

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n° 239.799 du 7 novembre 2017

A.223.535/VI-21.102

En cause : **1. la société anonyme FRANKI,**
 2. la société anonyme FRANKI CONSTRUCT,
 3. la société anonyme ROGER GEHLEN,

ayant élu domicile chez
Mathieu THOMAS, avocats,
rue de Loxum 25
1000 Bruxelles,

contre :

**la société anonyme Société publique d'Aide à la Qualité de
l'Environnement**, en abrégé SPAQuE,

ayant élu domicile chez
M^e Jean-Marc SECRETIN, avocat,
rue des Augustins 32
4000 Liège,

Partie intervenante :

la société anonyme AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN
ayant élu domicile chez
M^{es} Barteld SCHUTYSER
et Robin MEYLEMANS, avocats,
avenue Louise 99
1050 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 16 octobre 2017, la société anonyme FRANKI, la société anonyme FRANKI CONSTRUCT et la société anonyme ROGER GEHLEN demandent la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision de la partie adverse du 21 septembre 2017 d'attribution du marché de réhabilitation du site dit de la «Vieille Montagne» à Grâce-Hollogne : réhabilitation des sols (quatrième étape)".

II. Procédure

Par une ordonnance du 17 octobre 2017, l'affaire a été fixée à l'audience du 27 octobre 2017 à 10 heures.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 24 octobre 2017, la société anonyme AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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'État ont été acquittés.

M. Imre KOVALOVSKY, président de chambre, a exposé son rapport.

M^e Mathieu THOMAS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, M^e Séverine HOSTIER, *loco* Me Jean-Marc SECRETIN, avocat, comparaissant pour la partie adverse et M^{es} Barteld SCHUTYSER et Robin MEYLEMANS, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Laurent JANS, premier auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

La partie adverse expose comme suit les faits de la cause:

- " [...] Depuis 2008, la SPAQuE est propriétaire du site « Vieille Montagne » à Grâce-Hollogne. D'une superficie de 24 hectares, ce site correspond à une ancienne fabrique de zinc qui fut en activité de 1846 jusqu'à 1982. Le 15 juillet 2010, le Gouvernement wallon adopte un arrêté chargeant la SPAQuE de procéder à des mesures de réhabilitation sur le site Vieille Montagne à Grâce-Hollogne [...]. Ces travaux de réhabilitation seront menés en plusieurs étapes, dont les trois premières ont principalement consisté, d'une part, à évacuer des dépôts de déchets constitués autour des silos lors des études préalables et, d'autre part, à déconstruire les structures d'anciens silos et à déboiser partiellement le site.

La quatrième étape faisant l'objet du marché litigieux porte, elle, sur l'assainissement du site.

[...] En juin 2017, la SPAQuE rédige le cahier spécial des charges relatif aux travaux à réaliser dans le cadre de cette quatrième étape [...].

« Les travaux prévus au cahier spécial des charges consistent principalement, suivant les différentes zones du site:

- au déboisement, débroussaillage et dessouchage des zones concernées par les travaux;
- en l'excavation et l'évacuation contrôlée des déchets de surface répertoriés;
- au déplacement du ruisseau 'Le Golet' avec mise en place d'une nouvelle canalisation ainsi que la déconstruction de l'actuel pertuis;
- en la déconstruction de structures aériennes et souterraines, au criblage-concassage et en la valorisation sur site des déchets de type inerte;
- en l'excavation et l'évacuation contrôlée des terres polluées provenant des taches de pollution en composés volatils dans les sols non saturés et présentant un risque pour la santé humaine;
- en la récupération et l'évacuation contrôlée des produits en phases libres mis en évidence;
- en la sécurisation géotechnique et environnementale, sur un mètre de profondeur, des zones contaminées en métaux lourds;
- en la mise en place d'un stockage contrôlé de remblais pollués en composés non volatils sur la partie Sud du site;
- au reprofilage des zones réaffectées par le projet d'aménagement, en la mise en place d'un géotextile avertisseur et en la couverture d'un mètre à l'aide de terres d'apport;
- en la mise en œuvre de talus de soutènement notamment destinés à soutenir l'élargissement de la rue du Ruy;
- en l'ensemencement final du site».

