

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF

VI^e CHAMBRE

A R R Ê T

n° 255.882 du 23 février 2023

A. 226.628/VI-21.352

En cause : **la société anonyme ÉTABLISSEMENTS BIUSO**,
ayant élu domicile chez
M^e Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

contre :

la ville de Charleroi,
représentée par son collègue communal,
ayant élu domicile chez
M^{es} Marc UYTENDAELE et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source 68
1060 Bruxelles.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 8 novembre 2018, la SA Établissements Biuso demande l'annulation de « la décision du Collège des Bourgmestre et Échevins de la Ville de Charleroi du 21 août 2018 aux termes de laquelle celle-ci a décidé d'attribuer le marché public de services relatif à "l'entretien des cabines haute tension et visites trimestrielles" à la SPRL DNP Électricité ».

II. Procédure

La contribution et le droit visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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.

Le dossier administratif a été déposé.

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur au Conseil d'État, a rédigé un rapport sur la base de l'article 12 du règlement général de procédure.

Le rapport a été notifié aux parties.

Les parties ont déposé un dernier mémoire.

Par une ordonnance du 10 septembre 2021, l'affaire a été fixée à l'audience du 20 octobre 2021.

M. David De Roy, conseiller d'État, a exposé son rapport.

M^e Adrien Neyrinck, *loco* M^e Marie Vastmans, avocat, comparaissant pour la partie requérante, a été entendu en ses observations.

M^{me} Pauline Lagasse, auditeur, a été entendue 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. Exposé des faits utiles

Les 14 et 15 mars 2018, un avis de marché est publié respectivement au *Bulletin des adjudications* et au *Journal officiel de l'Union européenne*, ayant pour objet un marché de services portant sur « l'entretien des cabines HT et visites trimestrielles ».

Le marché est passé par une procédure ouverte et le critère d'attribution retenu est l'offre économiquement la plus avantageuse au regard du prix. Il est régi par le cahier spécial des charges n° 2018-22.

Les 15 et 16 mars 2018, un avis rectificatif est publié respectivement au *Bulletin des adjudications* et au *Journal officiel de l'Union européenne* afin de modifier la date limite de remise des offres.

Les documents du marché prévoient, en ce qui concerne la sélection qualitative, que les soumissionnaires doivent déposer un DUME.

Le cahier spécial des charges rappelle que :

- « 6.1.5. Que se passe-t-il si le DUME n'est pas complété et joint à la candidature? Conformément à l'article 76, § 1^{er}, alinéa 3, 2^o, de l'A.R. du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, sont réputés substantielles notamment les irrégularités suivantes : le non-respect des exigences visées à l'article 38 (la production du DUME par les candidats et soumissionnaires). En conséquence, une candidature non accompagnée du (des) DUME est affectée d'une irrégularité substantielle et déclarée nulle ».

Le cahier spécial des charges exige également, en son point 16.3.1., afin de démontrer la capacité technique ou professionnelle du soumissionnaire que celui-ci produise les documents suivants :

- « 1) la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années à dater de l'ouverture des offres, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les éléments de preuve relatifs à des services pertinents fournis il y a plus de trois ans peuvent être pris en compte ;
Est considéré comme suffisant le niveau d'exigence suivant : cette liste doit comprendre au minimum 3 prestations relatives à l'entretien des cabines H.T. et visites trimestrielles d'un montant de 50.000 € HTVA/an chacune.
- 2) L'attestation BA5 de(s) personne(s) désignée(s) pour intervenir dans les cabines H.T. ».

Le 30 avril 2018, date de l'ouverture des offres, trois offres ont été déposées respectivement par :

Noms des soumissionnaires	Montant de l'offre
SPRL DNP Électricité	417.551,59 € HTVA (505.237,42 € TVAC)
SA Jacops	480.994,80 € HTVA (582.003,71 € TVAC)
SA Établissements Biuso	501.080,00 € HTVA (606.306,80 € TVAC)

Le 28 mai 2018, la partie adverse signale à la SPRL DNP Électricité que :

- « Dans le cadre de l'examen du DUME et des attestations joints à votre offre, nous avons constaté que les exigences de sélection qualitative n'étaient pas remplies en termes de capacité technique.

En effet, le cahier spécial des charges précise, au point 16.3.1., que pourra être sélectionné le candidat ou soumissionnaire remplissant les critères de capacité technique ou professionnelle fixés ci-dessous qu'il justifiera par les documents suivants :

- 1) la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années à dater de l'ouverture des offres, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les éléments de preuve relatifs à des services pertinents fournis il y a plus de trois

ans peuvent être pris en compte ;

Est considéré comme suffisant le niveau d'exigence suivant : cette liste doit comprendre au minimum 3 prestations relatives à l'entretien des cabines H.T. et visites trimestrielles d'un montant de 50.000 € HTVA/an chacune.

2) L'attestation BA5 de(s) personne(s) désignée(s) pour intervenir dans les cabines H.T.

Or, deux des attestations jointes à votre offre concernent l'entretien et la mise en conformité mais la troisième ne concerne pas l'objet du marché.

Conformément à l'article 66, § 3, de la loi du 17/06/2016 et afin de compléter votre sélection qualitative, pourriez-vous nous faire parvenir une liste de minimum 3 prestations relatives à l'entretien des cabines H.T. et visites trimestrielles d'un montant de 50.000 € HTVA/an chacune, tout en précisant le destinataire public ou privé, la date, le montant, et les prestations réalisées dans le cadre du contrat.

Les deux prestations évoquées dans les attestations conformes jointes à l'offre peuvent être reprises dans cette liste, mais il y a lieu de préciser la parité entre la partie "entretien" et la partie "mise en conformité".
[...] ».

Le même jour, un courrier similaire est adressé à la SA Jacops. Celui-ci précise :

« [...]

Or, les attestations jointes à votre offre ne précisent pas clairement que les prestations réalisées sont relatives à l'entretien des cabines H.T. et visites trimestrielles.

Dès lors, conformément à l'article 66, § 3, de la loi du 17/06/2016 et afin de compléter votre sélection qualitative, pourriez-vous nous faire parvenir une liste de minimum 3 prestations relatives à l'entretien des cabines H.T. et visites trimestrielles d'un montant de 50.000 € HTVA/an chacune, tout en précisant le destinataire public ou privé, la date, le montant, et les prestations réalisées dans le cadre du contrat.

[...] ».

Le 30 mai 2018, la SA Jacops transmet à la partie adverse cinq nouvelles attestations.

Le 6 juin 2018, la SPRL DNP Électricité transmet à la partie adverse une nouvelle attestation et précise, pour chaque contrat invoqué à titre de prestations similaires passées, la part de prestations d'entretien propre à chacun.

Le 22 juin 2018, la partie adverse invite la SPRL DNP Électricité à lui fournir des « indications complémentaires pour permettre la vérification des prix unitaires, conformément aux articles 84 alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 et 35 de l'A.R. du 18 avril 2017 : les prix unitaires des postes paraissent anormalement bas pour les postes 2 à 61 qui ont trait aux prestations d'entretien ».

Le 27 juin 2018, la SPRL DNP Électricité adresse à la partie adverse les détails des justificatifs des prix pour les postes 2 à 61 de son offre.

Le 11 juillet 2018, la partie adverse informe la SPRL DNP Électricité qu'elle a constaté que les prix unitaires des postes 2 à 61 paraissent anormalement bas. Conformément à l'article 36 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, la partie adverse sollicite, dès lors, les justifications écrites relatives à la composition des prix précités. Elle invite également le soumissionnaire à fournir des justifications écrites concernant le respect des obligations visées à l'article 7, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics.

Le 25 juillet 2018, la SPRL DNP Électricité adresse à la partie adverse le détail de son prix de revient de son taux horaire, ainsi que des explications concernant l'organisation interne de l'entreprise et les frais qui lui incombent.

Le même jour, le rapport d'analyse des offres est établi. Les éléments pertinents de celui-ci au regard des moyens soulevés sont les suivants :

« V. MOTIFS D'EXCLUSION ET SÉLECTION QUALITATIVE DES SOUMISSIONNAIRES
[...]

5.2. Examen des offres quant à la sélection qualitative
[...]

5.2.2. Le DUME - vérification de l'absence de motifs d'exclusion et du respect des critères de sélection qualitative

Soumissionnaire 1 : BIUSO S.A.

Le soumissionnaire a adressé, conformément au Cahier spécial des charges, le DUME correctement et complètement rempli quant aux motifs d'exclusion et aux critères de sélection qualitative définis dans les documents du marché.

Concernant la capacité technique :

- 2 références de prestations similaires mentionnées dans le DUME atteignent le seuil de 50.000,00 €. La durée de ces prestations s'étalant sur plusieurs années, la capacité technique est confirmée.
- Les attestations BA5 des personnes désignées pour intervenir dans les cabines H.T. sont présentes dans l'offre et datées de 2016 et 2017. La date de validité de ces attestations est de 5 ans.

Concernant la capacité financière et économique :

Le soumissionnaire mentionne le chiffre d'affaires des années 2014, 2016 et 2017. Ils atteignent le seuil de 120.000,00 €/an.

Soumissionnaire 2 : DNP Électricité SPRL

Le soumissionnaire a adressé, conformément au Cahier spécial des charges, le DUME incomplètement rempli quant aux motifs d'exclusion et aux critères de sélection qualitative définis dans les documents du marché.

Il manque les informations suivantes :

- L'opérateur économique est-il un micro, une petite ou une moyenne entreprise ;
- Situation analogue à la faillite prévue dans la législation nationale ;

- Accès gratuit aux informations des causes d'exclusion dans une base de données des États membres de l'EU ;

Concernant la capacité technique :

- Il n'y a pas de référence en entretien tels que défini dans le CSC. L'auteur de projet estime qu'il s'agit de mise en conformité suivi d'un entretien.

En date du 28.05.2018, le Pouvoir adjudicataire invite le soumissionnaire à compléter sa sélection qualitative. La société a répondu le 06.06.2018 et fourni l'attestation manquante. Dans son courrier, il précise la part d'entretien et de mise en conformité. Le seuil minimal requis est atteint.

La durée des prestations s'étalant sur plusieurs années, la capacité technique est confirmée.

- Les attestations BA5 sont présentes dans l'offre et valides.

Concernant la capacité financière et économique :

Le soumissionnaire précise dans son DUME "Voir documents comptables en annexe".

La société a été constituée en 2017, il joint à son offre le bilan interne de l'exercice 2017 dont le C.A. atteint le seuil de 120.000,00 €.

Soumissionnaire 3 : JACOPS S.A.

Le soumissionnaire a adressé, conformément au Cahier spécial des charges, le DUME, correctement et complètement rempli quant aux motifs d'exclusion et aux critères de sélection qualitative définis dans les documents du marché.

Concernant les critères de sélection, l'opérateur économique déclare qu'il satisfait à tous les critères de sélection exigés.

Concernant la capacité technique :

- Le soumissionnaire joint à son offre des attestations de bonne exécution. Le pouvoir adjudicateur considère qu'au travers de ses attestations, la société a bien la maîtrise dans le domaine de la haute tension. Cependant, il souhaite que la société confirme la parité entre le montage de nouvelles installations et l'entretien correspondant aux exigences du CSC.

En date du 28.05.2018, le Pouvoir adjudicataire invite le soumissionnaire à compléter sa sélection qualitative. La société a répondu le 30.05.2018 et fourni 3 attestations dont 2 se rapportent à la moyenne tension. L'unique attestation prise en compte, couvre plusieurs années ; les prestations d'entretien et de visites trimestrielles sont clairement mentionnées et le seuil minimal requis est atteint.

