

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.562 du 28 juillet 2016

G./A.219.689/VI-20.814

En cause : **la société anonyme ANSUL,**

ayant élu domicile chez
Me Benoît CAMBIER, avocat,
avenue Winston Churchill, n° 253, bte 40,
1180 Bruxelles,

contre :

la ville de Verviers,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Julie BOCKOURT, avocats,
Place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 12 juillet 2016, la société anonyme ANSUL sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision du Collège communal de la Ville de Verviers du 3 juin 2016 décidant de sélectionner les cinq offres déposées; de les classer par ordre de prix, en retenant pour ce classement, en premier, l'offre de la société sprl HELP FIRE GROUPE, en deuxième l'offre de la société BUSINESS FIRE et, seulement en troisième, l'offre de la requérante; et, d'attribuer à un autre soumissionnaire que la requérante le marché conjoint Ville / CPAS / RCA Synergis / Zone de police : état des lieux, remplacement et entretien des extincteurs".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 13 juillet 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 25 juillet 2016 à 10 heures.

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.

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

M^r le Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Me Thomas CAMBIER, loco Me Benoît CAMBIER, avocat, comparaisant pour la partie requérante, et Me Julie BOCKOURT, avocat, comparaisant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

III. 1. La Ville de Verviers publie au Bulletin des adjudications du 1^{er} mars 2016 un avis de marché conjoint de services Ville / CPAS / RCA Synergis / Zone de Police relatif à l'état des lieux, le remplacement et l'entretien des extincteurs, et ce par adjudication ouverte.

L'avis de marché précise, en son point III.2.3), quant à la sélection qualitative des soumissionnaires, que tout soumissionnaire doit, en ce qui concerne la capacité technique, "être agréé de niveau 1 pour la maintenance des extincteurs selon la NBN S21-050 auprès d'Apragaz", ce qui implique comme niveau spécifique minimal exigé, "la fourniture du certificat délivré par Apragaz". Cette même exigence est reprise dans le cahier spécial des charges, sous le titre "I.5. Droit d'accès et sélection qualitative".

Il est également prévu, à l'article I.13. du cahier spécial des charges que "[l]e pouvoir adjudicateur choisit l'offre régulière la plus basse" et, à l'article II.4. de ce cahier, que le contrat est prévu pour une période de douze mois reconductible tacitement sans pouvoir excéder au total quatre ans.

III. 2. Toutefois, par avis rectificatif publié le 15 mars 2016, les conditions de sélection sont modifiées en ce sens qu'il est indiqué, au point VI.4) "Autres

informations complémentaires (le cas échéant)" que "[l]a capacité technique reprise au point III.2.3. «Etre agréé de niveau 1 pour la maintenance des extincteurs selon la NBN S21-050 auprès d'Apragaz» et par conséquent le niveau minimal: «Fourniture du Certificat délivré par Apragaz» est à supprimer".

III. 3. Les cinq offres suivantes sont déposées :

- la SCRL ESM, pour un montant de 104.566,33 euros HTVA;
- la SA SICLI, pour un montant de 43.799,00 euros HTVA;
- la SPRL HELP FIRE GROUP, pour un montant de 29.249,00 euros HTVA;
- la SA ANSUL, pour un montant de 42.067,03 euros HTVA;
- la SPRL GROUPE LEGRAND HEINE "BUSINESS FIRE", pour un montant de 38.119,09 euros HTVA.

III. 4. Le 3 juin 2016, le collège communal de la partie adverse, après avoir pris connaissance du rapport d'examen des offres établi le 12 mai 2016, décide d'approuver ce rapport et d'attribuer le marché litigieux à la société HELP FIRE GROUP pour un montant de 31.264,36 euros HTVA, et ce sur la base de la motivation suivante:

" LE COLLEGE,

Vu le Code de la Démocratie locale et de la Décentralisation et ses modifications ultérieures, notamment les articles L1222-3 et L1222-4 relatifs aux compétences du Collège communal, l'article L3111-1 et suivants relatifs à la tutelle;

Vu la loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration;

Vu la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et ses modifications ultérieures, notamment l'article 24, et notamment l'article 38 permettant une exécution conjointe des services pour le compte de pouvoirs adjudicateurs différents;

Vu 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;

Vu l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et ses modifications ultérieures;

Vu l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics et des concessions de travaux publics et ses modifications ultérieures, notamment l'article 5, § 2;

Considérant le cahier des charges n° 95-16 relatif au marché «Marché conjoint Ville / C.P.A.S. / R.C.A. SYNERGIS / Zone de Police - Etat des lieux, remplacement et entretien des extincteurs» établi par la Ville;