Le mode de passation retenu est l'appel d'offres ouvert.

Le cahier spécial des charges comprend par ailleurs un chapitre relatif à la sélection qualitative qui se lit comme suit:

« 1.9.2. Sélection qualitative

A l'effet de permettre au pouvoir adjudicateur de vérifier sa capacité à exécuter le marché dans les conditions prévues, le soumissionnaire communique impérativement et sous peine de nullité, en annexe de son offre, les documents utiles à prouver:

1. sa capacité financière, par la présentation:

1.1. d'une déclaration sur l'honneur concernant son chiffre d'affaires annuel global et son chiffre d'affaires annuel relatif à des travaux de nature similaire à ceux prévus au présent marché, au cours des trois derniers exercices écoulés (suivant modèle fourni en annexe au présent cahier spécial des charges).

Pour que son offre soit qualifiée, le soumissionnaire devra faire état d'un chiffre d'affaires moyen sur les 3 derniers exercices écoulés, en matière de travaux de réhabilitation de décharges ou de réhabilitation des sols, supérieur à 3 millions d'euros hors TVA.

En cas de société momentanée, c'est le chiffre d'affaires moyen cumulé des différents associés, calculé sur les 3 derniers exercices écoulés, en matière de traitement des terres contaminées, qui sera pris en considération.

1.2. d'une attestation bancaire émanant d'un organisme renommé sur la place financière européenne, attestant de sa capacité à assurer l'exécution du marché suivant modèle établi conformément à l'annexe 3 de l'arrêté royal du 15/07/2011 fourni en annexe du présent cahier spécial des charges.

Dans le cas d'une société momentanée, chaque associé veillera à présenter les documents mentionnés ci-dessus.

2. sa capacité technique, par la présentation:

2.1. d'une liste détaillée avec qualification des personnes (CV) qui seront chargées du suivi du chantier.

Le gestionnaire du chantier aura au minimum 5 ans d'expérience dans le domaine d'activité objet du présent marché et sera titulaire d'un diplôme d'ingénieur ou licencié en sciences;

2.2. de la preuve de l'accomplissement de travaux similaires (au minimum 3 chantiers) durant les 3 derniers exercices écoulés

L'ensemble des documents est rédigé impérativement et sous peine de nullité en français ou, pour les documents rédigés dans une autre langue, est accompagné d'une traduction en français, réalisée par un traducteur professionnel.

Pour la remise de ces documents, les soumissionnaires ne sont pas autorisés à faire application de l'article 60 § 2 de l'arrêté royal de passation des marchés publics.

Outre les documents remis par le soumissionnaire, le pouvoir adjudicateur vérifiera également à titre de la sélection qualitative via l'application DIGIFLOW l'agrément requis (voir article 1.10. infra).

Les documents dont il est question au présent article sont établis en double exemplaire et sont glissés dans une enveloppe portant la mention "Réhabilitation du site 'Vieille Montagne' à Grâce-Hollogne – Etape 4- Réhabilitation des sols – Sélection qualitative"».

[...] Les 21 et 24 juin 2007, la SPAQuE publie, respectivement au Bulletin des Adjudications du Moniteur belge et au Journal Officiel de l'Union Européenne, l'avis de marché correspondant au marché litigieux (Pièces 3 et 4).

S'agissant de la capacité économique et financière, cet avis renseigne :