- Les attestations BA5 sont présentes dans l'offre et valides.

Concernant la capacité financière et économique :

- Est jointe à son offre une attestation reprenant les chiffres d'affaires pour les années 2013-2014, 2014-2015, 2015-2016. Ils atteignent le seuil de 120.000,00 €/an.

5.2.3 Conclusions

À ce stade, le pouvoir adjudicateur décide de poursuivre l'examen de toutes les offres elle vérifiera l'absence de motifs d'exclusion ainsi que le respect des critères de sélection qualitative dans le chef de l'adjudicataire pressenti à l'issue de l'analyse.

VI. EXAMEN DES OFFRES

6.1. Vérification de la régularité des offres

[...]

6.1.9. Réserves et/ou éléments ne concordant pas avec la réalité
l'offre de chaque soumissionnaire ne comporte aucune réserve.

6.1.10. Conclusions

À ce stade, l'analyse des offres se poursuit pour les soumissionnaires suivants :

- BIUSO S.A.
- DNP Électricité
- JACOPS S.A.

6.2. DOCUMENTS À ANNEXER À L'OFFRE

[...]

4) Tous les documents repris au point 16 relatif à la sélection qualitative des soumissionnaires s'ils sont demandés au stade de l'offre (le DUME version papier). Cette exigence est traitée au point 5.2. (DUME)

[...]

Conclusions

À ce stade, l'analyse des offres se poursuit pour les soumissionnaires suivants :

- BIUSO S.A.
- DNP Électricité
- JACOPS S.A.

[...]

6.4. VÉRIFICATION DES PRIX

[...]

Cependant, pour le soumissionnaire DNP Électricité SPRL suite à une première analyse des offres, il est apparu nécessaire d'obtenir des indications complémentaires pour permettre la vérification des prix unitaires suivants :

- Les prix remis pour l'entretien (du poste 2 à 61).

Ainsi, conformément à l'article 84, alinéa 2 de la loi du 17 juin 2016 et l'article 35 de l'A.R. du 18 avril 2017, le pouvoir adjudicateur a invité le soumissionnaire, par courrier du 22.06.2018, à fournir les indications nécessaires à la vérification des prix des postes renseignées ci-dessus.

Le soumissionnaire répond par un courrier daté du 27.06.2018 et reçu le 28.06.2018.

Il ressort des indications fournies que les prix unitaires suivants paraissent anormalement bas par rapport aux prestations à exécuter.

- Les prix remis pour l'entretien (du poste 2 à 61).

Dès lors, conformément à l'article 36, § 2, de l'A.R. du 18.04.2017, le pouvoir adjudicateur a invité le soumissionnaire, par lettre recommandée du 11.07.2018, à fournir les justifications nécessaires pour les postes anormalement bas.

Examen des réponses

Le Pouvoir adjudicateur a examiné les justificatifs des prix anormaux au regard des principes légaux et jurisprudentiels (Conseil d'État) suivants :

- Le détail précis et complet du contenu d'un poste est un minimum requis ;
- Une fois ce détail établi, un justificatif au regard de l'article 36, § 2, de l'AR du 18.04.2017 doit être fourni.

La société justifie son prix unitaire de taux horaire en date du 25.07.2018 comme suit :

- Le taux horaire reprend les différentes charges salariales des ouvriers et intérimaires, les différentes charges d'assurances, véhicules, gazoil de roulage, frais de déplacement et de mobilité, électricité et chauffage de l'atelier, prouvés par différents documents.

De plus, elle renseigne d'autres informations, relative à l'organisation interne de l'entreprise justifiant ses prix. À l'analyse des détails de justification du taux horaire, le Pouvoir Adjudicateur estime le justificatif du prix acceptable ».

À l'issue de l'analyse des offres, l'adjudicataire pressenti est la SPRL DNP Électricité. L'auteur du rapport d'analyse procède dès lors à la vérification de l'absence de motifs d'exclusion dans le chef de ce soumissionnaire, ainsi qu'au respect des exigences de sélection qualitative. Il conclut que le soumissionnaire ne se trouve dans aucun des cas d'exclusion définis aux articles 67 à 69 de la loi du 17 juin 2016 et que son offre est conforme quant à la sélection qualitative, notamment en raison des explications précitées exposées lors de l'examen de la DUME.

Il est, en conséquence, proposé d'attribuer le marché à la SPRL DNP Électricité.

Le 21 août 2018, le collège communal de la ville de Charleroi décide :

« Article 1^{er} : d'approuver le rapport d'analyse des offres daté du 25 juillet 2018 ;

Article 2 : de considérer le rapport d'analyse des offres comme partie intégrante de la présente délibération ;

Article 3 : de sélectionner les soumissionnaire Ets BIUSO, JACOPS s.a. et DNP Électricité sprl ;

Article 4 : de considérer les offres suivantes comme complètes et régulières : Ets BIUSO, JACOPS s.a. et DNP Électricité sprl ;

Article 5 : d'attribuer le marché pour l'entretien des cabines H.T. et visites trimestrielles pour la somme estimée de 417.551,46 € HTVA, soit 505.237,27 € TVAC pour 4 ans à la firme DNP Électricité sprl ;

Article 6 : que l'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le CSC N° 2018-22-Entretien cabines H.T. ».

Il s'agit de l'acte attaqué.

Celui-ci est communiqué aux soumissionnaires par des courriers recommandés datés du 11 septembre 2018.

Les 14 septembre 2019 et 28 septembre 2019, la partie requérante écrit à la partie adverse afin de contester l'acte attaqué. Elle demande notamment à pouvoir bénéficier du dossier complet de soumission.

Les 20 septembre 2018 et 2 octobre 2018, la partie adverse accuse réception des courriers de contestations de la partie requérante. Elle renvoie au rapport d'analyse des offres. Elle précise qu'elle ne peut pas lui transmettre le dossier complet de soumission, compte tenu de la confidentialité qui s'y attache, confidentialité qui a été expressément demandée par la SPRL DNP Électricité. La partie requérante est invitée à poser les actes qu'elle estime nécessaires.

Le 16 octobre 2018, la partie adverse notifie à la SPRL DNP Électricité l'approbation de son offre et l'informe que le marché débute le lendemain de la notification. Un avis d'attribution est publié au *Journal Officiel de l'Union européenne* le 17 octobre 2018.

Le 18 octobre 2018, la partie requérante, par l'intermédiaire de son conseil, informe la partie adverse de son intention d'introduire le présent recours.

IV. Confidentialité

La partie requérante dépose la pièce A, annexée à sa requête, à titre confidentiel.

La partie adverse sollicite la confidentialité des pièces A à E du dossier administratif.

Ces demandes n'étant pas contestées, il y a lieu de maintenir la confidentialité des pièces concernées.

Le maintien de confidentialité qu'il y a ainsi lieu d'ordonner n'empêche, en toute hypothèse, pas le Conseil d'État d'examiner, notamment à la lumière des pièces concernées auxquelles il a bien accès puisqu'elles ont été déposées, les thèses soutenues par les parties à propos des différentes questions que suscite le présent recours, et ce en ayant égard au fait que la requérante n'a, quant à elle, pu y accéder, ce qui peut justifier notamment que son argumentation soit développée de façon plus succincte.

V. Recevabilité du recours

V.1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante estime qu'elle a intérêt au recours, dès lors qu'elle a

soumissionné dans le cadre du marché litigieux, que son offre a été sélectionnée et a été déclarée régulière. Compte tenu du fait que l'acte attaqué a pour objet l'attribution du marché à un autre soumissionnaire, elle estime qu'elle justifie d'un intérêt suffisant au recours au sens de l'article 14 de la loi du 17 juin 2013.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse conteste l'intérêt au recours de la partie requérante dès lors que celle-ci est classée en troisième et dernière position à l'issue de l'analyse des offres, de telle sorte que si le marché n'avait pas été attribué à l'adjudicataire, celui-ci aurait été attribué au soumissionnaire classé en seconde position, à savoir la SA Jacops.

Selon elle, la partie requérante ne remet pas en cause de manière certaine l'offre de la SA Jacops. Elle constate que celle-ci critique uniquement l'absence de motivation formelle de l'acte attaqué quant au fait que les soumissionnaires classés en première et seconde position ont bien fourni la preuve qu'ils ont effectué par le passé au minimum trois prestations relatives à l'entretien des cabines à haute tension et visites trimestrielles d'un montant minimum de 50.000 € HTVA par an. Or, selon la partie adverse, ce moyen ne peut être retenu.

À défaut de récupérer une chance de se voir attribuer le marché litigieux, la requête en annulation doit, selon la partie adverse, être déclarée irrecevable.

Au surplus, la partie adverse relève que la partie requérante n'a pas introduit de recours en suspension à l'encontre de l'acte attaqué, ce qui témoigne, selon elle, du fait que la partie requérante n'a pas entendu récupérer une chance de pouvoir exécuter elle-même le marché qui a, depuis, été conclu.

C. Mémoire en réplique

Selon la partie requérante, un soumissionnaire régulier a toujours intérêt à faire contrôler la régularité de la procédure qui attribue le marché à un concurrent, et ce quel que soit le classement de son offre.

Elle considère qu'en l'espèce, il en va d'autant plus ainsi qu'elle critique la décision de la partie adverse de sélectionner le soumissionnaire classé en deuxième position.

En outre, elle relève qu'il est indifférent qu'elle n'ait pas introduit de recours en suspension selon la procédure d'extrême urgence à l'encontre de l'acte

attaqué puisqu'elle justifie en tout état de cause d'un intérêt moral suffisant pour en solliciter l'annulation.

D. Derniers mémoires des parties

Dans leurs derniers mémoires les parties ne font état d'aucun élément nouveau.

V.2. Appréciation du Conseil d'État

En substance, la partie adverse dénie l'intérêt de la requérante à son recours au motif que celle-ci, classée en troisième et dernière position, n'aurait aucune chance de se voir attribuer le marché litigieux en cas d'annulation de l'acte attaqué, et ce d'autant qu'elle ne remet pas en cause de manière certaine l'offre de la société JACOPS, critiquant uniquement – et pour ce qui concerne ce soumissionnaire – la motivation formelle.

La référence à l'absence de toute chance de se voir attribuer le marché litigieux, qui résulterait, pour la requérante, d'un constat d'illégalité de l'acte attaqué par un arrêt d'annulation rappelle les conditions dans lesquelles était admis l'intérêt au recours formé contre la décision d'attribution d'un marché public, et ce antérieurement au régime aujourd'hui fixé par 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. La reconnaissance de l'intérêt à un tel recours était alors, en règle, subordonnée à la probabilité que l'annulation sollicitée procurât un avantage au requérant, cet avantage s'identifiant notamment dans la nouvelle chance de se voir attribuer le marché convoité. Selon le régime fixé par la loi du 17 juin 2013 précitée, la recevabilité *ratione personae* du recours en annulation dirigé contre la décision d'attribution d'un marché public ne se vérifie plus en considération d'une perspective d'avantage que procurerait l'annulation sollicitée, mais bien au regard des prescriptions de l'article 14 de cette loi, lequel se lit comme suit :

« À la demande de toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché ou une concession déterminé et ayant été ou risquant d'être lésée par la violation alléguée, l'instance de recours peut annuler les décisions prises par les autorités adjudicatrices, y compris celles portant des spécifications techniques, économiques et financières discriminatoires, au motif que ces décisions constituent un détournement de pouvoir ou violent :

- 1° le droit de l'Union européenne en matière de marchés publics ou de concessions applicable au marché ou à la concession concerné, ainsi que la législation en matière de marchés publics ou de concessions;
- 2° les dispositions constitutionnelles, légales ou réglementaires ainsi que les principes généraux du droit applicables au marché ou à la concession concerné;
- 3° les documents du marché ou de la concession ».