Considérant que ce marché est divisé en:

- marché de base (marché conjoint Ville / C.P.A.S. / R.C.A. SYNERGIS / Police Zone «Vesdre» - Etat des lieux, remplacement et entretien des extincteurs), estimé à 13.213,00 euros, hors T.V.A., ou 15.987,73 euros, T.V.A. 21 % comprise;
- marché conjoint Ville / C.P.A.S. / R.C.A. SYNERGIS / Police Zone «Vesdre» - Etat des lieux, remplacement et entretien des extincteurs, première reconduction, estimé à 10.087,00 euros hors T.V.A., ou 12.205,27 euros, T.V.A. 21 % comprise;
- marché conjoint Ville / C.P.A.S. / R.C.A. SYNERGIS / Police Zone «Vesdre» - Etat des lieux, remplacement et entretien des extincteurs, deuxième reconduction, estimé à 10.295,00 euros hors T.V.A., ou 12.456,95 euros, T.V.A. 21 % comprise;
- marché conjoint Ville / C.P.A.S. / R.C.A. SYNERGIS / Police Zone «Vesdre» - Etat des lieux, remplacement et entretien des extincteurs, troisième reconduction, estimé à 11.289,00 euros hors T.V.A., ou 13.659,69 euros, T.V.A. 21 % comprise;

Considérant que le montant global estimé de ce marché s'élève à 44.884,00 euros, hors T.V.A., ou 54.309,64 euros, T.V.A. 21 % comprise;

Vu la décision du Conseil communal, en date du 29 février 2016, approuvant les conditions, le montant estimé et le mode de passation (adjudication ouverte) de ce marché;

Vu l'avis de marché 2016-506571 paru le 1^{er} mars 2016 au niveau national;

Considérant que les offres devaient parvenir à la Ville au plus tard le 12 avril 2016 à 13h00;

Considérant que le délai de validité des offres est de 60 jours calendrier et se termine le 11 juin 2016;

Considérant que cinq offres sont parvenues :

- S.C.R.L. ESM, rue de la Providence n° 114 à 6030 Marchienne-au-Pont (104.566,33 euros, hors T.V.A., ou 126.525,26 euros, T.V.A. 21 % comprise);
- SA SICLI, rue du Merlo n° 1 à 1180 Uccle (43.799,00 euros, hors T.V.A., ou 52.996,79 euros, T.V.A. 21 % comprise);
- S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE, chaussée d'Alsemberg n° 1423 à 1180 Uccle (29.249,00 euros, hors T.V.A., ou 35.391,29 euros, T.V.A. 21 % comprise);
- SA ANSUL, avenue Louise n° 27 bte 11 à 1050 Ixelles (42.067,03 euros, hors T.V.A., ou 50.901,11 euros, T.V.A. 21 % comprise);
- BUSINESS FIRE, rue Ernest Solvay n° 27 à 4000 Liège (38.119,09 euros, hors T.V.A., ou 46.124,10 euros, T.V.A. 21 % comprise);

Considérant le rapport d'examen des offres du 12 mai 2016 pour «Marché conjoint Ville / C.P.A.S. / R.C.A. SYNERGIS / Zone de Police - Etat des lieux, remplacement et entretien des extincteurs» rédigé par la Ville, et figurant ci-dessous;

1. Sélection qualitative des soumissions

Documents et attestations exigés

Critères d'exclusion : situation juridique :

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 articles 20, §§ 1 et 1/1, de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et certains marchés de travaux, de fournitures et de services et articles 61 à 66 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques.

Critères de sélection: capacité économique et financière :
Non applicable

Critères de sélection: capacité technique :
Non applicable

Résumé de l'examen des soumissionnaires :

Nom	A Temps	ONSS*	Obligations Fiscales**	Jur. ¹	Fin. ²	Techn. ³
S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE	Oui	En ordre	En ordre	OK	Non applicable	Non applicable
S.A. SICLI	Oui	En ordre	En ordre	OK	Non applicable	Non applicable
BUSINESS FIRE	Oui	En ordre	En ordre	OK	Non applicable	Non applicable
S.C.R.L. ESM	Oui	En ordre	En ordre	OK	Non applicable	Non applicable
S.A. ANSUL	Oui	En ordre	En ordre	OK	Non applicable	Non applicable

* ou INASTI pour les travailleurs indépendants

** Attestation obligations fiscales

¹ Situation juridique

² Capacité économique et financière

³ Capacité technique

Conclusion de la sélection qualitative :

Les soumissionnaires suivants sont sélectionnés (manquements éventuels non-essentiels) :

Nom	Motivation
S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE	Sélectionné sur base d'une déclaration sur l'honneur. En ordre après vérification de la déclaration sur l'honneur.
S.A. SICLI	Sélectionné sur base d'une déclaration sur l'honneur.
BUSINESS FIRE	Sélectionné sur base d'une déclaration sur l'honneur.
S.C.R.L. ESM	Sélectionné sur base d'une déclaration sur l'honneur.
S.A. ANSUL	Sélectionné sur base d'une déclaration sur l'honneur.