" III.2.2). Capacité économique et financière

<p>Renseignements et formalités nécessaires pour évaluer si ces exigences sont remplies:</p> <p>Le soumissionnaire communique impérativement en annexe de son offre et sous peine de nullité de celle-ci les documents suivants:</p> <ul style="list-style-type: none">- une déclaration sur l'honneur concernant son chiffre d'affaires annuel global et son chiffre d'affaires annuel relatif à des travaux de nature similaire à ceux prévus au présent marché, au cours des trois derniers exercices écoulés (suivant modèle fourni en annexe du cahier spécial des charges).- une attestation bancaire émanant d'un organisme renommé sur la place financière européenne, attestant de sa capacité à assurer l'exécution du marché suivant modèle établi conformément à l'annexe 3 de l'AR du 15/07/2011 fourni en annexe du cahier spécial des charges.	<p>Niveau(x) spécifique(s) minimal(aux) exigé(s) (<i>le cas échéant</i>):</p> <p>Pour que son offre soit qualifiée, le soumissionnaire devra faire état d'un chiffre d'affaires moyen sur les 3 derniers exercices écoulés, en matière de travaux de réhabilitation de décharges ou de réhabilitation des sols, supérieur à 3.000.000 euros hors TVA</p>
--	--

"

[...] Suite à cette publication, douze sociétés se sont manifestées pour l'acquisition du cahier spécial des charges, dont les première et troisième requérantes [...].

A l'ouverture des offres, quatre offres ont été remises [...] par:

- la société momentanée FRANKI – FRANKI CONSTRUCT – GHELEN, actuelles requérantes;

- la société AERTSSEN;
- la société momentanée DUCHENE – ELOY – SUEZ;
- la société ACLAGRO.

[...] Conformément à la législation, la SPAQuE va analyser ces offres suivant l'ordre suivant :

- 6. Analyse des Offres :
 - + 6.1 Droit d'accès au marché;
 - + 6.2 Recevabilité;
 - + 6.3 Qualification;
 - + 6.4 Régularité et conformité aux spécifications techniques du cahier spécial des charges;
- 7. Attribution :
 - + 7.1 Coût d'exécution du chantier (60 points) ;
 - + 7.2 Valeur technique (30 points) ;
 - + 7.3 Délai d'exécution (10 points).

C'est sous le sous-titre "6.2 Qualification" que la SPAQuE va analyser les offres sous l'angle de la sélection qualitative. La décision d'attribution se lit à cet égard comme suit:

" 6.2. Recevabilité.

« L'analyse des documents reçus a permis de constater que l'offre de la société ACLAGRO ne comportait qu'une seule preuve de l'accomplissement de travaux similaires durant les 3 derniers exercices écoulés au lieu des trois requises par le cahier spécial des charges. Les autres preuves remises par ce soumissionnaire datent d'exercices trop anciens, allant jusqu'à 2009-2010.

Le dépouillement des offres a aussi permis de constater que celle remise par la société momentanée FRANKI-FRANKI CONSTRUCT-GHELEN ne comportait pas la déclaration sur l'honneur de la société FRANKI CONSTRUCT concernant son chiffre d'affaires annuel global et son chiffre d'affaires annuel relatif à des travaux de nature similaire telle qu'imposée par le cahier spécial des charges.

Par conséquent, les offres remises par la société ACLAGRO et la société momentanée FRANKI-FRANKI CONSTRUCT-GHELEN sont incomplètes et déclarées irrecevables

Les deux autres offres ont été jugées recevables».

[...] Après avoir procédé à l'analyse des offres, la SPAQuE décide, le 21 septembre 2017, d'attribuer le marché litigieux à la société AERTSSEN. Il s'agit de la décision faisant l'objet de la demande de suspension d'extrême urgence".

IV. Intervention

Par une requête introduite le 24 octobre 2017, la société anonyme AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Recevabilité

V.1. Thèse des parties

La partie adverse s'en réfère à l'appréciation du Conseil d'Etat quant à la recevabilité du recours.

La partie intervenante soulève une exception d'irrecevabilité. Elle soutient que, dès lors que les requérantes ont déposé une offre irrégulière en raison de l'absence de déclaration relative au chiffre d'affaires de la S.A. FRANKI CONSTRUCT, elles ne disposent pas de l'intérêt requis en vue de critiquer la décision d'attribution dès lors qu'elles ne démontrent pas que l'offre de l'adjudicataire était elle-même irrégulière.