Dans la mesure où elle repose sur cette absence de chance d'obtenir le marché convoité, l'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie. Pour le surplus, il n'est pas douteux que la requérante a eu un intérêt à obtenir le marché litigieux et l'exigence du risque de lésion résultant de l'illégalité alléguée ne peut être sérieusement contestée : il suffit, en effet, de constater que l'insuffisance de motivation que dénonce la requérante a pu la léser en la privant de la possibilité d'apprécier en connaissance de cause l'opportunité de diriger un recours en annulation contre l'acte attaqué et d'organiser ce recours, également en connaissance de cause. Elle l'a, en outre, privée de la garantie contre l'arbitraire administratif que constitue l'obligation de motivation formelle des actes administratifs. Il ne peut, pour le surplus, être exclu – au vu du moyen formulé en termes de requête – que le vice de motivation formelle invoqué révélerait, par ailleurs, une indigence de la motivation matérielle de l'acte attaqué, qui aurait également lésé ou risqué de léser la requérante.

Le recours doit être déclaré recevable.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèses des parties

A. Requête

Le deuxième moyen est pris de la violation des articles 10, 11 de la Constitution ; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs ; des articles 4 et 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 et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concession ; de l'article 66 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics ; des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de motivation matérielle, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de non-discrimination, du principe de bonne administration, du principe *patere legem quam ipse fecisti* ; du cahier spécial des charges, plus particulièrement de son article 16 ; de l'excès de pouvoir et de l'erreur manifeste d'appréciation.

Dans une première branche la partie requérante reproche à la partie adverse d'avoir sélectionné la SPRL DNP Électricité sur la base de références établies postérieurement à la date du dépôt de l'offre de celle-ci. Selon elle, la faculté dont dispose le pouvoir adjudicateur d'inviter les soumissionnaires à présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations et documents présentés dans le cadre de la sélection qualitative n'autoriserait pas la prise en compte de telles références. Ces

références auraient, selon la partie requérante, dû être écartées.

Dans une seconde branche la partie requérante reproche à la motivation de l'acte attaqué de ne pas permettre de contrôler la manière dont la partie adverse a exercé son pouvoir d'appréciation concernant les références des prestations antérieures fournies tant par la SPRL DNP Électricité que par la SA Jacops. Elle estime qu'elle n'est pas en mesure de vérifier que ces soumissionnaires ont bien fourni une « liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années à la date de l'ouverture des offres, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé » reprenant à tout le moins trois prestations relatives à l'entretien des cabines haute tension et visites trimestrielles d'un montant minimum de 50.000 euros HTVA/an. La situation lui paraît d'autant plus critiquable que la partie adverse a dû inviter ceux-ci à compléter les informations fournies afin de justifier le respect des exigences de sélection qualitative. Elle considère dès lors que l'acte aurait dû contenir les motifs pour lesquels la partie adverse a estimé que ces soumissionnaires répondaient aux exigences du cahier spécial des charges.

B. Mémoire en réponse

S'agissant de la première branche, la partie adverse considère qu'elle a mis en œuvre la faculté qui lui est offerte par l'article 66, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précitée dans les limites autorisées par celui-ci, dès lors que tous les soumissionnaires dont l'offre était considérée comme incomplète ont été interrogés, que les éléments apportés par ces derniers postérieurement au dépôt de leurs offres n'ont pas eu pour effet d'assouplir les critères de sélection, ni de modifier le contenu de leurs offres de manière substantielle et que la situation des soumissionnaires a été examinée au moment de l'ouverture des offres.

Elle souligne que le fait que l'attestation fournie dans ce cadre par la SPRL DNP Électricité ait été établie postérieurement à l'ouverture des offres est sans incidence dès lors qu'elle se réfère à des prestations antérieures.

En ce qui concerne l'offre de la SA Jacops, la partie adverse constate que la partie requérante n'établit pas les raisons pour lesquelles la partie adverse aurait méconnu le prescrit des dispositions et principes visés au moyen en sélectionnant cette offre.

S'agissant de la seconde branche, la partie adverse considère que le rapport d'analyse des offres indique précisément les raisons pour lesquelles elle a considéré que les soumissionnaires possédaient bien la capacité technique requise. Elle estime qu'elle n'avait pas à s'exprimer plus en détail sur ce point. Elle ajoute que

c'était à la partie requérante d'apporter la preuve qu'un soumissionnaire aurait été injustement sélectionné, ce qu'elle reste en défaut de faire en l'espèce, selon elle.

C. Mémoire en réplique

Première branche

Dans son mémoire en réplique, la partie requérante critique la sélection de la SA Jacops au regard des attestations communiquées par celle-ci postérieurement à l'ouverture des offres.

Elle souligne qu'elle n'est pas en mesure de déterminer si les attestations produites par la SPRL DNP Électricité et la SA Jacops postérieurement à l'ouverture des offres permettent d'établir que celles-ci disposaient, avant cette date, des références exigées par le cahier spécial des charges. Elle invite, en conséquence, le Conseil d'État à procéder à un examen attentif des offres de ces deux soumissionnaires et plus particulièrement à vérifier si les attestations fournies par ceux-ci en date des 30 mai et 6 juin 2018 portent sur des éléments dont l'existence, avant la date limite de dépôt des offres, est objectivement vérifiable.

Elle relève que ses concurrents ont bénéficié d'un délai complémentaire non seulement pour la fourniture mais également pour l'obtention des références exigées, en méconnaissance des principes et dispositions visées au moyen.

La partie requérante s'interroge sur l'admissibilité des références relatives aux prestations antérieures ainsi fournies et des attestations BA5 présentées par la SPRL DNP Électricité, compte tenu de la jeunesse de cette entreprise et du fait qu'il résulte du rapport d'analyse des offres que les références fournies s'étalent sur plusieurs années et que ce soumissionnaire n'entend pas faire appel à la capacité d'un tiers pour l'exécution du marché.

Elle constate également que ce soumissionnaire ne dispose que d'un seul travailleur ce qui paraît poser question regard de l'affirmation de la partie adverse au sein du mémoire en réponse selon laquelle celui-ci « a remis plusieurs attestations BA5 pour les personnes appelées à intervenir dans le cadre de ce marché ».

La partie requérante s'interroge également sur l'admissibilité des références produites par la SA Jacops dès lors qu'il résulte d'une consultation de son site Internet que celle-ci ne semble, *a priori*, pas réaliser des prestations relatives à l'entretien des cabines haute tension et visites trimestrielles.

En conséquence, la partie requérante invite le Conseil d'État à procéder à un examen attentif des références des prestations antérieures et des attestations BA5 présentées par la SPRL DNP Électricité et la SA Jacops pour démontrer qu'elles disposent de la capacité technique et professionnelle à exécuter le marché et à vérifier si ces documents sont ou non conformes au prescrit de l'article 16.3.1. du cahier spécial des charges.

Seconde branche

La partie requérante relève que l'appréciation qui a été faite par la partie adverse des références des prestations antérieures et des attestations BA5 fournies par l'attributaire pressenti du marché ne reposent manifestement pas sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit, dès lors que le rapport d'analyse des offres précises que les références fournies s'étalent sur plusieurs années alors que ce soumissionnaire a été créé en 2017 et, en outre, qu'elle voit difficilement comment plusieurs attestations BA5 ont pu être produites dès lors que cette société ne dispose que d'un seul travailleur.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire la partie adverse fait valoir ce qui suit :

« I.2.1. Sur la première branche

I.2.1.1. Sur la recevabilité

-3. Madame l'Auditeur observe que, dans la requête en annulation, la critique de la requérante ne porte que sur la sélection de l'attributaire pressenti sur la base d'attestations relatives à des travaux similaires établies postérieurement à la date ultime de dépôt des offres. Elle observe également que la requérante étend ses griefs dans son mémoire en réplique à la sélection de la S.A JACOPS, soumissionnaire classé en deuxième position, ainsi que, pour l'attributaire du marché, à la validité de la prise en compte des attestations BA5.

Madame l'Auditeur décide de ne pas examiner plus avant l'admissibilité de l'extension de la première branche mais constate que "le Conseil d'État est tenu, afin de préserver les droits de la défense, de pallier la confidentialité de plusieurs des pièces du dossier administratif en contrôlant le caractère admissible de l'acte attaqué au regard de ces documents, compte tenu, notamment des prescriptions imposées par le cahier spécial des charges".

Sur la base de ce qui précède, Madame l'Auditeur examine les deux nouveaux griefs soulevés par la requérante dans son mémoire en réplique.

I.2.1.2. Sur le fond

-4. Madame l'Auditeur estime que la première branche du moyen est fondée en ce que l'attestation de bonne exécution remise par DNP ÉLECTRICITÉ dans son courrier du 6 juin 2018 ne permettrait pas de vérifier si les éléments sur lesquels elle porte existaient avant le dépôt de l'offre et n'avaient pas été accomplis, à tout le moins, en partie, après le dépôt de son offre. En effet, l'attestation se rapporte à des prestations relatives à des cabines à haute tension exécutées au cours de l'année "2017, 2018", sans autres précisions.

Elle estime, s'agissant du soumissionnaire SA JACOPS, que la référence invoquée se rapporte à des travaux effectués entre 2014 et le 30 novembre 2017. La partie adverse pouvait dès lors valablement prendre en considération ces prestations, réalisées antérieurement au jour de la date limite du dépôt des offres.

I.2.2. Sur la seconde branche

-5. Quant à la seconde branche de ce moyen, Madame l'Auditeur relève plusieurs problèmes en ce que la motivation de l'acte attaqué ne reposerait pas sur des éléments issus du dossier administratif.

Elle observe, notamment, que les attestations fournies par DNP ÉLECTRICITÉ ne permettraient pas de s'assurer que le soumissionnaire répond au critère de sélection relatif à la capacité technique et professionnelle. Parmi les attestations retenues par la partie adverse, seule l'une d'entre elles aurait été susceptible d'atteindre le seuil minimal de 50.000 euros HTVA/an. Elle considère toutefois que cette référence ne suffisait pas à démontrer que DNP ÉLECTRICITÉ répondait aux exigences en matière de capacité technique et professionnelle parce qu'elle porte uniquement sur les années "2017, 2018". Dans un premier temps, Madame l'Auditeur observe, qu'à défaut d'éléments en sens contraire, il faut considérer que les prestations renseignées dans cette attestation ont été effectuées entre 2017 et début 2018 et que la partie entretien concerne bien un montant supérieur au seuil minimal de 50.000 euros HTVA/an. Dans un second temps, elle affirme cependant que l'objet des prestations n'est pas suffisamment précis et qu'il n'est donc pas permis d'établir la part des prestations qui concerne l'entretien, d'une part, et les visites trimestrielles de cabines à haute tension, d'autre part. La motivation de l'acte attaqué ne permettrait pas de comprendre sur quelle base la partie adverse a accepté cette attestation comme preuve de la capacité technique et professionnelle de DNP ÉLECTRICITÉ.

Ensuite Madame l'Auditeur indique que la partie adverse aurait commis une erreur manifeste d'appréciation en considérant que la SA JACOPS pouvait être sélectionnée. Elle soutient que la partie adverse aurait pris en compte une seule attestation pour sélectionner la SA JACOPS et que cette attestation ne pouvait au mieux valoir que comme une référence probante.