2. Examen formel et matériel des offres des candidats sélectionnés qualitativement

Examen formel :

N°	Nom	Etat	Remarques
1	S.C.R.L. ESM	En ordre	En ordre
2	S.A. SICLI	En ordre	En ordre
3	S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE	En ordre	En ordre
4	S.A. ANSUL	En ordre	En ordre
5	BUSINESS FIRE	En ordre	En ordre

Examen matériel des offres :

N°	Nom	Etat	Remarques
1	S.C.R.L. ESM	En ordre	En ordre
2	S.A. SICLI	En ordre	Erreur calcul TOTAL T.V.A.C.
3	S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE	En ordre	Erreur de calcul SOUS TOTAL ENTRETIEN BATIMENTS VILLE
4	S.A. ANSUL	En ordre	En ordre
5	BUSINESS FIRE	En ordre	En ordre

Examen des corrections et omissions :

CALCUL POSTES OUBLIES AVEC FORMULE OMISSION (hors T.V.A.)

Formule d'omission : $P=L*Y/X$ où :

P=prix du poste pour lequel le soumissionnaire n'a indiqué aucun prix;

L=prix unitaire moyen du poste omis à calculer dans les offres qui le mentionnent;

X=prix total moyen de ces offres, sans les postes à calculer;

Y=prix total de l'offre à compléter, sans les postes à calculer.

Les prix suivants ont été calculés avec la formule omission :

Poste oublié pour le poste n° 5 («bâtiments communaux : remplacement extincteur CO2 6kg») dans :

offre n° 3 de la S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE

L =84,65 euros

Y = 8.734,00 euros

X=17.161,27 euros

$P=L*Y/X=43,08$ euros

Poste oublié pour le poste n° 5 («bâtiments communaux : remplacement extincteur CO2 6kg») dans :

offre n° 5 de BUSINESS FIRE

L = 84,65 euros

Y= 10.970,10 euros

X = 17.195,05 euros

$P=L*Y/X=54,01$ euros

Poste oublié pour le poste n° 19 («bâtiments C.P.A.S. : entretien technique extincteur CO2 30Kg») dans :

offre n° 3 de la S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE

L = 27,46 euros

Y = 8.734,00 euros

X= 15.611,35 euros

$P=L*Y/X=15,36$ euros

Omission pour le poste n° 6 («[Omission] bâtiments communaux : remplacement extincteur CO2 5 kg») dans :

offre n° 1 de la S.C.R.L. ESM

L = 79,50 euros

Y = 27.491,92 euros

X = 9.852,05 euros

$S=L*Y/X=221,89$ euros

Omission pour le poste n° 6 («[Omission] bâtiments communaux : remplacement extincteur CO2 5 kg») dans :
 offre n° 2 de la S.A. SICLI
 $L = 79,50$ euros
 $Y = 12.396,00$ euros
 $X = 9.852,05$ euros
 $S = L * Y / X = 100,03$ euros

Omission pour le poste n° 6 («[Omission] bâtiments communaux : remplacement extincteur CO2 5 kg») dans:
 offre n° 4 de la S.A. ANSUL
 $L = 79,50$ euros
 $Y = 11.691,22$ euros
 $X = 9.852,05$ euros
 $S = L * Y / X = 94,34$ euros

Examen des prix unitaires et totaux anormaux :

CALCUL PRIX GLOBAUX ANORMAUX (hors T.V.A.)

Le prix de chaque offre est comparé avec la moyenne des offres.

Calcul prix d'offre moyen sur base de:

Offre la plus basse non comprise

Offre la plus élevée non comprise

Ecart maximal : 15,00 %

Uniquement prix anormalement BAS

Soit une MOYENNE de: 12.796,44 euros

Soit un MINIMUM de : 10.876,97 euros

Les prix globaux anormaux suivants ont été constatés :

- Offre n° 3 de la S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE

Prix total de l'offre, hors T.V.A. : 9.729,87 euros (écart : -23,96%)

En réponse à notre courrier du 15 avril 2016, la S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE nous a transmis ses justificatifs de prix le 25 avril. Ces justificatifs portent sur la connaissance du matériel, son état, les sites et le fonctionnement de notre administration puisqu'il était adjudicataire du précédent marché. Par conséquent, cela lui permet d'évaluer le travail à sa juste valeur drainant ainsi une économie de temps et de coût. Il a également développé une clientèle sur Liège et la Wallonie lui permettant une économie en temps et en déplacement.