V.2. Appréciation

Si la requête se donne formellement pour objet la décision du conseil d'administration de la partie adverse du 21 septembre 2017 attribuant le marché en cause à la société anonyme AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN, la décision qui exclut les requérantes et celle qui attribue le marché à l'un de ses concurrents relèvent d'un seul et même acte qui comporte plusieurs chefs de décision.

Le premier moyen critique la légalité de la décision de non-sélection. Il est de nature, s'il est fondé, à rendre aux requérantes une chance de se voir attribuer le marché. Il en résulte que le recours est recevable.

VI. Premier moyen

VI.1. Thèse des parties

A. La requête

Le premier moyen est pris "de la violation des articles 58, 67 et 74, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, du point III.2.2 de l'avis de marché du 21 juin 2017, de l'article 1.9.2 du cahier spécial des charges, du principe «*patere legem quam ipse fecisti* », des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 4 et 29 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, du principe de proportionnalité, du

principe général de droit selon lequel les motifs doivent être admissibles en droit et en fait et doivent être adéquats et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Les requérantes relèvent que le motif de leur non-sélection est le fait que leur offre ne contenait les déclarations sur l'honneur relatives au chiffre d'affaires que de la société anonyme FRANKI et de la société anonyme ROGER GEHLEN et pas celle de la société anonyme FRANKI CONSTRUCT.

Elles font valoir, d'une part, que "les chiffres d'affaires de la s.a. Franki et de la s.a. Roger Gehlen suffisent à eux seuls à remplir le seuil du critère de capacité économique et financière du chiffre d'affaires" et, d'autre part, que "l'avis de marché ne prévoyait pas l'écartement automatique d'une offre qui ne contenait pas la déclaration relative au chiffre d'affaires de chaque membre d'un groupement déposant ensemble une offre".

Elles estiment que la partie adverse devait les sélectionner sur la base des informations fournies avec leur offre sans qu'il ne lui soit nécessaire de disposer de la déclaration sur l'honneur de la s.a. Franki Construct.

Après avoir souligné que leur offre a été écartée non au stade de la régularité mais à celui de la sélection quantitative et après avoir rappelé les règles en matière de sélection, les requérantes exposent que l'avis de marché reprend deux des trois critères de capacité économique et financière prévus par la réglementation, à savoir le chiffre d'affaires du soumissionnaire et la déclaration bancaire, et que, s'agissant du critère du chiffre d'affaires, il ne fixe qu'un seuil à atteindre, à savoir disposer d'un chiffre d'affaires moyen supérieur à 3 millions d'euros hors TVA sur les trois derniers exercices écoulés en matière de travaux de réhabilitation de décharges ou de réhabilitation des sols. Or, poursuivent-elles, il ressort des documents qu'elles ont déposés dans leur offre, qu'elles remplissaient ce critère.

Par ailleurs, elles allèguent que les documents du marché ne prévoyaient pas que la non-communication de la déclaration relative au chiffre d'affaires de chaque membre d'un groupement déposant ensemble une offre constituerait un motif de rejet automatique de l'offre. Elles exposent à cet égard :

- que la phrase de l'article 1.9.2. du cahier spécial des charges selon laquelle "le soumissionnaire communique impérativement et sous peine de nullité, en annexe de son offre, les documents utiles à prouver sa capacité financière" ne signifient pas qu'une déclaration sur l'honneur devrait être impérativement remise pour chaque membre d'un groupement;
- que si l'article 1.9.2. précité énonce, à la fin du point 1, que : "Dans le cas d'une société momentanée, chaque associé veillera à présenter les documents mentionnés

ci- dessus", l'usage du terme "veiller" n'établit pas dans le chef des soumissionnaires une obligation dont ils devaient déduire de manière certaine et sans ambiguïté que sa méconnaissance impliquerait le rejet automatique des offres sans plus ample examen du respect des critères de sélection;

- qu'en tout état de cause, l'avis de marché n'établissait pas une telle exigence et qu'en cas de contradiction ou d'incohérence entre l'avis de marché et d'autres documents, c'est le document dans lequel la publication est imposée par la réglementation qui est prépondérant pour déterminer la règle à appliquer.