Enfin, Madame l'Auditeur analyse les attestations BA5 de(s) personne(s) désignée(s) pour intervenir dans les cabines haute tension déposées par DNP ÉLECTRICITÉ, la production de ces attestations constituant un critère de sélection qualitative. Elle relève que la motivation de l'acte attaqué n'est pas conforme au contenu de l'offre de DNP ÉLECTRICITÉ, à laquelle plusieurs attestations BA5 sont jointes, alors que seule l'une d'entre elles semble porter sur la haute tension. Madame l'Auditeur considère que des explications complémentaires auraient dû être données, sans préjudice du pouvoir d'appréciation de la partie adverse.

Elle relève à propos de ces attestations, qu'elles permettent au pouvoir adjudicateur de s'assurer que le soumissionnaire dispose bien de la capacité pour effectuer le marché. Elle soutient que les prestations en matière de haute tension nécessitent plusieurs travailleurs qualifiés et que l'offre de DNP ÉLECTRICITÉ ne pouvait, en conséquence, pas être sélectionnée.

I.3. Dernières observations de la partie adverse

I.3.1. Sur la recevabilité

-6. Comme l'observe très justement Madame l'Auditeur, la requérante étend, dans son mémoire en réplique, sa critique relative à la sélection de l'attributaire pressenti à la sélection de la S.A JACOPS, soumissionnaire classé en deuxième position, ainsi que, pour l'attributaire du marché, à la validité de la prise en compte des attestations BA5.

La partie adverse ne peut toutefois suivre Madame l'Auditeur lorsqu'elle décide de ne pas examiner plus avant l'admissibilité de l'extension de cette branche en cours de procédure, mais décide "de pallier la confidentialité de plusieurs des pièces du

dossier administratif en contrôlant le caractère admissible de l'acte attaqué au regard de ces documents, compte tenu, notamment des prescriptions imposées par le cahier spécial des charges" en référant au considérant B.9.3. de l'arrêt n°118/2007 de la Cour Constitutionnelle, S.A. Varec.

On lit ceci dans le considérant B.9.3. de l'arrêt :

" Dans ces hypothèses, des éléments décisifs pour la solution du litige peuvent être soustraits à la contradiction des parties pour autant que la procédure compense, dans toute la mesure du possible, le handicap sévère qui en découle pour certaines d'entre elles. À ce titre, les parties doivent être informées de ce qu'il existe des pièces confidentielles et être en mesure de consulter, si possible, une version non confidentielle de ces documents. En outre, il convient qu'un juge indépendant et impartial puisse contrôler la confidentialité alléguée de ces pièces ainsi que leur exactitude et leur pertinence".

Dans cet arrêt, la Cour Constitutionnelle indique, en effet, que la confidentialité peut être accordée à certaines pièces d'un dossier administratif pour autant que la procédure puisse compenser le handicap sévère qui découle de cette confidentialité pour les parties qui y sont confrontées. En l'occurrence, Madame l'Auditeur comprend que cet arrêt autorise le Conseil d'État et en l'occurrence à l'Auditorat, à contrôler la régularité de l'acte attaqué au regard des documents confidentiels du dossier administratif, et donc à examiner la régularité de la décision querellée au-delà des moyens développés dans la requête.

Tel qu'interprété et appliqué à la présente espèce par Madame l'Auditeur, l'arrêt précité de la Cour Constitutionnelle autoriserait l'Auditorat (et le Conseil d'État à sa suite) à soulever des moyens d'office en dehors des hypothèses généralement admises qui sont celles de l'impossibilité pour une partie requérante de supposer l'existence d'un moyen avant d'avoir pris connaissance du dossier administratif et du moyen d'ordre public.

En effet, il n'y a pas de lien automatique entre la confidentialité d'une pièce du dossier administratif et l'impossibilité de supposer l'existence d'un moyen.

En l'espèce, il est démontré que la partie requérante pouvait très bien envisager de soulever les nouveaux volets de son deuxième moyen sans prendre préalablement connaissance du dossier administratif.

On en veut pour preuve que c'est ce qu'elle a fait. Elle a développé de nouveaux griefs dans son mémoire en réplique indépendamment de sa prise de connaissance du dossier administratif puisqu'elle n'a pas eu accès aux pièces qui fondent ses nouveaux développements.

On en veut pour preuve également le contenu du courrier qu'elle adressait à la partie adverse le 29 septembre 2018, soit avant l'introduction du recours en annulation. On lit ce qui suit dans ce courrier :

" Concernant la société DNP Sprl, comment une jeune société créée le 09/01/2017 a-t-elle pu fournir les 3 attestations correspondantes au cahier spécial des charges pour les entretiens des cabines haute tension et visites trimestrielles en si peu de temps? Cela est matériellement improbable ! De plus, la société ne disposerait jusqu'à présent que d'un seul ouvrier. Nous nous demandons donc comment la société DNP Sprl pourrait-elle faire pour réenclencher plusieurs cabines comme demandé au cahier spécial des charges si en plus une présence est obligatoire, entre autre, lors des matchs de foot du Sporting? Ils ne peuvent donc ni être malades, ni prendre des congés?

Concernant la société Jacops S.A., c'est une entreprise reconnue et compétente mais celle-ci ne fait pas d'entretiens de cabines haute tension et visites trimestrielles. Elle est expérimentée dans la pose de cabines et placement + jonction de câbles en tranchée, etc... C'est pourquoi elle n'a probablement pas fourni les attestations demandées lors de l'introduction du dossier. D'ailleurs, pourquoi les avoir réclamées? ne serait-ce déjà pas une condition d'exclusion? Les attestations correspondent-elles bien aux entretiens des cabines haute tension et visites trimestrielles?"

Au vu du contenu du courrier précité de la partie requérante, il apparaît clairement qu'elle était en mesure de soulever les griefs qu'elle a développés dans son mémoire en réplique dès le stade de sa requête en annulation. Elle s'en est abstenue.

Au vu des développements ci-dessus, rien n'explique ou ne justifie que l'Auditorat se substitue à la partie requérante dans la formulation de nouveaux griefs ou moyens en dehors des hypothèses classiques dans lesquelles un moyen peut être soulevé d'office ou tardivement par une partie.

Le caractère confidentiel des pièces examinées par Madame l'Auditeur ne justifie pas que de nouveaux griefs soient examinés d'autorité sans trouver de fondement dans la requête. Telle n'est pas la portée de l'arrêt précité n° 118/2007 de la Cour Constitutionnelle. Et quand bien même cet arrêt pourrait se voir donner une telle portée – *quod non* –, les considérations propres à l'espèce, développées ci-dessus, ne le justifiaient en tout état de cause pas.

Le deuxième moyen est partiellement irrecevable.

I.3.1. Subsidiairement - Sur le fond

-7. Contrairement à ce que soutient Madame l'Auditeur, la motivation de l'acte attaqué repose sur des éléments issus du dossier administratif.

Le cahier spécial des charges prévoit au point 16.3.1 qu'un soumissionnaire prouve qu'il dispose d'une capacité technique ou professionnelle suffisante lorsqu'il présente les documents suivants :

“ 1) la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années à dater de l'ouverture des offres, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les éléments de preuve relatifs à des services pertinents fournis il y a plus de trois ans peuvent être pris en compte ;

Est considérée comme suffisante le niveau d'exigence suivant : cette liste doit comprendre au minimum 3 prestations relatives à l'entretien des cabines H.T. et visites trimestrielles d'un montant de 50.000€ HTVA/an chacune.

2) L'attestation BA5 de(s) personne(s) désignée(s) pour intervenir dans les cabines H.T.”.

Pour satisfaire au niveau d'exigence de sélection qualitative, les soumissionnaires devaient donc fournir :

- Une liste de trois prestations, chacune d'un montant annuel de 50.000 euros HTVA qui se rapportent à la fois à l'entretien des cabines haute tension et aux visites trimestrielles ;

- L'attestation BA5 de la personne ou des personnes qui seront amenées à intervenir dans les cabines haute tension.

Les développements du rapport démontrent que Madame l'Auditeur n'a pas compris cette exigence de la même manière que la partie adverse. Pour Madame l'Auditeur, les soumissionnaires devaient fournir une liste de trois prestations se rapportant à l'entretien de cabines haute tension pour un montant de 50.000 euros HTVA/an et une liste de trois prestations se rapportant à des prestations de visites trimestrielles de cabines haute tension pour un montant de 50.000 euros HTVA/an, également. Ceci amène logiquement un biais dans le raisonnement de Madame l'Auditeur et dans les conclusions qu'elle tire s'agissant de la régularité de l'examen de la sélection opérée par la partie adverse.

-8. Madame l'Auditeur se trompe lorsqu'elle conclut que les soumissionnaires classés en première et deuxième position ne répondaient pas aux exigences du critère de sélection qualitative précité.

On le démontre ci-après.

-8.1. Lors du dépôt de son offre, le soumissionnaire DNP ÉLECTRICITÉ a présenté trois attestations.

La partie adverse a décidé de ne pas tenir compte de l'une de ces trois attestations dès lors qu'elle se rapportait à un des prestations d'un montant inférieur à 50.000 euros. Il manquait, donc, une attestation à DNP ÉLECTRICITÉ pour pouvoir être sélectionnée.

C'est en ce sens que la partie adverse a écrit à DNP ÉLECTRICITÉ le 28 mai 2018 : “deux des attestations jointes à votre offre concernent l'entretien et la mise en conformité mais la troisième ne concerne pas l'objet du marché. (...)”

Les deux prestations évoquées dans les attestations conformes jointes à l'offre

peuvent être reprises dans cette liste, mais il y a lieu de préciser la parité entre la partie □entretien□ et la partie □mise en conformité□”.

En réponse à ce courrier, le soumissionnaire a fourni des explications sur la parité entre la partie “entretien” et la partie “mise en conformité” et une attestation supplémentaire [...] :

“ le marché (...) est un marché d’entretien principalement, mais avec depuis l’AR du 04/12/2012, beaucoup de mise en conformité suite à l’évolution de la législation. La part d’entretien par rapport aux mises en conformité était de 80/20 mais tant à glisser vers 40/60.

Pour (...), c’est 100 % entretien.

Pour (...), il y a eu des travaux d’entretien en préparation à la mise en place de la nouvelle cabine sur le réseau de l’UT. 30/70.

Pour (...) il y a eu des travaux d’entretien mais avec depuis l’AR du 04/12/2012, beaucoup de mise en conformité suite à l’évolution de la législation. La part d’entretien par rapport aux mises en conformité était de 95/05 mais tant à glisser vers 80/20”[...].

Il ressort du dossier administratif que le soumissionnaire a fourni les documents requis par le cahier spécial des charge et dispose bien de la capacité technique exigée. La partie adverse n’a pas commis d’erreur manifeste à cet égard.

Les deux attestations parmi les trois jointes à l’offre dont il a été tenu compte sont relatives à l’entretien et la mise en conformité et portent sur des montants de 293.238,95 euros et de 65.659,55 euros.

La troisième attestation prise en considération est celle communiquées ensuite sur interpellation de la partie adverse. Elle est relative à l’entretien et à la mise en conformité (visites trimestrielles) et porte sur un montant de 55.000 euros.