Le Service technique émet un avis favorable sur cette justification.

Conclusion de l'examen formel et matériel des offres :

Les offres suivantes sont considérées comme régulières (irrégularités éventuelles non-essentielles) :

N°	Nom	Motivation
1	S.C.R.L. ESM	En ordre
2	S.A. SICLI	En ordre
3	S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE	En ordre
4	S.A. ANSUL	En ordre
5	BUSINESS FIRE	En ordre

3. Comparaison des offres

Classement final des offres régulières (classées d'après le prix T.V.A. comprise) :

N°	Nom	Total classement 1 ^{ère} année	Total classement 4 années
3	S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE	11.772,53 €	37.829,88 €
5	BUSINESS FIRE	14.781,48 €	46.124,11 €
4	S.A. ANSUL	15.744,50 €	51.144,03 €
2	S.A. SICLI	16.693,67 €	55.942,55 €
1	S.C.R.L. ESM	37.031,30 €	128.506,05 €

* Montants contrôlés

Considérant que la Ville propose, tenant compte des éléments précités, d'attribuer le marché de base au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit la S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE, chaussée d'Alseberg n° 1423, à 1180 Uccle, pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de 31.264,36 euros, hors T.V.A., ou 37.829,88 euros, T.V.A. 21 % comprise pour les quatre années;

Considérant qu'il s'agit d'un marché conjoint pour lequel la Ville intervient au nom du C.P.A.S., de la R.C.A. SYNERGIS et de la Zone de Police à l'attribution du marché;

Considérant que la dépense à charge de la Ville sera supportée par le budget ordinaire 2016 et suivants via l'allocation contrats, chaque partie intervenant au marché de services conjoint supportant les dépenses relatives aux services liés à ses bâtiments;

Considérant qu'un avis de légalité est exigé et que M. le Directeur financier a émis un avis favorable stipulé comme suit : «Au vu des rapports administratifs, les normes légales et réglementaires, et spécialement les dispositions relatives aux marchés publics, me semblent avoir été respectées»;

A l'unanimité,

DECIDE :

Art. 1^{er}. De sélectionner les soumissionnaires S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE, S.A. SICLI, BUSINESS FIRE, S.C.R.L. ESM et S.A. ANSUL pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative.

Art. 2. De considérer les offres de S.C.R.L. ESM, S.A. SICLI, S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE, S.A. ANSUL et BUSINESS FIRE comme complètes et régulières.

Art. 3. D'approuver le rapport d'examen des offres du 12 mai 2016 pour «Marché conjoint Ville / C.P.A.S. / R.C.A. SYNERGIS / Zone de Police - Etat des lieux, remplacement et entretien des extincteurs» rédigé par la Ville.

Art. 4. D'attribuer le marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus basse, soit la S.P.R.L. HELP FIRE GROUPE, chaussée d'Alseberg n° 1423 à 1180 Uccle, pour le montant d'offre contrôlé et corrigé de 31.264,36 euros, hors T.V.A., ou 37.829,88 euros, T.V.A. 21 % comprise pour les quatre années.

Art. 5. Que l'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier des charges n° 95-16.

[...]"

Il s'agit de l'acte attaqué.

III. 5. La requérante a été informée de cette décision par courrier recommandé du 7 juin 2016.

A sa demande, une copie de la décision motivée du 3 juin 2016 lui a été communiquée par courrier recommandé du 27 juin 2016.

IV. MOYENS

IV. 1. Thèses des parties

A. Thèse de la requérante

La requérante invoque un moyen unique pris de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11 (principe d'égalité et de non-discrimination); de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment de ses articles 5 (égalité, non-discrimination, transparence et sélection qualitative), 24 (offre régulière la plus basse) et 41 (spécification technique); de 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 (motivation de la sélection, de la qualification et de la régularité des offres et motivation du choix); des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de ses articles 40 (énoncé des critères de sélection qualitative dans l'avis de marché), 58 et suivants, plus particulièrement 58, § 1^{er}, et 59 (relatifs à la sélection qualitative), 72 et 77 (normes et labels), 95 (examen de la régularité des offres) et 100 (attribution); du cahier spécial des charges (réf. : 95-16), notamment de ses points I.5. (sélection qualitative), I.10. et I.13. (attribution à l'offre régulière la plus basse), des principes d'égalité et de non-discrimination, du principe de transparence et "*patere legem quam ipse fecisti*", ainsi que de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou les motifs.