Les requérantes en concluent que, dès lors qu'elles ont transmis les documents demandés par l'avis de marché, soit des déclarations sur l'honneur, et qu'elles ont démontré, par le biais des deux déclarations jointes à leur offre, qu'elles respectaient le seuil de 3 millions d'euros, elles ont prouvé, conformément aux dispositions de l'avis de marché, qu'elles étaient capables d'exécuter le marché du point de vue économique et financier.

B. La note d'observations

La partie adverse constate que les requérantes ne prétendent pas qu'elle aurait commis une erreur de fait en relevant que la S.A. FRANKI CONSTRUCT n'a pas annexé à l'offre de la société momentanée dont elle est membre, une déclaration sur l'honneur concernant son chiffre d'affaires.

Elle conteste ensuite l'interprétation que font les requérantes de l'article 1.9.2 du cahier spécial des charges. Se fondant sur une analyse de cette disposition, elle considère que la dernière phrase du point 1, qui précise que chaque associé d'une société momentanée "veillera à présenter les documents mentionnés ci-dessus" concerne non seulement l'attestation bancaire visée au point 1.2. mais également la déclaration sur l'honneur dont il est question au point 1.1..

Elle souligne également que c'est de manière expresse que le cahier spécial des charges prévoit que les documents relatifs à la capacité financière et à la capacité technique devront être annexés à l'offre "impérativement et sous peine de nullité", de sorte que les requérantes étaient informées du risque qu'encourait une offre incomplète au regard des documents devant servir à répondre aux critères de sélection. Elle fait également valoir que l'article 58, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, n'interdit pas au pouvoir adjudicateur de restreindre le pouvoir d'appréciation qui est le sien dans le cadre de l'analyse des documents visant à démontrer le respect des critères de sélection, ainsi que sa faculté de solliciter des documents complémentaires sur pied de l'article 59 du même arrêté royal.

Elle soutient que c'est donc dans le parfait respect des principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires ainsi que du principe "*patere legem quam ipse fecisti*" qu'elle a écarté l'offre de la société momentanée formée par les requérantes pour le motif que ces dernières n'ont pas déposé une offre répondant à toutes les exigences requises en termes de documentation relative à la capacité financière.

Elle fait également valoir que c'est à tort, selon elle, que les requérantes croient pouvoir tirer argument d'une prétendue contradiction entre l'avis de marché et le cahier spécial des charges, en donnant la priorité à l'avis de marché. Elle relève qu'il résulte de l'article 40 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 précité, qui détermine le contenu des avis de marché, qu'un tel avis ne doit pas obligatoirement mentionner les critères de sélection qualitative et les documents exigés à cet effet lorsque l'adresse internet qui y est indiquée donne un accès libre, direct, immédiat et complet à ces informations. Elle expose que tel était le cas en l'espèce : l'avis de marché renseignait l'adresse du site internet de la partie adverse (www.spaque.be) sur lequel se trouve un onglet "marché publics" donnant sur les marchés en cours et reprenant, pour chaque marché, un hyperlien vers le cahier spécial des charges, lequel renvoie à la plateforme officielle *e-procurement* permettant d'accéder à l'ensemble des documents du marché.

Par ailleurs, elle soutient qu'en prévoyant que l'avis de marché ne doit pas obligatoirement mentionner les critères de sélection qualitative et les renseignements et documents exigés à cet effet, l'article 40, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, instaure une prédominance du texte du cahier spécial des charges sur celui de l'avis de marché, lequel ne constitue qu'un avis, qui fait nécessairement suite à l'adoption du cahier spécial des charges qui, lui, reprend de manière plus complète les prescriptions applicables au marché, pour ce qui concerne tant l'élaboration des offres que les conditions contractuelles qui seront applicables à l'adjudicataire.

La partie adverse souligne par ailleurs que l'avis de marché reprend les critères de sélection du cahier spécial des charges et ne vise donc qu'un soumissionnaire unique et non une société momentanée. Selon elle, les requérantes ne pouvaient ignorer leur obligation d'annexer à l'offre de la société momentanée les documents relatifs à chacune d'entre elles, ce que le cahier spécial des charges leur rappelle d'ailleurs expressément.