La motivation de l’acte attaquée est donc adéquate et repose sur les éléments résultants du dossier administratif lorsqu’elle indique que :

“ Concernant la capacité technique :

- Il n’y a pas de référence en entretien tels que défini dans le CSC. L’auteur de projet estime qu’il s’agit de mise en conformité suivi d’un entretien. En date du 28.05.2018, le Pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à compléter sa sélection qualitative. La société a répondu le 06.06.2018 et fourni l’attestation manquante. Dans son courrier, il précise la part d’entretien et de mise en conformité. Le seuil minimal requis est atteint. La durée des prestations s’étalant sur plusieurs années, la capacité technique est confirmée”.

-8.2. Lors du dépôt de son offre, la SA JACOPS a remis plusieurs attestations, dont la plupart ne pouvaient pas être prises en compte parce qu’elles ne se rapportaient pas à de la haute tension.

L’une des attestations jointes était, toutefois, relative à l’entretien et à la mise en conformité (visites trimestrielles) de cabines haute tension sur plusieurs années, et portait sur un montant de 1.168.677 euros. Elle a été considérée par la partie adverse comme apportant la preuve de deux des trois prestations requises.

La partie adverse a, en conséquence, demandé à la SA JACOPS de compléter son offre [...].

La SA JACOPS a envoyé des attestations complémentaires le 30 mai 2018 [...]. Parmi les attestations fournies, l’une d’elles répondait aux conditions. Elle était relative à l’entretien et à la mise en conformité (visites trimestrielles) de cabines haute tension, et portait sur un montant de 91,572 euros.

La partie adverse a, donc, pu retenir, sans commettre d’erreur manifeste, que la SA JACOPS avait présenté trois références relatives à l’entretien et aux visites trimestrielles des cabines haute tension d’un montant de 50.000 euros HTVA/an chacune et qu’elle disposait effectivement de la capacité technique et professionnelle pour exécuter le marché.

La motivation de l’acte attaqué confirme ce qui précède :

“ le soumissionnaire joint à son offre des attestations de bonne exécution. Le pouvoir adjudicateur considère qu’au travers de ses attestations, la société a bien la maîtrise dans le domaine de la haute tension. Cependant, il souhaite que la société confirme la parité entre le montage de nouvelles installations et l’entretien correspondant aux exigences du CSC. En date du 28.05.2018, le Pouvoir adjudicateur invite le soumissionnaire à compléter sa sélection

qualitative. La société a répondu le 30.05.2018 et fourni 3 attestations dont se rapportent à la moyenne tension. L'unique attestation prise en compte, couvre plusieurs années ; les prestations d'entretien et de visites trimestrielles sont clairement mentionnées et le seuil minimal requis est atteint”.

-9. En ce qui concerne les attestations BA5, le cahier spécial des charges prévoit que le soumissionnaire fournit les documents suivants : “l’attestation BA5 de(s) personne(s) désignée(s) pour intervenir dans les cabines haute tension”.

La partie adverse observe que le critère n'exige pas la production de plusieurs attestations mais que la production d'une seule suffit.

À titre subsidiaire, la partie observe que les prescriptions techniques du cahier spécial des charges ne prévoient pas que les prestations en matière de haute tension requièrent nécessairement l'intervention de plusieurs travailleurs qualifiés.

D'une part, le critère de sélection et les prescriptions techniques substantielles sont muettes à ce sujet : une présentation du personnel n'est pas requise.

D'autre part, Madame l'Auditeur préjuge ici d'un éventuel problème d'exécution du marché, qui se situe en dehors de la phase de passation.

Au vu des développements qui précèdent, le deuxième moyen ne peut être fondé ».

E. Dernier mémoire de la partie requérante

Dans son dernier mémoire la partie requérante expose ce qui suit :

« 1) Position de l'Auditorat

a) Quant à la recevabilité

18. Madame l'Auditeur relève, tout d'abord, que la requérante se limiterait, dans le cadre de la requête en annulation, à critiquer la sélection de l'attributaire du marché sur la base des attestations relatives à des travaux similaires établies postérieurement à la date ultime de dépôt des offres. Dans son mémoire en réplique, la requérante étendrait toutefois sa critique à la sélection de la SA JACOPS ainsi que, pour l'attributaire du marché, à la validité des attestations BAS remises par celui-ci. La requérante étendrait également sa critique à l'admissibilité des références produites par les deux autres soumissionnaires au regard de la date de création de la SPRL DNP Électricité et des activités affichées par la SA JACOPS sur son site internet.

Madame l'Auditeur relève, à ce propos, qu'il ne serait pas nécessaire d'examiner plus avant l'admissibilité de l'extension de la première branche du deuxième moyen qui serait ainsi faite par la requérante dans son mémoire en réplique puisque le Conseil d'État serait tenu, “afin de préserver les droits de la défense, de pallier la confidentialité de plusieurs des pièces du dossier administratif en contrôlant le caractère admissible de l'acte attaqué au regard de ces documents, compte tenu, notamment, des prescriptions imposées par le cahier spécial des charges” (*sic*).

Au vu de ce qui précède, Madame l'Auditeur précise qu'elle entend examiner, dans le cadre de la deuxième branche du deuxième moyen, la question de la pertinence des références et attestations BAS produites par la SPRL DNP Électricité et la SA JACOPS.

Sur cette base également, Madame l'Auditeur souligne qu'elle entend examiner, dans le cadre de la première branche du deuxième moyen, la question de l'admissibilité de la référence produite par la SA JACOPS postérieurement à la date limite des offres au regard de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016.

b) Quant au fond

• Première branche

19. Selon Madame l'Auditeur, la jurisprudence admettrait que le pouvoir adjudicateur peut inviter un soumissionnaire à produire un document relatif à la sélection qualitative lorsque les informations transmises lui paraissent incomplètes sur la base de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016. Cependant, cette faculté ne pourrait être mise en œuvre que moyennant le respect des prescriptions du cahier

spécial des charges et du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires. Pour ce faire, il faudrait - sauf à priver de sens les termes "compléter" ou "explicitement" - qu'à la date limite du dépôt des offres, l'élément attesté par ce document existe effectivement. L'invitation à compléter les documents relatifs à la sélection qualitative ne devrait pas permettre d'assouplir les critères de sélection qualitative ni de modifier indirectement le contenu de l'offre. Madame l'Auditeur précise ensuite qu'un document portant une date postérieure à la date limite de dépôt des offres et déposé en application de l'article 66, § 3, de la loi du 17 juin 2016 pourrait être pris en considération dans le cadre la sélection qualitative uniquement s'il porte sur un élément dont l'existence, avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt des offres, est objectivement vérifiable.

Or, en l'espèce, Madame l'Auditeur relève que l'attestation remise par la SPRL DNP Électricité postérieurement au dépôt de son offre - soit par son courrier du 6 juin 2018 - serait datée du 1^{er} juin 2018 et porterait sur des prestations relatives à des cabines haute tension exécutées au cours de l'année "2017, 2018" sans autre précision, pour un montant de 55.000,00 EUR.

Madame l'Auditeur en déduit que cette attestation ne permettrait pas de ventiler les prestations d'entretien au regard de chacune des années couvertes et de vérifier que le montant minimal de 50.000,00 EUR par an serait atteint. Ce document ne permettrait pas non plus de vérifier que les prestations auxquelles il est fait référence n'ont pas été, à tout le moins pour partie, exécutées entre le 1^{er} avril et le 1^{er} juin 2018.

Au vu de ce qui précède, Madame l'Auditeur estime que l'acte attaqué porterait atteinte aux principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination ainsi qu'à l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges. Qui plus est, il ne serait pas adéquatement motivé et contiendrait une erreur manifeste d'appréciation.

Au surplus, Madame l'Auditeur déduit de l'examen des pièces confidentielles du dossier administratif que la référence invoquée par la SA JACOPS postérieurement au dépôt de son offre porterait sur des travaux effectués entre 2014 et 2017. Selon Madame l'Auditeur, le pouvoir adjudicateur aurait dès lors été en droit de prendre en compte cette référence, les prestations ayant été réalisées avant la date limite de dépôt des offres.

Madame l'Auditeur conclut des considérations qui précèdent que la première branche du deuxième moyen serait fondée.

• Deuxième branche

20. Madame l'Auditeur rappelle, tout d'abord, qu'une décision de sélection des soumissionnaires ou de reconnaissance de la régularité des offres pourrait faire l'objet d'une motivation plus succincte pour autant que la phase qui y a mené n'ait pas suscité de difficulté particulière "qui contraindrait alors le pouvoir adjudicateur à expliciter davantage les raisons pour lesquelles il a estimé que le candidat ou le soumissionnaire concerné répondait au critère à propos duquel cette difficulté pourrait faire surgir une contestation" (*sic*).

En l'espèce, Madame l'Auditeur considère qu'au vu des difficultés rencontrées par la partie adverse dans le cadre de la sélection qualitative, la motivation formelle de l'acte attaqué devrait, à tout le moins, permettre de comprendre en quoi les réponses apportées par la SPRL DNP Électricité et par la SA JACOPS permettraient de rencontrer celles-ci. En outre, la motivation de l'acte attaqué devrait être confirmée par les éléments qui ressortissent du dossier administratif.

Madame l'Auditeur précise ensuite qu'au vu de la confidentialité invoquée par la partie adverse, la requérante n'aurait pas eu accès aux attestations et références fournies par les autres soumissionnaires de sorte qu'il incomberait au Conseil d'État de vérifier que celles-ci permettaient bien à la partie adverse de motiver l'acte attaqué comme elle l'a fait.

Après analyse du dossier administratif, Madame l'Auditeur constate qu'il existerait plusieurs problèmes en ce qui concerne la sélection de la SPRL DNP Électricité et de la SA JACOPS.

En premier lieu, en ce qui concerne la SPRL DNP Électricité, la motivation

formelle de l'acte attaqué ne serait pas corroborée par les éléments du dossier administratif ou, à tout le moins, ne permettrait pas de comprendre quels sont les éléments qui ont permis à la partie adverse de considérer que les références retenues répondraient aux exigences du cahier spécial des charges. Ce faisant, l'acte attaqué porterait atteinte aux articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, aux articles 4 et 5 de la loi du 17 juin 2013 et au principe de la motivation interne des actes administratifs. L'acte attaqué porterait également atteinte au principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de non-discrimination ainsi qu'à l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges et contiendrait une erreur manifeste d'appréciation.

En deuxième lieu, en ce qui concerne la SA JACOPS, le constat de la partie adverse selon lequel les références à des prestations similaires déposées par ce soumissionnaire permettraient de considérer qu'il respecte l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges constituerait une erreur manifeste d'appréciation et porterait atteinte aux principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de non-discrimination et *Patere legem quam ipse fecisti*. La motivation de l'acte attaqué ne serait en outre pas admissible lorsqu'elle constate implicitement que cette attestation répondrait, à elle seule, à l'exigence du cahier spécial des charges de fournir trois références relatives à des prestations similaires d'un montant atteignant chacune le seuil minimal requis et ne permettrait, en toute hypothèse, pas de comprendre comment la partie adverse a pu légalement exercer son pouvoir d'appréciation.

En troisième et dernier lieu, en constatant que les attestations BA5 seraient présentes dans l'offre de la SPRL DNP Électricité et seraient valides, le pouvoir adjudicateur motiverait sa décision d'une manière qui ne serait pas conforme au contenu de ladite offre ainsi qu'aux exigences du cahier spécial des charges. En effet, au vu du critère de capacité technique ou professionnelle prévu par le cahier spécial des charges, l'appréciation du pouvoir adjudicateur ne pourrait porter que sur les attestations BA5 en lien avec la haute tension. Qui plus est, l'offre de l'attributaire du marché ne respecterait pas les exigences de la sélection qualitative et l'acte attaqué, en sélectionnant ce soumissionnaire, porterait atteinte aux principes d'égalité de traitement, de non-discrimination ainsi que *Patere legem quam ipse fecisti* et contiendrait une erreur manifeste d'appréciation.