Elle divise ce moyen en deux branches qu'elle développe comme suit :

" En ce que, au terme de la comparaison des offres après rectification des calculs et prix, l'offre de la partie intervenante est classée troisième, après les soumissions de la sprl HELP FIRE GROUPE et de la société BUSINESS FIRE;

Qu'en conséquence, il est proposé d'attribuer le marché à la sprl HELP FIRE GROUPE pour le prix de 31.264,36 euros HTVA ou 37.829,88 euros TVAC;

Que telle sera la décision finalement prise;

Que la décision attaquée sélectionne la sprl HELP FIRE GROUPE et la société BUSINESS FIRE et indique, à propos des critères de sélection qualitative :

«Critère de sélection : capacité technique : non applicable» (page 2 *in fine* du procès-verbal de la séance du Collège communal du 3 juin 2016, [...]);

Que cette même mention «non applicable» est encore reprise dans le résumé de l'examen des soumissions figurant dans le premier tableau de la page 3 du procès-verbal de la séance du Collège communal du 3 juin 2016;

Qu'en conséquence, le pouvoir adjudicateur a sélectionné toutes les offres sans appliquer le critère de sélection qualitative pour les capacités techniques et professionnelles et a décidé d'attribuer le marché à la SPRL HELP FIRE GROUP;

Alors que

Première branche

Le cahier spécial des charges prévoyait un critère de sélection qualitative pour vérifier la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires que la partie adverse s'est illégalement abstenue d'appliquer et sans s'en expliquer.

Seconde branche

Il résulte des pièces produites par la partie requérante que les deux soumissionnaires mieux classés qu'elle ne répondent pas aux exigences de capacité technique fixés dans le cahier spécial des charges car ils ne disposent pas d'un certificat délivré par Apragaz et, encore moins, de celui de niveau 1 pour la maintenance des extincteurs.

De sorte que c'est illégalement que la partie adverse a sélectionné ces soumissionnaires et ce sans s'en expliquer, a comparé leurs offres avec celle de la requérante et les a mieux classées que celle de la requérante qui, quant à elle, dispose de l'agrément requis.

[...] Développement du moyen

Article 1. Première branche : refus d'appliquer un critère de sélection qualitative

Le point I.5. «Droit d'accès et sélection qualitative» du cahier spécial des charges (réf. : 95-16) (page 5) prévoit explicitement que :

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

Situation juridique du soumissionnaire (droit d'accès)

...

...

Capacité économique et financière du soumissionnaire (sélection qualitative)

Néant

Capacité technique du soumissionnaire (sélection qualitative)

Etre agréé de niveau 1 pour la maintenance des extincteurs selon la NBN S21-050 auprès d'Apragaz.

Niveau minimal

Fourniture du certificat délivré par Apragaz» (C.S.C., page 5).

Il en résulte que pour que des offres puissent franchir la phase de la sélection qualitative et, ensuite, être déclarées régulières et comparées aux autres offres, les soumissionnaires devaient impérativement joindre à leur offre la preuve de leur agrément au «niveau 1 pour la maintenance des extincteurs selon la NBN S21-050 auprès d'Apragaz».

1. La sélection qualitative est une étape obligatoire. A cet égard, la réglementation sur les marchés publics, tant belge qu'européenne, «impose aux pouvoirs publics, lorsqu'ils lancent un marché public, de choisir le partenaire approprié tout en respectant les règles d'égalité et de transparence».

Le pouvoir adjudicateur doit, pour sélectionner les soumissionnaires, appliquer les critères de sélection qu'il a annoncés dans les documents du marché, au même titre qu'il doit appliquer les critères d'attribution qu'il a énoncés.

A défaut, il fausse l'égalité entre les soumissionnaires et porte atteinte au principe de transparence. Il viole également le principe *patere legem quam ipse fecisti*.

D'ailleurs, l'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques impose au pouvoir adjudicateur de procéder à la sélection des candidats en vérifiant qu'ils remplissent cumulativement «les renseignements et les documents nécessaires» établissant qu'ils répondent notamment aux critères de sélection qualitative à caractère «technique ou professionnel» fixés par le pouvoir adjudicateur.

Cela implique nécessairement que le pouvoir adjudicateur applique tous les critères de sélection qu'il a fixés.

En indiquant que les exigences de capacité technique en vue de la sélection qualitative n'étaient pas applicables, la partie adverse reconnaît ne pas avoir appliqué ces critères, ni vérifié si les soumissionnaires classés premier et deuxième remplissaient bien les conditions requises, ce qui est contraire notamment aux articles 58, 72, 77 et 95 de l'arrêté précité, au principe d'égalité et de transparence et à l'article 5 de la loi du 15 juin 2006.