Elle conclut qu'en constatant que les déclarations sur l'honneur relatives au chiffre d'affaire de la S.A. FRANKI CONSTRUCT étaient manquantes, elle n'a pas violé les dispositions reprises au moyen, compte tenu des prescriptions du cahier spécial des charges suivant lesquelles ce simple fait suffit à justifier la décision de non sélection.

C. La requête en intervention

L'intervenante rappelle d'abord les principes applicables en soulignant qu'en vertu de l'article 58, § 1^{er}, al. 2, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, les pouvoirs adjudicateurs ont l'obligation d'identifier dans les documents du marché les renseignements et documents qui doivent être fournis par les soumissionnaires afin de démontrer qu'ils rencontrent les critères de sélection. Elle souligne que, selon la jurisprudence, lorsqu'un soumissionnaire ne joint pas à son offre un document relatif à la sélection demandé dans les documents du marché, l'offre de ce soumissionnaire doit être rejetée, le pouvoir adjudicateur ne disposant en principe d'aucune marge d'appréciation quant au sort à réserver à une offre ne présentant pas tous les documents requis. Elle ajoute que lorsqu'un pouvoir adjudicateur a, de surcroît, mentionné dans les documents du marché qu'un document relatif à la sélection devait être joint aux offres sous peine de nullité, il découle du principe *patere legem quam ispe fecisti* que ce pouvoir est privé de toute marge d'appréciation pour encore retenir une offre dans laquelle ce document ferait défaut.

Selon elle, il ressort de l'article 1.9.2. du cahier spécial des charges que la SPAQuE avait annoncé qu'en cas de société momentanée, chaque associé devait communiquer, impérativement et sous peine de nullité, une déclaration sur l'honneur portant sur son chiffre d'affaires.

Elle réfute l'argument des requérantes selon lequel en visant "les documents utiles à prouver sa capacité financière", le cahier spécial des charges ne prescrirait à peine de nullité que la communication des documents utiles à la preuve de la capacité financière d'un soumissionnaire. Elle estime que cet argument ne résiste pas à la lecture de l'intégralité de la phrase concernée.

Elle conteste également l'affirmation des requérantes selon lesquelles la phrase "Dans le cas d'une société momentanée, chaque associé veillera à présenter les documents mentionnés ci-dessus" concerne uniquement la déclaration bancaire, et non la déclaration relative au chiffre d'affaires. Elle ajoute que l'utilisation du verbe "veiller", souligné dans le cahier des charges, lu en combinaison avec la mention, en caractère gras, selon laquelle les documents demandés dans le cadre de la sélection

qualitative devaient être fournis impérativement et sous peine de nullité, indique clairement que la méconnaissance de l'obligation en cause entraînerait automatiquement le rejet des offres.

Elle expose par ailleurs qu'il n'existe aucune contradiction ni aucune incohérence entre l'avis de marché et le cahier spécial des charges. Elle ajoute que la SPAQuE était en droit de préciser, dans le cahier spécial des charges, des informations contenues dans l'avis de marché. Elle se réfère à cet égard, comme la partie adverse, à l'article 40 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dont les conditions sont, selon elle, remplies en l'espèce.

Elle estime également qu'il est inexact de soutenir que la SPAQuE aurait pu demander aux requérantes de remédier à l'incomplétude de leur offre. Selon elle, le principe général de droit *patere legem quam ipse fecisti* imposait au pouvoir adjudicateur de rejeter l'offre des requérantes sans plus ample examen du respect des critères de sélection.

