également manqué à son devoir de prudence et de minutie.

7. La SM STRABAG - CIT BLATON fournit, pour le carrelage, les références d'une autre entreprise, en plus de l'entreprise TEGELBEDRIJF DAELEMANS qui, elle, répondrait aux exigences de la sélection qualitative.

Cela ne permet pas pour autant de sélectionner ce soumissionnaire.

- a. En effet, la circonstance que la SM STRABAG - CIT BLATON mentionne, dans son offre, deux entreprises au lieu d'une seule ne pourrait pas conduire à la sélectionner alors qu'une des entreprises ne répond pas aux exigences de capacité technique fixées par le pouvoir adjudicateur.

1°. D'abord, pour les travaux de carrelages, le soumissionnaire ne pouvait se prévaloir des références que d'un seul entrepreneur et indiquer un seul sous-traitant dans son offre (voy. infra, article 2)

2°. Par ailleurs, la capacité d'une entreprise ne peut pas suppléer le manque de référence de l'autre entreprise prévue.

En procédant de la sorte, le soumissionnaire se réserve la possibilité, en cours d'exécution, de confier les travaux à une entreprise qui ne répondait pas aux exigences de la sélection qualitative, ce qui n'est pas admis.

Cela vaut d'autant plus que le soumissionnaire ne précise pas quel serait le partage des travaux entre ces deux entreprises, ni ce qui permettrait d'en privilégier une par rapport à l'autre, en cours d'exécution.

- b. De plus, la partie requérante n'a pas pu vérifier que les références fournies pour cette entreprise répondent effectivement à toutes les exigences prévues au cahier spécial des charges et qu'elles concernent bien des travaux spécifiques de carrelage. Cette vérification devra être faite à la lecture du dossier administratif.

8. L'acte attaqué viole donc notamment :

- a. Les articles 10 et 11 de la Constitution car le pouvoir adjudicateur sélectionne des soumissionnaires qui ne respectent pas les exigences de la sélection qualitative et procède ensuite [à] la comparaison des offres;
- b. L'article 5 de la loi du 15 juin 2006 et l'article 58 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 en ce qu'il attribue le marché après avoir sélectionné des entreprises qui ne respectent pas les conditions de la sélection qualitative;

- c. L'article 69 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et le principe patere legem ipse quam fecisti car le pouvoir adjudicateur sélectionne des soumissionnaires qui ne respectent pas les exigences de capacité technique et professionnelle qu'il a lui-même imposées;
- d. Le devoir de prudence et de minutie car le pouvoir adjudicateur sélectionne des entreprises qui ont remis une référence imprécise dont il ne ressort pas qu'elle respecterait les exigences prévues.
- e. L'article 74 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 car le pouvoir adjudicateur sélectionne des entreprises qui invoquent les références d'un tiers alors que les références de ce tiers ne respectent pas les exigences prévues.
- f. L'article 59 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 car les soumissionnaires concernés ne pourraient pas, en application de cette disposition, être invités à rectifier leur offre en invoquant une nouvelle référence de ce sous-traitant ni en invoquant les références d'un autre sous-traitant.

[...];

Considérant que, en ce qui concerne le premier grief relatif au non-respect du délai de 5 ans à propos des références de travaux exécutés par le sous-entrepreneur "carrelages", que l'article 69, 7<sup>o</sup>, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques énonce ce qui suit :

" Art. 69. 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<sup>o</sup> par la présentation de la liste des travaux exécutés au cours des cinq dernières années, cette liste étant appuyée d'attestations de bonne exécution pour les travaux les plus importants. Ces attestations sont émises et signées par l'autorité compétente. Lorsque le maître d'ouvrage est une personne privée, elles le sont par celui-ci. 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. Le cas échéant, ces attestations sont transmises directement au pouvoir adjudicateur par l'autorité compétente";

Considérant que le cahier des charges porte ce qui suit :

" Pour ce marché, le soumissionnaire nommerai[t] deux sous-entrepreneurs :

Installateur du traitement des eaux [...]

Le sous-entrepreneur "Carrelages". Celle-ci [sic] doit avoir obligatoirement déjà exécuté au cours des cinq dernières années, au moins deux travaux [sic] de pose de carrelages d'une piscine publique pour un montant minimum de 0,3 millions € TVA excl. Il doit joindre à son inscription un certificat de bonne exécution mentionnant le montant des travaux exécutés" (Cahier des charges, page 24);

Considérant que le cahier des charges n'apporte aucune précision quant à la détermination des cinq années de référence; qu'en l'absence d'une telle

détermination, il y a lieu de prendre en considération la période de cinq ans précédant le document qui y fait référence, à savoir la période de cinq ans précédant l'avis de marché; qu'en effet, non seulement il appartient à l'auteur de l'avis de marché de préciser le dies a quo ou ad quem du délai de cinq ans s'il entend y apporter une précision particulière au cas d'espèce, mais encore le critère de l'avis de marché comme dies ad quem du délai de cinq ans a un caractère objectif puisqu'il vise, dans le temps écoulé, une période identique, de date à date, pour tous les soumissionnaires;