Cela viole également l'article 40 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 qui impose de mentionner, dans l'avis de marché, les critères de sélection qualitative qui seront appliqués, ce qui implique d'appliquer les critères mentionnés dans l'avis de marché, sauf à modifier l'avis de marché après la réception des offres ce qui ne pourrait être admis.

2. En outre, ni la décision, ni même aucune pièce du dossier administratif, ne permettent de comprendre et, encore moins, ne motivent les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur a décidé de renoncer à appliquer à un critère de sélection qualitative.

Cela constitue, à tout le moins, une violation des articles 4, 5 et 8 de la loi précitée du 17 juin 2013 qui requièrent que les décisions portant sur la sélection et la qualification ou non qualification ainsi que sur la régularité ou l'irrégularité des offres et les motifs du choix, soient motivées en la forme (voir plus particulièrement l'article 4, 4^o-5^o-8^o et l'article 5, 5^o-8^o-9^o de la loi précitée du 17 juin 2013).

L'acte attaqué est donc irrégulier et doit être suspendu.

Article 2. Seconde branche : non sélection des soumissionnaires mieux classés

1. L'article 58, § 1^{er}, précité de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques ne permet de ne

sélectionner que les soumissionnaires qui répondent, cumulativement aux critères de la sélection qualitative.

Il en résulte que si un soumissionnaire ne répond pas à une exigence de capacité technique, comme les deux soumissionnaires mieux classés que la requérante, il doit être écarté, de sorte que la partie adverse a violé cette disposition.

En effet, 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) et que le pouvoir adjudicateur ne peut pas sélectionner un soumissionnaire qui ne répond pas à un critère de sélection qualitative.

2. Or, il résulte des pièces produites par la partie requérante que les deux soumissionnaires mieux classés que la requérante ne pouvaient être sélectionnés puisqu'aucun d'eux n'a le moindre certificat délivré par Apragaz et, encore moins, celui de niveau 1 pour la maintenance des extincteurs [...].

Il en résulte qu'en vertu de l'article I.5 du cahier spécial des charges, les deux offres en question auraient dû être écartées en l'absence d'une pièce requise et, plus encore, au stade de la sélection qualitative, en manière telle que l'offre de la requérante devait se retrouver classée première et le marché devait lui être attribué.

3. En retenant des offres ne répondant pas aux exigences de capacité technique, la décision attaquée viole notamment l'article 58, § 1^{er}, précité de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques et l'article 5 de la loi du 15 juin 2006.

Elle viole aussi l'article 24 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, en attribuant le marché à une offre qui est, sans doute, la plus basse mais qui n'est pas régulière car elle est incomplète et qu'il lui manque un document essentiel.

Cela viole, en outre, l'article 95 de l'A.R. du 5 juillet 2011 qui impose l'examen de la régularité des offres.

Pour le surplus, en application des articles 72 et 77 de l'arrêté précité du 15 juillet 2011, les deux offres mieux classées que celle de la requérante devaient être écartées dès lors qu'elles ne contiennent pas les certificats attestant de la conformité à des normes et labels, ni même, selon l'acte attaqué, de documents pouvant être qualifiés d'équivalents (articles 72 et 77).

4. En outre, ni la décision, ni même aucune pièce du dossier administratif, ne permettent de comprendre et, encore moins, ne motivent les raisons pour lesquelles le pouvoir adjudicateur sélectionne ces soumissionnaires alors qu'ils ne disposent pas de l'agrément Apragaz requis, qui constitue la pièce essentielle pour établir leur capacité technique.

Cela constitue, à tout le moins, une violation des articles 4, 5 et 8 de la loi précitée du 17 juin 2013 qui requièrent que les décisions portant sur la sélection et la qualification ou non qualification ainsi que sur la régularité ou l'irrégularité des offres et les motifs du choix, soient motivées en la forme (voir plus particulièrement l'article 4, 4^o-5^o-8^o et l'article 5, 5^o-8^o-9^o de la loi précitée du 17 juin 2013).

L'acte attaqué est donc irrégulier et doit être suspendu".

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse réfute le moyen, en ses deux branches, sur la base de l'argumentaire suivant:

" [...] En application de l'article 30 de l'arrêté royal du 15.07.11 «passation», la Ville de Verviers a publié, le 15 mars 2016, un avis rectificatif, selon lequel : «[l]a capacité technique reprise au point III.2.3. "Etre agréé de niveau 1 pour la maintenance des extincteurs selon la NBN S21-050 auprès d'Apragaz" et par conséquent le niveau minimal: "Fourniture du Certificat délivré par Apragaz" est à supprimer».