Elle ajoute que la déclaration de chiffres d'affaires fournie par la SA ROGER GEHLEN ne correspond manifestement pas à la réalité et ne pouvait dès lors pas être prise en compte par la SPAQuE. Elle expose à ce propos ce qui suit:

" D'une part, pour l'année 2016, la SA Roger Gehlen fait état d'un chiffre d'affaires sectoriel de 15.510.000 EUR, soit un montant plus d'un million d'euros plus élevé que son chiffre d'affaires global (14.478.754 EUR) tel que publié au Moniteur belge, ce qui est manifestement impossible [...].
D'autre part, pour les années 2014 et 2015, la SA Roger Gehlen fait état de chiffre d'affaires sectoriels qui correspondent à ses chiffres d'affaires globaux [...] et, pour l'année 2016, d'un chiffre d'affaires sectoriel qui dépasse son chiffre d'affaires global. Or, étant une société générale d'infrastructure, il est tout à fait impossible que l'intégralité de son chiffre d'affaires provienne de travaux similaires au présent marché [...].
Comme en témoignent les avis d'attribution de marché publiés sur le site e-procurement [...], de nombreux marchés attribués à la SA Roger Gehlen en 2014, 2015 et 2016 ne portent pas sur des travaux similaires au présent marché mais sur la pose de câbles, la réfection de trottoirs, etc. La SA Roger Gehlen a donc nécessairement réalisé une partie de son chiffre d'affaires global, en exécutant des travaux d'une nature différente de ceux du présent marché.
Du reste, force est de constater que ni l'assainissement, ni la réhabilitation ne sont mentionnés dans l'objet social de la SA Roger Gehlen tel qu'il ressort de ses statuts [...] et que le site internet de la SA Roger Gehlen (<http://www.rogergehlen.be>) ne fait nullement référence à ce type d'ouvrage.
Il ressort de ce qui précède que la déclaration sur l'honneur fournie par la SA Roger Gehlen était manifestement erronée, en ce que ses chiffres d'affaires sectoriels ne pouvaient être égaux à ses chiffres d'affaires globaux et ne pouvaient bien entendu pas les dépasser.
Dès lors, outre le fait que le principe *patere legem quam ipse fecisti* le lui interdisait, la SPAQuE n'aurait dès lors de toute façon pas pu, sans violer le principe de diligence, se contenter de la déclaration sur l'honneur de la SA Roger Gehlen pour déclarer que les requérantes rencontraient les critères de sélection.
L'argument selon lequel les requérantes devaient être sélectionnées sur la base des

chiffres d'affaires de la seule SA Roger Gehlen est donc non-fondé ou doit, à tout le moins, être relativisé".

D. Plaidoiries

A l'audience, les requérantes relèvent que, répondant à une question qui lui a été posée par l'auditeur, la partie adverse a fait savoir, par un courriel du 25 octobre 2017, "qu'il n'existait pas de décision relative à l'adoption du cahier spécial des charges".

Elles en déduisent, en ce qui concerne le premier moyen, que, pour décider de ne pas les sélectionner, la partie adverse ne pouvait se fonder sur le cahier spécial des charges, lequel n'a pas été adopté par l'organe compétent.

La partie adverse répond en substance que l'argument ainsi formulé par les requérantes est nouveau et qu'il aurait dû être exposé dans la requête, de sorte qu'il est tardif et, partant, irrecevable. Sur le fond, elle expose que le prescrit de l'article 5 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions est respecté puisque la décision attaquée indique les motifs de droit et de fait justifiant la non-sélection des requérantes. Elle ajoute que cette décision fait référence au cahier spécial des charges, que le conseil d'administration a appliqué les prescriptions qui y étaient inscrites et qu'il ne les a donc pas désavouées, de sorte qu'il est indifférent que le cahier spécial des charges n'ait pas été adopté préalablement par l'organe compétent.

VI.2. Appréciation

Les requérantes ont formulé à l'audience un argument nouveau à l'appui du premier moyen. Cet argument repose sur un élément qui résulte de l'instruction faite par Monsieur le Premier auditeur en vue de l'audience et dont les requérants n'avaient, par définition, pas connaissance lors de l'introduction de la requête. Il est donc recevable.