Considérant qu'en l'espèce, l'avis de marché a été publié le 18 février 2015 de sorte que la période de référence a pris cours le 18 février 2010;

Considérant que les références fournies par la S.M. BC LIEGE-MOURY-CFE, la S.M. STRABAG - CIT BLATON, la S.M. WETZLARBAD et la S.A. DUCHENE ont trait à un même entrepreneur "carrelages", la N.V. TEGELBEDRIJF DAELEMANS et concernent les piscines de Braine-le-Comte, de Hasselt et de Zottegem, cette dernière référence ayant été refusée par la partie adverse;

Considérant que si la référence à la piscine de Braine-le-Comte n'est pas critiquée par les parties requérantes, celle de la piscine de Hasselt fait l'objet, en termes de requête, d'une double critique : d'une part, la piscine de Hasselt a été inaugurée le 30 avril 2010, soit plus de cinq ans avant le dépôt des offres, et d'autre part, l'attestation de l'entreprise TEGELBEDRIJF DAELEMANS "mentionne uniquement que les travaux auraient eu lieu en 2009-2010";

Considérant que la partie adverse répond comme suit à cette double critique :

" [...]

Im vorliegenden Fall ist der strittige Auftrag am 18. Februar 2015 bekannt gemacht worden.

Die Referenzperiode läuft also vom 18. Februar 2010.

Wie von den Antragstellerinnen nicht bestritten, ist das Schwimmbad Hasselt am 30. April 2010 eingeweiht worden.

Die Referenz des Subunternehmens DAELEMANS bezüglich des Schwimmbads Hasselt, auf die sich die drei Bietergemeinschaften BPC Liège - MOURY - CFE, Wetzlarbad und Strabag berufen, und die sich innerhalb der Referenzperiode befindet, ist somit gültig.

Des Weiteren ist die Referenz des Schwimmbads Hasselt keinesfalls unpräzise, sodass die Gegenpartei diese Referenz genauer hätte prüfen müssen, und, eventuell die Angebote der betroffenen Bieter vom weiteren Verfahren hätte ausschließen müssen.

Die strittige Referenz bezieht sich nämlich auf Bauarbeiten die in einer Periode von zwei Jahren (2009-2010) durchgeführt worden sind. Es ist somit nicht verwunderlich, dass die betroffenen Bieter diese komplette Bauzeit angegeben haben, wohlwissend, dass sich diese Referenz in der Referenzperiode, welche ab dem 18. Februar 2010 läuft, befindet.

Es kann somit nicht behauptet werden, dass die Gegenpartei nicht das Sorgfaltsprinzip beachtet hätte.

[...]"

Considérant que la partie intervenante fait valoir ce qui suit :

" [...]

Sous cet angle, il faut considérer que les «cinq dernières années» ont pris cours le 19 février 2010. La circonstance que la piscine de Hasselt a été inaugurée le 30 avril 2010 confirme dès lors que la référence concernée a été réalisée au cours de la période de référence (du 19 février 2010 au 18 février 2015)";

Considérant que la partie adverse a pu raisonnablement prendre en considération, comme étant admissible, la référence aux travaux de la piscine de Hasselt, qui se sont déroulés sur deux ans, en 2009 et 2010, de sorte que si l'inauguration de cette piscine a eu lieu le 30 avril 2010, ceci signifie que les travaux ont été achevés juste auparavant et dans la période de référence qui prenait cours le 18 février 2010;

Considérant qu'à l'audience, les parties requérantes ont soutenu qu'il aurait fallu prendre en considération la date de la réception provisoire des travaux à la piscine de Hasselt et que le dossier administratif ne contenait pas d'attestation de réception provisoire; qu'il s'agit là d'un argument nouveau, les parties requérantes n'ayant pas allégué dans leur requête que la référence à des travaux dans les cinq ans devait être justifiée seulement par une attestation de réception provisoire; que dès lors cet argument ne peut être retenu; qu'à cet égard, la première branche n'est pas sérieuse;

Considérant que le second grief a trait à ce que "la S.M. STRABAG - CIT BLATON fournit, pour le carrelage, les références d'une autre entreprise, en plus de l'entreprise TEGELBEDRIJF DAELEMANS", ce qui "ne permet pas [...] de sélectionner ce soumissionnaire"; que, selon les requérantes, il n'est pas possible, pour un soumissionnaire", de mentionner dans son offre deux entreprises au lieu d'une seule alors que l'une d'elles pourrait ne pas offrir les références requises; qu'elles soutiennent que la capacité technique de l'une ne peut pas suppléer le défaut de capacité technique de l'autre; qu'ainsi, l'offre ne peut être retenue d'autant plus que le soumissionnaire ne précise pas, dans son offre, lequel des sous-entrepreneurs il retiendra et, s'il retient les deux, comment se fera le partage des travaux;

Considérant que ce grief sera examiné avec la seconde branche du moyen;

Considérant que les parties requérantes exposent la seconde branche du moyen unique comme suit :

" Deuxième branche : Pour le surplus, offres proposant deux entreprises différentes.