[...] Le moyen articulé par la requérante résulte manifestement de sa non-connaissance de l'avis rectificatif, non-évoqué en termes de requête.

Toutefois, par la publication de cet avis rectificatif au Bulletin des adjudications, le pouvoir adjudicateur a respecté les exigences de publicité et de transparence, dans un délai tout à fait suffisant par rapport à la date fixée pour la remise des offres (12 avril 2016).

Il appartenait aux soumissionnaires potentiels d'en prendre connaissance.

Dès lors,

- il ne peut être fait grief au pouvoir adjudicateur d'avoir analysé les offres conformément à l'avis de marché du 1^{er} mars 2016 et à l'avis rectificatif du 15 mars suivant;
- la motivation de la décision d'attribution est suffisante et adéquate.

Le moyen n'est pas sérieux".

C. Débats à l'audience

A l'audience, la requérante fait valoir qu'elle n'avait pas connaissance de l'avis de marché rectificatif et qu'elle n'a pas non plus été informée d'une éventuelle modification du cahier spécial des charges dans le même sens que cet avis rectificatif. Elle en conclut que l'avis de rectificatif n'ayant pas été adopté par l'autorité compétente pour ce faire, la procédure est entachée d'une illégalité d'ordre public et qu'elle peut donc soulever ce moyen à l'audience même si l'on se trouve dans le cadre d'une procédure d'extrême urgence.

En réponse à l'argument avancé par la partie adverse, selon laquelle la modification du cahier spécial des charges a fait l'objet d'une décision implicite, la requérante observe qu'une telle décision implicite ne peut en aucun cas être admise.

La requérante observe en outre qu'il ressort de cet avis rectificatif que la partie adverse s'est tout simplement abstenue de procéder à la sélection qualitative des soumissionnaires alors que cette étape de la procédure est obligatoire et touche à l'ordre public.

La requérante conclut de ces irrégularités substantielles, qui touchent à l'ordre public, qu'il y a lieu de faire application de l'article 159 de la Constitution et de conclure à l'illégalité de l'acte attaqué, du fait qu'il se fonde sur des actes eux-mêmes illégaux.

Enfin, conformément à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, la requérante observe qu'il importe peu à cet égard que le marché litigieux a déjà été conclu.

La partie adverse, outre qu'elle invoque l'existence d'une décision implicite, fait aussi valoir que l'avis rectificatif de marché a, en tout état de cause, été confirmé par la délibération finale qui a décidé de l'attribution du marché. Elle fait également valoir que l'invocation de l'absence totale de sélection qualitative est un moyen nouveau, non soulevé dans la requête, et, en conséquence, tardif.

Pour la partie adverse, il n'y avait non plus aucune intention affichée par la partie adverse d'appliquer la procédure de *standstill*, laquelle n'était par ailleurs pas obligatoire dans le cas d'espèce.

La partie adverse invoque enfin la balance des intérêts dans la mesure où elle se demande quel avantage la requérante pourrait avoir à obtenir la suspension de l'exécution de l'acte attaqué, dès lors que le marché litigieux a déjà été conclu.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il est de jurisprudence constante que la demande de suspension dirigée contre une décision d'attribution d'un marché public est recevable même si ce marché a déjà été conclu. Une telle décision d'attribution constitue, en effet, un acte détachable dont la légalité peut, en tant que telle, être contestée devant le Conseil d'Etat. Ceci est par ailleurs confirmé par 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. En effet, l'article 24 de la loi prévoit que, sauf exceptions qui n'ont pas lieu d'être en l'espèce, la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat est compétente lorsque l'autorité adjudicatrice est une autorité administrative au sens de l'article 14, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, tandis que l'article 15 de cette même loi dispose que le Conseil d'Etat est compétent pour suspendre l'exécution des décisions prises par une telle autorité administrative aussi longtemps qu'il demeure saisi d'une recours en annulation. Ces dispositions ne font donc aucune distinction selon que le contrat est déjà ou non conclu.

Le moyen nouveau, que soulève la requérante à l'audience et qui est pris de l'illégalité de l'avis rectificatif de marché adopté sans aucune décision préalable de l'autorité compétente en la matière, est recevable, d'une part, parce qu'il s'agit d'un moyen d'ordre public et, d'autre part, parce qu'il est fondé sur des éléments matériels dont la requérante prétend, sans être sérieusement contredite sur ce point par la partie adverse, ne pas avoir eu connaissance au moment même où elle a introduit sa demande de suspension de l'acte attaqué.