Madame l'Auditeur en déduit que la deuxième branche du deuxième moyen serait fondée.

Madame l'Auditeur précise encore qu'étant donné que la sélection de la SPRL DNP Électricité et de la SA JACOPS serait entachée de diverses illégalités, la requérante, bien que classée en troisième position, récupérerait une chance de se voir attribuer le marché. Par voie de conséquence, la requérante présenterait l'intérêt requis pour l'ensemble des critiques soulevées dans le cadre du présent recours.

2) Thèse de la partie adverse

a) Quant à la recevabilité

21. La partie adverse fait valoir qu'elle ne pourrait suivre l'avis de Madame l'Auditeur lorsqu'elle considère qu'il n'y a pas lieu d'examiner plus avant l'admissibilité de l'extension de la première branche du deuxième moyen mais décide de pallier la confidentialité de plusieurs des pièces du dossier administratif en contrôlant le caractère admissible de l'acte attaqué au regard de ces documents, compte tenu, notamment des prescriptions du cahier spécial des charges.

En effet, selon la partie adverse, il résulterait de l'arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007 de la Cour constitutionnelle que la confidentialité pourrait être accordée à certaines pièces d'un dossier administratif "pour autant que la procédure puisse compenser le handicap sévère qui découle de cette confidentialité pour les parties qui y sont confrontées" (*sic*).

Or, en l'espèce, Madame l'Auditeur déduirait de cet arrêt que le Conseil d'État et, en l'occurrence, l'Auditorat, seraient autorisés à contrôler la régularité de l'acte attaqué au regard des pièces confidentielles du dossier administratif, et donc à

examiner la régularité de l'acte attaqué au-delà des moyens développés dans la requête en annulation.

Selon la partie adverse, cette interprétation autoriserait l'Auditorat et, par la suite, le Conseil d'État à soulever des moyens d'office en dehors des hypothèses généralement admises qui sont celles "de l'impossibilité pour la requérante de supposer l'existence d'un moyen avant d'avoir pris connaissance du dossier administratif et du moyen d'ordre public" (*sic*). En effet, il n'y aurait pas de lien automatique entre la confidentialité d'une pièce du dossier administratif et l'impossibilité de supposer l'existence d'un moyen.

En l'espèce, la partie adverse estime que la requérante aurait très bien pu envisager de soulever les nouveaux volets de son deuxième moyen sans prendre préalablement connaissance du dossier administratif. La requérante aurait d'ailleurs développé de nouveaux griefs dans son mémoire en réplique indépendamment de la prise de connaissance du dossier administratif. Dans le même ordre d'idées, il résulterait du courrier de la requérante du 29 septembre 2018 qu'elle aurait été en mesure de soulever lesdits griefs dès le stade de sa requête en annulation.

Au vu de ce qui précède, la partie adverse fait valoir que rien n'expliquerait ou ne justifierait que l'Auditorat se substitue à la requérante dans la formulation de nouveaux griefs ou moyens "en dehors des hypothèses classiques dans lesquelles un moyen peut être soulevé d'office ou tardivement par une partie" (*sic*).

Du reste, le caractère confidentiel des pièces examinées par Madame l'Auditeur ne justifierait pas que de nouveaux griefs soient examinés d'autorité sans trouver de fondement dans la requête en annulation. Telle ne serait pas la portée de l'arrêt n° 118/2007 du 19 septembre 2007 de la Cour constitutionnelle. En tout état de cause, à supposer même que cet arrêt puisse se voir reconnaître une telle portée, les considérations de l'espèce ne le justifieraient pas.

La partie adverse en déduit que le deuxième moyen serait partiellement irrecevable.

b) Quant au fond

22. La partie adverse fait, tout d'abord, valoir que Madame l'Auditeur ne comprendrait pas l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges de la même manière qu'elle. En effet, pour Madame l'Auditeur, les soumissionnaires devraient fournir une liste de trois prestations se rapportant à l'entretien de cabines haute tension pour un montant de 50.000,00 EUR HTVA/an et une liste de trois prestations se rapportant à des prestations de visites trimestrielles de cabines haute tension pour un montant de 50.000,00 EUR HTVA/an. Selon la partie adverse, ceci amènerait "un biais dans le raisonnement de Madame l'Auditeur et dans les conclusions qu'elle tire s'agissant de la régularité de l'examen de la sélection" (*sic*).

La partie adverse relève ensuite que Madame l'Auditeur se tromperait lorsqu'elle conclut que les soumissionnaires classés en première et deuxième positions ne répondraient pas au critère de capacité technique ou professionnelle prévu par l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges.

En effet, en premier lieu, il ressortirait, du dossier administratif que la SPRL DNP Électricité aurait fourni les documents requis et répondrait aux exigences prévues par l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges. Ainsi, les deux premières attestations prises en considération par la partie adverse auraient été jointes à l'offre de ce soumissionnaire et seraient relatives à l'entretien et à la mise en conformité. Elles porteraient sur des montants de 293.238,95 EUR et de 65.659,55 EUR. La troisième attestation prise en considération par la partie adverse serait celle communiquée sur interpellation de cette dernière et serait relative à l'entretien et à la mise en conformité (visites trimestrielles). Elle porterait sur un montant de 55.000,00 EUR.

En second lieu, en ce qui concerne la SA JACOPS, la partie adverse aurait pu considérer, sans commettre d'erreur manifeste, que celle-ci aurait présenté trois références relatives à l'entretien et aux visites trimestrielles des cabines haute tension d'un montant de 50.000,00 EUR HTVA/an chacune et qu'elle disposerait effectivement de la capacité technique et professionnelle pour exécuter le marché.

En troisième et dernier lieu, en ce qui concerne les attestations BA5, le cahier spécial des charges n'exigerait pas la production de plusieurs attestations mais prévoirait, au contraire, que la production d'une seule attestation serait suffisante. À titre subsidiaire, la partie adverse observe que les prescriptions techniques du cahier spécial des charges ne prévoiraient pas que les prestations en matière de haute tension requièrent nécessairement l'intervention de plusieurs travailleurs qualifiés. D'une part, le critère de capacité technique ou professionnelle prévu par l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges et les "prescriptions techniques substantielles" (*sic*) seraient muets à ce sujet. D'autre part, Madame l'Auditeur préjugerait ici d'un éventuel problème d'exécution du marché, qui se situerait en dehors de la phase de passation. La partie adverse en déduit que le deuxième moyen ne serait pas fondé.

3) Réplique de la requérante

a) Quant à la recevabilité

23. Pour autant que de besoin, il convient de rappeler que les moyens doivent être contenus dans la requête initiale ou proposés dans une requête ampliative recevable. Il n'en va autrement que lorsqu'une irrégularité n'a pas été connue du requérant qu'après le dépôt de la requête initiale, notamment, grâce à la consultation du dossier administratif. Néanmoins, il convient de relever que les moyens d'ordre public peuvent être soulevés en tout état de cause, pour autant, bien évidemment, que le recours soit recevable. En outre, ne constituent pas des moyens nouveaux, les arguments contenus dans le mémoire en réplique qui développent le contenu de la requête introductive ou réfutent le contenu du mémoire en réponse (J. SALMON et consorts, Le Conseil d'État de Belgique, Volume 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 895-896, Voy. égal. en ce sens : C.E., arrêt n° 162.642 du 22 septembre 2006, ROBETTE).

24. En l'espèce, après avoir pris connaissance du mémoire en réponse de la partie adverse, la requérante a soulevé, dans le cadre de la première branche du deuxième moyen, plusieurs griefs concernant la sélection de la SA JACOPS ainsi que la validité des attestations BA5 remises par l'attributaire du marché. La requérante a également soulevé plusieurs griefs concernant l'admissibilité des références produites par l'attributaire du marché et la SA JACOPS au regard de la date de création de la première et des activités affichées par la seconde sur son site internet. À ce propos, il convient, tout d'abord, de rappeler, que la requérante a critiqué, pour la première fois, la sélection de l'attributaire du marché et de la SA JACOPS aux termes de sa requête en annulation. En effet, la requérante a relevé, aux termes de ladite requête, que "l'acte attaqué ne permet pas de contrôler la manière dont la partie adverse a exercé son pouvoir d'appréciation concernant les références des prestations antérieures fournies par les soumissionnaires classés en première et deuxième positions" [...].

Ensuite, il faut souligner que la partie adverse soutient, dans son mémoire en réponse, que la requérante ne remettrait pas en cause le fait que l'offre de la SA JACOPS ait pu être complétée et n'établirait pas les raisons pour lesquelles ce soumissionnaire n'aurait pas dû être sélectionné [...].

Dès lors, en développant davantage ses griefs concernant la sélection de la SA JACOPS dans son mémoire en réplique, la requérante n'a fait qu'approfondir le contenu de sa requête introductive et réfuter le contenu du mémoire en réponse – ce qu'elle était parfaitement en droit de faire.

25. Dans le même ordre d'idées, la partie adverse fait valoir, dans son mémoire en réponse, que l'attributaire du marché "a remis plusieurs attestations BA5 pour les personnes appelées à intervenir dans le cadre de ce marché" [...].

Après avoir pris connaissance de cette affirmation, la requérante a été amenée à s'interroger sur l'admissibilité des attestations BA5 qui ont été fournies par l'attributaire du marché puisque cette société ne dispose que d'un seul travailleur. Cette affirmation - manifestement erronée - de la partie adverse a également

conduit la requérante à s'interroger, plus largement, sur l'admissibilité des documents présentés par l'attributaire du marché et la SA JACOPS afin de démontrer qu'ils répondent au critère de capacité technique ou professionnelle prévu par l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges.

Ce faisant, la requérante n'a fait que développer le contenu de la requête introductive et réfuter le contenu du mémoire en réponse – ce qu'elle était parfaitement en droit de faire.

26. Il convient encore de relever qu'au vu de la confidentialité invoquée par la partie adverse, la requérante n'a pas eu accès aux documents présentés par l'attributaire du marché et la SA JACOPS pour démontrer qu'ils répondent au critère de capacité technique ou professionnelle prévu l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges. Partant, la requérante n'avait, en réalité, d'autre choix que de formuler ses griefs à l'encontre la sélection de l'attributaire du marché et de la SA JACOPS en se fondant sur le rapport d'examen des offres et, par la suite, sur le mémoire en réponse et d'inviter, pour le surplus, Votre Conseil à procéder à un examen attentif des données de la cause sur la base, notamment, des pièces confidentielles du dossier administratif.

27. À ce propos, et contrairement à ce que soutient la partie adverse, Madame l'Auditeur était parfaitement en droit d'examiner les documents fournis par l'attributaire du marché et par la SA JACOPS dans le cadre de la sélection qualitative et de vérifier si ces documents sont conformes aux prescriptions du cahier spécial des charges.

En effet, comme le relève, à juste titre, Madame l'Auditeur, le Conseil d'État est tenu, afin de préserver les droits de la défense, de pallier la confidentialité des pièces du dossier administratif en contrôlant le caractère admissible de l'acte attaqué au regard de ces pièces, compte tenu, notamment, des prescriptions du cahier spécial des charges, comme cela résulte de l'arrêt VAREC de la Cour constitutionnelle n° 118/2007 du 19 septembre 2007.