1. Il ressort du rapport d'attribution que les soumissionnaires suivants proposent, dans leur offre, plusieurs entrepreneurs pour le traitement des eaux et/ou le carrelage :

- SM BPC LIEGE - MOURY - CFE, pour le traitement des eaux
- SM STRABAG-CIT BLATON, pour le traitement des eaux et pour le carrelage

2. Cela n'est pas conforme au cahier spécial des charges ni à l'avis de marché et constitue une irrégularité entraînant l'irrégularité de l'offre.

En effet, il était prévu que :

« Liste des sous-entrepreneurs avec une liste de références - le soumissionnaire nommerai[t] en tout cas les deux sous-entrepreneurs:

Installateur du traitement des eaux : l'installateur doit obligatoirement avoir déjà exécuté au cours des 5 dernières années, au moins 2 travaux de traitement des eaux d'une piscine publique pour un montant de 1,5 millions EUR TVA excl.

Carrelages, le sous-entrepreneur doit obligatoirement avoir déjà exécuté au cours des cinq dernières années, au moins 2 travaux de pose de carrelages d'une piscine publique pour un montant minimum de 300 000 EUR TVA excl.

Les certificats de bonne exécution, mentionnant le montant des travaux exécutés sont obligatoirement à joindre».

Tant l'avis de marché que le cahier spécial des charges précisait donc que les soumissionnaires devaient prévoir un entrepreneur pour l'installation du traitement des eaux et un entrepreneur pour le carrelage.

On n'aperçoit d'ailleurs pas comment ces travaux pourraient être confiés simultanément à deux entreprises différentes.

Il convient de souligner que conformément à l'article 12 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, le pouvoir adjudicateur est en droit d'exiger que le soumissionnaire indique dans son offre à quel sous-traitant il fera appel.

3. En proposant deux entrepreneurs plutôt qu'un seul comme exigé dans les documents du marché, les soumissionnaires concernés ont remis une offre irrégulière, non conforme aux documents du marché.

En effet, ils n'indiquent pas une entreprise à laquelle ils auront recours mais indiquent deux entreprises différentes auxquelles ils pourront avoir recours. C'est après l'attribution qu'ils décideront à quelle entreprise ils auront recours de sorte qu'il existe une incertitude dans leur offre.

Cette irrégularité est substantielle dès lors que :

- Elle porte sur une condition de la sélection qualitative;
- Elle concerne la réalisation de travaux particulièrement importants que le pouvoir adjudicateur a d'ailleurs décidé de traiter de manière spécifique, en exigeant des références particulières.

Ces offres devaient donc être écartées, conformément à l'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011.

On relèvera également que l'indication de l'identité des sous-traitants prévue par le pouvoir adjudicateur en application de l'article 12 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 permet d'éviter le recours à la technique dite du second tour par laquelle l'entrepreneur fait pression sur les sous-traitants potentiels pour obtenir un rabais complémentaire par rapport à son devis initial pris en compte pour l'établissement de l'offre déposée.

A cet égard, la Cour d'appel de Liège juge que l'indication du sous-traitant est nécessaire pour assurer la comparabilité des offres et ne pas rompre le principe d'égalité entre le soumissionnaire qui a négocié un contrat de sous-traitance ferme et définitif et celui qui ne s'est pas engagé et est ainsi en mesure de remettre un prix inférieur qu'il sait pouvoir imposer ultérieurement au sous-traitant qu'il choisira, une fois devenu adjudicataire et maître de cette partie du marché. La Cour estime que cette obligation est également fondée sur l'intérêt général résultant de la nécessité de faire obstacle au «scandale du second tour». «c'est-à-dire la pratique de maints entrepreneurs généraux qui soumissionnent après avoir consulté "sans engagement" plusieurs sous-traitants, et ce sur la base du prix le plus bas offert, puis une fois déclarés adjudicataires, refont une consultation des mêmes sous-traitants et, cette fois en position de force, exigent et obtiennent de substantiels rabais».

C'est précisément à cette technique du second tour que les soumissionnaires se garantissent la possibilité d'avoir recours en mentionnant, dans leur offre, deux sous-traitants différents plutôt qu'un seul.