Ce moyen nouveau apparaît par ailleurs, *prima facie*, sérieux, en ce que la partie adverse n'établit pas que l'avis rectificatif de marché, dont le dossier administratif ne permet pas d'établir par qui il a été rédigé, aurait bien été publié après qu'une décision ait été valablement prise, par l'autorité compétente à cet effet, de modifier dans le même sens le cahier spécial des charges. Des pièces qui ont été déposées par la partie adverse, il n'est pas possible d'établir à quelle date le cahier spécial des charges aurait été adopté par l'autorité compétente de la partie adverse et il ne ressort d'aucune façon que ce cahier spécial des charges aurait par la suite été adapté par le collège communal ou par le conseil communal de la partie adverse, et ce dans le sens indiqué par l'avis rectificatif de marché. La thèse de la partie adverse selon laquelle le cahier spécial des charges aurait été modifié à la suite d'une décision implicite en ce sens prise *in tempore non suspecto* par l'organe compétent de la partie adverse ne peut de toute évidence pas être suivie, d'une part, parce qu'une telle décision implicite ne peut être acceptée au regard de la réglementation applicable en matière de marchés publics, et, d'autre part, parce qu'une telle décision implicite n'est pas non plus conforme aux exigences la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. De même, l'affirmation de la partie adverse, selon laquelle l'avis rectificatif de marché et la modification implicite du cahier spécial des charges auraient été confirmés *a posteriori* par le collège communal de la partie adverse par sa délibération du 3 juin 2016 décidant d'attribuer le marché litigieux à la société HELP FIRE GROUPE, ne peut pas non plus être admise, d'une part, parce qu'il n'appartient pas à l'autorité compétente de valider *a posteriori* une décision qui aurait été préalablement prise par une autorité incompétente, et, d'autre part, parce qu'une telle décision de confirmation ne peut, en tout état de cause, pas être admise en la matière, étant donné qu'elle a été prise après la date ultime de remise des offres, fixée au 12 avril 2016.

Il s'ensuit que le nouveau moyen d'office, soulevé par la requérante à l'audience, est sérieux, en ce qu'il fait valoir que la décision attaquée est illégale parce que fondée sur une modification implicite du cahier spécial des charges qui est, elle-même, illégale pour les motifs indiqués ci-avant.

Il n'est, en conséquence, pas nécessaire d'examiner le second moyen nouveau soulevé par la requérante à l'audience de même que le moyen soulevé dans sa requête, lesquels, à les supposer sérieux, ne sont pas de nature à conduire à une suspension aux effets plus étendus de l'exécution de l'acte attaqué.

Enfin, le seul fait que le contrat a déjà été conclu ne suffit pas, en soi, pour considérer que la balance des intérêts doit nécessairement pencher en faveur de la partie adverse. En effet, outre qu'une telle affirmation reviendrait à priver de tout effet utile la compétence de suspension conférée au Conseil d'Etat par l'article 15 de la loi du 17 juin 2013, dès lors que le contrat aurait déjà été conclu, la requérante conserve un intérêt de principe tout aussi important, par rapport à celui qu'oppose la partie adverse, à voir ordonnée la suspension de l'exécution d'une décision d'attribution du marché litigieux. La partie adverse ne faisant par ailleurs valoir aucun élément concret de nature à justifier qu'il y aurait lieu de privilégier l'intérêt public, il n'y a, en conséquence, pas lieu de faire droit à la demande de balance des intérêts sollicitée par la partie adverse.

V. CONFIDENTIALITE

La requérante fait valoir que son offre est couverte par le secret des affaires et demande en conséquence qu'elle soit gardée confidentielle.

La partie adverse dépose, à titre confidentielle, les offres remises par les différents soumissionnaires dans le cadre du marché litigieux.

La communication de ces offres n'étant, à ce stade de la procédure, pas nécessaire à la solution du litige et pouvant nuire au secret des affaires, il y a lieu d'en préserver la confidentialité.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du collège communal de la Ville de Verviers du 3 juin 2016 décidant de sélectionner les cinq offres déposées dans le cadre du marché conjoint Ville / CPAS / RCA Synergis / Zone de police relatif à l'état des lieux, le remplacement et l'entretien des extincteurs, de les classer par ordre de prix et d'attribuer ledit marché à la société HELP FIRE GROUP.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les offres déposées dans le cadre du marché public litigieux demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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 5.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt-huit juillet deux mille seize par :

MM. Jacques JAUMOTTE, Président de chambre.,
Vincent DURIEUX, Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX.

Jacques JAUMOTTE.