S'agissant de l'offre des requérantes, la motivation de la décision attaquée mentionne ce qui suit:

" Le dépouillement des offres a aussi permis de constater que celle remise par la société momentanée FRANKI – FRANKI CONSTRUCT – GHEHLEN ne comportait pas la déclaration sur l'honneur de la société FRANKI CONSTRUCT concernant son chiffre d'affaires annuel relatif à des travaux de nature similaire telle qu'imposée par le cahier des charges.
Par conséquent, les offres remises par la société ALCAGRO et la société momentanée FRANKI – FRANKI CONSTRUCT – GEHLEN sont incomplètes et déclarées irrecevables."

La décision de non-sélection des requérantes repose donc en droit sur le cahier spécial des charges afférent à la procédure de marché litigieuse, en particulier sur le point 1.9.2. qui énonce les critères de sélection qualitative.

Interrogés par Monsieur le Premier auditeur à propos de la décision adoptant le cahier spécial des charges, les conseils de la partie adverse ont fait savoir, par un courriel du 25 octobre 2017, "qu'il n'existait pas de décision relative à l'adoption du cahier spécial des charges".

L'article 58, § 1^{er}, 2°, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, applicable au présent litige, prévoyait que les critères de sélection sont fixés par le pouvoir adjudicateur. A défaut d'avoir été adopté par la partie adverse, le cahier spécial des charges est dépourvu de toute valeur juridique et ne peut fonder une décision afférente au marché en cause. Quant à l'avis de marché, il résulte de l'encodage, par l'agent désigné à cette fin et dans le formulaire imposé réglementairement, des informations relatives aux modalités d'organisation de la procédure d'attribution du marché, telles que les a préalablement arrêtées le pouvoir adjudicateur. Il ne fait pas l'objet d'une décision spécifique du pouvoir adjudicateur et ne constitue qu'une reproduction partielle du cahier spécial des charges. Dès lors qu'en l'espèce, ce dernier est dépourvu de toute valeur en droit, la partie adverse ne pourrait prétendre avoir fondé sa décision sur l'avis de marché.

La circonstance que le pouvoir adjudicateur a appliqué les critères contenus dans le cahier spécial des charges n'est pas de nature à couvrir l'illégalité résultant de ce que les critères de sélection n'ont pas été adoptés préalablement par l'organe compétent.

La partie intervenante conteste en vain la recevabilité du moyen en faisant valoir que la déclaration de chiffre d'affaires d'une des trois sociétés ne pouvait pas être prise en considération par la SPAQuE pour le motif qu'elle ne correspondrait pas à la réalité. D'une part, force est de relever que la partie adverse n'a pas procédé à un tel examen et qu'elle s'est limitée à constater que la déclaration d'une des trois sociétés manquait. D'autre part, et plus fondamentalement, la décision de ne pas sélectionner les requérantes ne pouvait se fonder sur des prescriptions du cahier spécial des charges, notamment celle fixant le seuil à atteindre pour le critère relatif au chiffre d'affaires.

Le moyen est sérieux.

VII. Balance des intérêts

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'Etat n'en identifie pas davantage.

VIII. Confidentialité

La partie requérante déclare déposer à titre confidentiel les pièces n^{os} 1 et 2 de son dossier "confidentiel".

La partie adverse fait de même pour les pièces n^{os} 5, 6, 7 et 8 déposées au dossier administratif.

Dès lors que la divulgation de ces pièces n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

**PAR CES MOTIFS,
LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN est accueillie dans la procédure en référé.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la décision du conseil d'administration de la SPAQuE du 21 septembre 2017 déclarant irrecevable l'offre de la société momentanée FRANKI – FRANKI CONSTRUCT – GEHLEN et attribuant le marché de réhabilitation du site dit "Vieille Montagne" à Grâce-Hollogne à la société anonyme AANNEMINGSBEDRIJF AERTSSEN.

Article 3.

Les pièces n^{os} 1 et 2 du dossier de la requérante ainsi que les pièces n^s 5, 6, 7 et 8, déposées par la partie adverse au dossier administratif, resteront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 6.

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre siégeant en référé, le sept novembre deux mille dix-sept par :

M.	Imre KOVALOVSKY,	président de chambre,
M ^{me}	Katty LAUVAU,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Imre KOVALOVSKY.