Aux termes de son arrêt n° C-450/06 du 14 février 2008, la Cour de justice de l'Union européenne a considéré en ce sens que l'instance de recours “doit garantir la confidentialité et le droit au respect des secrets d'affaires au regard des informations contenues dans les dossiers qui lui sont communiqués par les parties à la cause, notamment par le pouvoir adjudicateur, tout en pouvant elle-même connaître de telles informations et les prendre en considération. Il appartient à cette instance de décider dans quelle mesure et selon quelles modalités il convient de garantir la confidentialité et le secret de ces informations, en vue des exigences d'une protection juridique effective et du respect des droits de la défense des parties au litige et, dans le cas d'un recours juridictionnel ou d'un recours auprès d'une instance qui est une juridiction au sens de l'article 234 CE, afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable” (C.J.U.E, arrêt n° C-450/06 du 14 février 2008, VAREC).

Dès lors, si les données confidentielles que l'instance de recours a en sa possession sont utiles, voire essentielles, à la résolution du litige et qu'elle décide de ne pas en ordonner la divulgation aux autres parties, elle doit prendre toutes les mesures utiles pour compenser l'atteinte portée au principe du contradictoire et aux droits de la défense (T. BOMBOIS, C. DUBOIS, “La conciliation de la protection du secret des affaires et du principe du contradictoire dans les recours en matière de marchés publics : l'arrêt Varec de la Cour de justice”, J. T., 2008/24, re 6316, p. 431).

En l'espèce, c'est dès lors à bon droit que Madame l'Auditeur a décidé de pallier la confidentialité des pièces du dossier administratif qui sont essentielles à la résolution du litige - à savoir les documents produits par l'attributaire et la SA JACOPS dans le cadre de la sélection qualitative - en contrôlant le caractère admissible de l'acte attaqué au regard de ces pièces, compte tenu, notamment, des prescriptions du cahier spécial des charges.

En agissant de la sorte, Madame l'Auditeur n'a pas examiné la régularité de l'acte attaqué “au-delà des moyens développés dans la requête” (*sic*), comme le soutient la partie adverse. À l'inverse, les problèmes relevés par Madame l'Auditeur dans l'acte attaqué au regard des pièces confidentielles du dossier administratif

s'inscrivent strictement dans les limites du deuxième moyen et, plus particulièrement, des dispositions visées audit moyen.

28. Au surplus, le fait que la requérante ait été en mesure de développer de nouveaux griefs dans son mémoire en réplique indépendamment de la prise de connaissance des pièces confidentielles du dossier administratif n'est pas de nature à remettre en cause les constatations qui précèdent. En effet, comme relevé ci-dessus, en développant davantage les griefs formulés dans le cadre de la première branche du deuxième moyen dans son mémoire en réplique, la requérante n'a fait qu'approfondir le contenu de la requête en annulation et réfuter le contenu du mémoire en réponse - ce qu'elle était parfaitement en droit de faire. Il n'en demeure pas moins que la requérante n'a pas eu accès aux documents présentés par l'attributaire du marché et la SA JACOPS pour démontrer qu'ils répondent au critère de capacité technique ou professionnelle prévu l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges. Elle n'était dès lors pas en mesure de faire utilement valoir ses moyens de défense sur ce point et il incombait, par conséquent, à l'Auditorat et, par la suite, à Votre Conseil de prendre toutes les mesures utiles pour compenser l'atteinte portée au principe du contradictoire et aux droits de la défense.

Dans le même ordre d'idées, les arguments que tirent la partie adverse du courrier que la requérante lui a adressé le 29 septembre 2018 ne peuvent manifestement être suivis. En effet, aux termes dudit courrier, la requérante a posé plusieurs questions à la partie adverse concernant l'admissibilité des références produites par l'attributaire du marché et la SA JACOPS pour démontrer qu'ils répondent au critère de capacité technique ou professionnelle prévu l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges. Or, faut-il rappeler que la partie adverse n'a jamais réservé la moindre réponse auxdites questions.

29. Au vu de ce qui précède, force est de constater que la requérante était parfaitement en droit d'approfondir, dans son mémoire en réplique, les griefs formulés dans le cadre de la première branche du deuxième moyen, comme elle l'a fait.

La partie adverse ne critique d'ailleurs pas le fait que la requérante ait développé davantage lesdits griefs dans son mémoire en réplique mais se contente de contester la décision de Madame l'Auditeur de pallier la confidentialité des pièces du dossier administratif en contrôlant le caractère admissible de l'acte attaqué au regard de certaines de ces pièces, compte tenu, notamment, des prescriptions du cahier spécial des charges.

Or, force est de constater que Madame l'Auditeur pouvait - et même devait - agir de la sorte afin de compenser l'atteinte portée au principe du contradictoire et aux droits de la défense de la requérante résultant de la demande de confidentialité formulée par la partie adverse.

Par conséquent, l'ensemble des griefs soulevés dans le cadre du deuxième moyen doivent être déclarés recevables.

b) Quant au fond

30. La requérante se réfère aux considérations exposées dans sa requête en annulation, dans son mémoire en réplique ainsi que dans le rapport de Madame l'Auditeur, qui permettent de démontrer que les deux branches du deuxième moyen doivent être déclarées fondées ».

VI.2. Appréciation du Conseil d'État

Le moyen met en cause les décisions prises par la partie adverse en vue de la sélection qualitative des soumissionnaires au regard de leur capacité technique ou professionnelle. Le point 16.3.1. du cahier spécial des charges prévoit, à titre d'exigence en la matière que le soumissionnaire devait produire les documents

suivants :

« 1) la présentation d'une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années à dater de l'ouverture des offres, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Afin de garantir un niveau de concurrence suffisant, les éléments de preuve relatifs à des services pertinents fournis il y a plus de trois ans peuvent être pris en compte ;

Est considéré comme suffisant le niveau d'exigence suivant : cette liste doit comprendre au minimum 3 prestations relatives à l'entretien des cabines H.T. et visites trimestrielles d'un montant de 50.000 € HTVA/an chacune.

2) L'attestation BA5 de(s) personne(s) désignée(s) pour intervenir dans les cabines H.T. ».

En sa première branche, le moyen reproche – en termes de requête – à la partie adverse d'avoir considéré que l'« attestation manquante » fournie le 1^{er} juin 2018 par l'attributaire pressenti du marché, à savoir le soumissionnaire DNP Electricité, permettait de décider que celui-ci disposait de la capacité technique à exécuter le marché telle qu'elle devait être attestée par la liste des principaux services visée à l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges, et ce alors que ce soumissionnaire aurait disposé dans ces circonstances d'un délai complémentaire pour l'obtention des références exigées. En sa seconde branche, il fait grief à l'acte attaqué de ne pas être adéquatement motivé, en ce qu'il ne permet ni de vérifier que les soumissionnaires classés en première et deuxième positions avaient bien fourni la liste des principaux services visée à l'article précité du cahier spécial des charges, ni de contrôler la manière dont la partie adverse a exercé son pouvoir d'appréciation à l'égard des références fournies.

A. Quant à la recevabilité du moyen

Dans son mémoire en réplique, la requérante étend le grief formulé au titre de la première branche en ce sens qu'elle soutient désormais qu'il porte sur l'acte attaqué en ce que la partie adverse y a également sélectionné le soumissionnaire JACOPS classé en deuxième position, alors que celui-ci aurait fait valoir des références établies postérieurement au dépôt de son offre. Elle étend, par ailleurs, le grief formulé par la deuxième branche en reprochant à la partie adverse d'avoir sélectionné l'attributaire pressenti du marché au regard de l'exigence de production des attestations BA5, cette sélection ne reposant manifestement pas sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit.

Même s'il est admis qu'en raison de la confidentialité de certaines pièces, l'argumentation développée en termes de requête soit plus succincte et n'empêche pas le Conseil d'État, qui a bien accès à ces pièces, d'examiner à la lumière de celles-ci les thèses soutenues par les parties à propos des questions suscitées par le moyen, il n'y a

pas lieu d'admettre la recevabilité des griefs formulés pour la première fois dans le mémoire en réplique alors qu'ils auraient pu l'être dès l'introduction de la requête.

Il s'ensuit que le moyen est recevable dans la limite de ce qui y est soutenu en termes de requête, mais non à l'égard des griefs auxquels il est étendu dans le mémoire en réplique.

B. Quant à la première branche

L'article 66, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit :

« Sans préjudice de l'article 39, § 6, alinéa 2, lorsque les informations ou les documents qui doivent être soumis par le candidat ou soumissionnaire sont ou semblent incomplets ou erronés ou lorsque certains documents sont manquants, le pouvoir adjudicateur peut demander au candidat ou soumissionnaire concerné de présenter, compléter, clarifier ou préciser les informations ou les documents concernés dans un délai approprié, à condition que ces demandes respectent pleinement les principes d'égalité de traitement et de transparence et, s'il est fait usage de la procédure ouverte ou restreinte, que cela ne donne pas lieu à une modification des éléments essentiels de l'offre ».

S'il est admis qu'en vertu de cette disposition le pouvoir adjudicateur puisse inviter un soumissionnaire à produire un document relatif à la sélection lorsque les informations transmises lui paraissent incomplètes, cette faculté ne peut être mise en œuvre que moyennant le respect des prescriptions du cahier spécial des charges et du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires. À cette fin, encore faut-il - sauf à priver de sens les termes « compléter » ou « préciser » - qu'à la date limite du dépôt de l'offre ou du dossier de candidature, l'élément attesté par ce document existe effectivement. L'invitation à compléter les documents relatifs à la sélection qualitative ne doit permettre ni d'assouplir les critères de sélection ni, encore, de modifier indirectement le contenu de l'offre elle-même.

Un document portant une date postérieure à la date limite d'ouverture des offres et déposé en application de l'article 66, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016 précitée peut, par conséquent, être pris en considération par un pouvoir adjudicateur dans le cadre de la sélection, uniquement s'il porte sur un élément dont l'existence avant l'expiration du délai fixé pour déposer offre est objectivement vérifiable.

En l'espèce, l'attestation remise postérieurement au dépôt de son offre par le soumissionnaire DNP ELECTRICITE, par son courrier du 6 juin 2018, est datée du 1^{er} juin 2018 et porte sur des prestations relatives à des cabines haute tension exécutées au cours de l'année « 2017, 2018 », sans autres précisions, pour un montant de « 55.000 euros ». Ce document ne permet pas de ventiler les prestations d'entretien

au regard de chacune des années couvertes et de vérifier que le montant minimal de 50.000 euros par an est atteint. Il ne permet pas non plus de vérifier que les prestations auxquelles il est fait référence n'ont pas été, à tout le moins en partie, accomplies entre le 30 avril 2018, date de l'ouverture des offres, et le 1^{er} juin 2018. Sous cet angle, la partie adverse ne démontre pas la légalité de son action au regard de l'article 66, § 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 juin 2016.

En tant qu'il reproche à l'acte attaqué de décider, sur la base de cette attestation du 1^{er} juin 2018, que ce soumissionnaire disposait de la capacité technique à exécuter le marché telle qu'elle devait être attestée par la liste des principaux services visée à l'article 16.3.1 du cahier spécial des charges, le moyen doit être déclaré fondé en sa première branche.

C. Quant à la deuxième branche

La décision par laquelle un pouvoir adjudicateur sélectionne les soumissionnaires doit être motivée formellement. L'obligation de motivation formelle, à laquelle le pouvoir adjudicateur est tenu en vertu des dispositions dont la violation est invoquée par le moyen, répond à une double exigence : elle doit permettre non seulement au destinataire de l'acte de comprendre les raisons qui ont amené l'autorité à adopter celui-ci, mais également au Conseil d'État de contrôler la manière dont cette autorité a, le cas échéant, exercé son pouvoir d'appréciation. Elle exerce notamment un tel pouvoir lorsque, comme en l'espèce, elle doit admettre ou, au contraire, refuser la conformité, aux exigences de capacités techniques et professionnelles, de références de prestations antérieures.