4. Par ailleurs, chaque soumissionnaire ne peut remettre qu'une offre par marché. Cela est d'ailleurs clairement prévu à l'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 et vaut également pour les demandes de participation.

L'objectif est d'éviter à l'acheteur public de se trouver face à de multiples candidatures de la même entreprise sous plusieurs formes, aboutissant en fait à restreindre ou à fausser la concurrence.

Les soumissionnaires ne peuvent donc formuler plusieurs propositions différentes dans une même offre et ce d'autant plus lorsque, comme en l'espèce, les variantes sont interdites.

Ils ne pouvaient donc pas proposer deux entreprises différentes pour réaliser un même travail.

5. L'acte attaqué viole donc notamment;
  - a. Les articles 10 et 11 de la Constitution dès lors qu'il retient des offres irrégulières qui ne respectent pas les documents du marché et les compare aux autres offres;
  - b. L'article 95 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 car il ne procède pas à la vérification complète de la régularité des offres et retient deux offres qui sont affectées d'une irrégularité substantielle;
  - c. Les articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 et les articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 car la motivation formelle ne fait pas état de l'irrégularité qui affecte les offres concernées et de l'éventuelle prise en compte de cette irrégularité par le pouvoir adjudicateur;
  - d. L'article 12 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 car le pouvoir adjudicateur a retenu des offres bien qu'elles ne mentionnent pas l'identité de leur sous-traitant tel qu'exigé par le pouvoir adjudicateur en application de l'article 12 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011;
  - e. L'article 54 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 car le pouvoir adjudicateur retient des offres qui formulent deux propositions différentes et alternatives alors même que les variantes ne sont pas admises.

- f. Le principe *pater legem quam ipse fecit* dès lors que le pouvoir adjudicateur n'applique pas les conditions de régularité qu'il a lui-même fixées et retient des offres irrégulières";

Considérant, sur le second grief énoncé dans la première branche et la seconde branche du moyen unique, qu'il y a lieu de constater que sont critiquées les offres de la S.M. STRABAG - CIT BLATON (second grief dans la première branche et seconde branche) et des intervenantes (seconde branche); que, par contre, n'est pas critiquée l'offre de la S.M. WETZLARBAD qui est classée deuxième; qu'en d'autres termes, à supposer que l'offre des intervenantes (classée première) et l'offre de la S.M. STRABAG - CIT BLATON (classée troisième) soient irrégulières, les requérantes resteraient classées après la S.M. WETZLARBAD, mieux classée qu'elles; qu'elles ne retrouveraient pas pour autant une chance d'obtenir le marché;

Considérant, à ce sujet, que s'il est exact que la demande de suspension porte sur la décision de la partie adverse :

- d'attribuer le marché public à la S.M. LIEGE - MOURY - CFE,
- de classer l'offre des requérantes en quatrième position,
- implicitement, de ne pas leur attribuer le marché,

il convient d'observer que l'intérêt des parties requérantes n'est certain que si, eu égard aux moyens qu'elles avancent, il y a lieu de conclure que toutes les offres des soumissionnaires mieux classés qu'elles-mêmes sont entachées d'illégalité ou que la procédure administrative ayant conduit à la décision attaquée est elle-même irrégulière; qu'en effet, dans de telles hypothèses, elles retrouvent une chance de pouvoir être retenues pour le marché en cause; qu'en l'occurrence, elles n'ont dès lors pas un intérêt au moyen sur les points ci-avant précisés;

Considérant, au surplus, qu'il convient de rappeler que, si le premier grief énoncé dans la première branche du moyen unique concernait quatre soumissionnaires, dont la S.M. WETZLARBAD, il est jugé non sérieux;

Considérant que la partie adverse demande, dans sa note d'observations, que lui soit accordée une indemnité de procédure de 700 euros à la charge des parties requérantes; qu'il y a lieu de la lui accorder,

## **D E C I D E :**

### **Article 1<sup>er</sup>.**

La requête en intervention introduite par la S.A. CFE BATIMENT BRABANT WALLONIE, la S.A. LES ENTREPRISES Gilles MOURY et la S.A. CFE dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

### **Article 2.**

La demande de suspension d'extrême urgence de l'exécution de l'acte attaqué est rejetée.

### **Article 3.**

Les dépens, liquidés à la somme de 850 euros, sont mis à la charge des parties requérantes.

Une indemnité de procédure de 700 euros est accordée à la partie adverse à la charge des parties requérantes.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la chambre Vbis des référés, le vingt-neuf octobre deux mille quinze par :

|                        |                       |
|------------------------|-----------------------|
| M. HANOTIAU,           | président de chambre, |
| M <sup>me</sup> WIAME, | greffier.             |

Le Greffier,

Le Président,

V. WIAME.

M. HANOTIAU.