Par ailleurs, s'il est admis qu'une décision de sélection des soumissionnaires ou de reconnaissance de régularité de leurs offres puisse faire l'objet d'une motivation plus succincte, c'est lorsque la phase qui y a mené n'a pas suscité de difficulté particulière qui contraindrait alors le pouvoir adjudicateur à expliciter davantage les raisons pour lesquelles il a estimé que le candidat ou le soumissionnaire concerné répondait au critère à propos duquel cette difficulté pourrait faire surgir une contestation.

En l'espèce, la partie adverse a estimé – à propos des offres déposées tant par la S.P.R.L. DNP ELECTRICTE que par la S.A. JACOPS – qu'elle n'était pas en mesure de se prononcer sur leur sélection qualitative au vu des informations que ces sociétés lui avaient communiquées. Elle a dès lors décidé de mettre en œuvre la faculté offerte par l'article 66, § 3, alinéa 1^{er}, précité, de la loi du 17 juin 2016. Il résulte des courriers adressés le 28 mai 2018 à chacun de ces soumissionnaires que la partie adverse relevait les difficultés suivantes :

- Concernant la S.P.R.L. DNP ELECTRICITE :

« Dans le cadre de l'examen du DUME et des attestations joints à votre offre, nous avons constaté que les exigences de sélection qualitative n'étaient pas remplies en termes de capacité technique.

[...]

Or, deux des attestations jointes à votre offre concernent l'entretien et la mise en conformité mais la troisième ne concerne pas l'objet du marché.

Conformément à l'article 66, § 3, de la loi du 17/06/2016 et afin de compléter votre sélection qualitative, pourriez-vous nous faire parvenir une liste de minimum 3 prestations relatives à l'entretien des cabines H.T. et visites trimestrielles d'un montant de 50.000 € HTVA/an chacune, tout en précisant le destinataire public ou privé, la date, le montant, et les prestations réalisées dans le cadre du contrat.

Les deux prestations évoquées dans les attestations conformes jointes à l'offre peuvent être reprises dans cette liste, mais il y a lieu de préciser la parité entre la partie "entretien" et la partie "mise en conformité".

[...] » .

- Concernant l'offre de la S.A. JACOPS :

« [...]

Or, les attestations jointes à votre offre ne précisent pas clairement que les prestations réalisées sont relatives à l'entretien des cabines H.T. et visites trimestrielles.

Dès lors, conformément à l'article 66, § 3, de la loi du 17/06/2016 et afin de compléter votre sélection qualitative, pourriez-vous nous faire parvenir une liste de minimum 3 prestations relatives à l'entretien des cabines H.T. et visites trimestrielles d'un montant de 50.000 € HTVA/an chacune, tout en précisant le destinataire public ou privé, la date, le montant, et les prestations réalisées dans le cadre du contrat.

[...] » .

La S.P.R.L. DNP ELECTRICITE et la S.A. JACOPS ont toutes les deux répondu à la demande de la partie adverse en envoyant de nouvelles attestations, respectivement les 6 juin et 30 mai 2018. Au vu de celles-ci, le rapport d'analyse auquel l'acte attaqué se réfère énonce :

« Soumissionnaire 2 : DNP Electricité SPRL

[...]

Concernant la capacité technique :

- Il n'y a pas de référence en entretien tel que défini dans le CSC. L'auteur de projet estime qu'il s'agit de mise en conformité suivie d'un entretien.

En date du 28.05.2018, le Pouvoir adjudicataire invite le soumissionnaire à compléter sa sélection qualitative. La société a répondu le 06.06.2018 et fourni l'attestation manquante. Dans son courrier, il précise la part d'entretien et de mise en conformité. Le seuil minimal requis est atteint.

La durée des prestations s'étalant sur plusieurs années, la capacité technique est confirmée.

- Les attestations BA5 sont présentes dans l'offre et valides.
[...]

Soumissionnaire 3 : JACOPS S.A.

[...]

Concernant la capacité technique :

- Le soumissionnaire joint à son offre des attestations de bonne exécution. Le pouvoir adjudicateur considère qu'au travers de ses attestations, la société a bien la maîtrise dans le domaine de la haute tension. Cependant, il souhaite que la société confirme la parité entre le montage de nouvelles installations et l'entretien correspondant aux exigences du CSC.

En date du 28.05.2018, le Pouvoir adjudicataire invite le soumissionnaire à compléter sa sélection qualitative. La société a répondu le 30.05.2018 et fournit 3 attestations dont 2 se rapportent à la moyenne tension. L'unique attestation prise en compte, couvre plusieurs années ; les prestations d'entretien et de visites trimestrielles sont clairement mentionnées et le seuil minimal requis est atteint.

- Les attestations BA5 sont présentes dans l'offre et valides ».

Eu égard aux difficultés relevées par la partie adverse dans ses courriers du 28 mai 2018, la motivation formelle de l'acte attaqué doit, à tout le moins, permettre de comprendre en quoi les réponses apportées par la S.P.R.L. DNP ELECTRICTITE et par la S.A. JACOPS rencontrent les objections émises initialement. La motivation avancée doit, du reste, être confirmée par les éléments ressortant du dossier administratif. Au vu de la confidentialité invoquée par la partie adverse – non contestée par la requérante –, cette dernière n'a pas eu accès aux attestations et références fournies par ses concurrents. Il incombe dès lors au Conseil d'État de vérifier que celles-ci permettaient bien à la partie adverse de motiver l'acte attaqué tel qu'en l'espèce.

L'examen des références ainsi produites appelle notamment les observations suivantes :

À propos de la S.P.R.L. DNP ELECTRICITE :

Pour répondre au premier critère de sélection qualitative quant à la capacité technique ou professionnelle, la société DNP Electricité avait initialement déposé trois attestations de services prestés, dont l'une avait – comme cela ressort du courrier de la partie adverse du 28 mai 2018 – été rejetée d'office par la partie adverse, au motif qu'elle ne concernait pas l'objet du marché (plus particulièrement l'entretien et la mise en conformité de cabines « haute tension »). La partie adverse avait, par ailleurs, considéré que les deux autres références invoquées pouvaient être admises à condition que le soumissionnaire précise la « parité entre la partie "entretien" et la partie "mise en conformité" ». Au vu des suites réservées par le soumissionnaire à l'invitation à compléter et préciser son dossier de sélection, la partie adverse semble avoir finalement admis les deux références invoquées initialement, selon ce que permet de considérer la lecture du rapport d'analyse des offres auquel se réfère l'acte

attaqué. Ce même rapport d'analyse incite à retenir que c'est « l'attestation manquante », fournie en réponse à l'invitation adressée au soumissionnaire le 28 mai 2018, qui a déterminé la partie adverse à décider que ce soumissionnaire répondait au critère de sélection en cause.

À propos, précisément, de la nouvelle référence que contenait cette « attestation manquante » fournie en réponse à l'invitation du 28 mai 2018 et dont il apparaît qu'elle est déterminante dans la sélection de l'attributaire du marché, il doit être observé ce qui suit : dans le courrier par lequel ce soumissionnaire soumet cette référence complémentaire, il précise que la part des prestations relatives à l'entretien de cabines haute tension s'élève normalement à 95 % mais tend à glisser vers 80 %. Le *ratio* de 95 % ne paraît dès lors pas pouvoir être retenu. Au vu du montant renseigné pour l'ensemble des prestations (55.000 euros HTVA), si l'on applique un *ratio* entre 90 et 80 %, le montant des prestations « entretien » n'atteint plus le seuil minimal de 50.000 euros HTVA/an. En outre, et à supposer même que soit retenu un *ratio* entre 95 et 90 %, il conviendrait, en toute hypothèse, de vérifier que le seuil requis soit atteint, et ce alors qu'il est indiqué que le contrat couvre des prestations tant pour l'année 2017, que pour l'année 2018, de telle sorte que le montant des prestations couvertes par l'attestation devrait être ventilé sur ces deux années. A cela s'ajoute le fait, mis en évidence par la réponse à la première branche du moyen, que l'attestation produite ne permet pas d'établir avec certitude que les prestations couvertes ont toutes été prestées avant la date ultime du dépôt des offres. La motivation de l'acte attaqué n'aborde aucunement ces questions, de sorte qu'elle ne permet pas de comprendre ce qui a déterminé la partie adverse à admettre que la référence de services ainsi portée à sa connaissance par le courrier du 6 juin 2018 et qu'elle a tenue, au vu des antécédents de la procédure de passation, pour déterminante, contribuait à rencontrer les exigences fixées par le premier critère de sélection relative à la capacité technique ou professionnelle.

À propos de la S.A. JACOPS :

En réponse à la demande de précision de la partie adverse, la S.A. JACOPS a déposé de nouvelles références, dont une seule porte sur des prestations se rapportant à la haute tension. La partie adverse relève à ce propos : « La société a répondu le 30.05.2018 et fourni 3 attestations dont 2 se rapportent à la moyenne tension. L'unique attestation prise en compte, couvre plusieurs années ; les prestations d'entretien et de visites trimestrielles sont clairement mentionnées et le seuil minimal requis est atteint ».

C'est donc au regard de l'unique attestation relative à des prestations se rapportant à la haute tension que la partie adverse apparaît justifier la sélection de ce

soumissionnaire.

Avant tout, il doit être relevé que – si c’est à juste titre la partie adverse a considéré que les autres attestations produites le 30 mai 2018 ne pouvaient pas être prises en considération, dès lors qu’elles se rapportent à des installations de moyenne tension – la motivation de l’acte attaqué ne permet pas de comprendre en quoi la partie adverse a pu admettre que cette attestation unique de services se rapportant à la haute tension répondait, à elle seule, à l’exigence du cahier spécial des charges de fournir trois références relatives à des prestations similaires d’un montant atteignant chacune le seuil minimal requis.

Ensuite, l’examen de la seule attestation retenue révèle que celle-ci porte sur des prestations d’entretien et de visites trimestrielles de cabines haute tension et couvre plusieurs années (une période de 4 années). Le montant de l’attestation devait, en conséquence, être ventilé au regard de ces différentes années. Aucun élément du dossier administratif ne paraît de nature à éclairer la partie adverse sur ce point et la motivation de l’acte attaqué n’aborde pas cette question. Dès lors que le montant total renseigné s’élève à 91.572,05 euros HTVA et est présenté comme « solde du 30/11/2017 », et compte tenu du seuil de minimum 50.000 euros HTVA/an qui est imposé par le cahier spécial des charges, l’attestation ne pourrait, apparemment, valoir au mieux que pour une prestation ayant l’objet visé au point 16.3.1. du cahier spécial des charges, sans qu’il soit établi que le seuil imposé était effectivement atteint.

À la lumière de ces observations, il apparaît que la motivation de l’acte attaqué ne permet pas de comprendre ce qui a déterminé la partie adverse à décider que le soumissionnaire JACOPS démontrait sa capacité technique ou professionnelle au regard du premier des deux critères fixés à cette fin.

Il ressort de l’ensemble de ces considérations que le moyen doit être déclaré fondé en sa deuxième branche.

VII. Autres moyens

Les autres moyens, s’ils étaient fondés, ne pourraient mener à une annulation plus étendue. Il n’y a dès lors pas lieu de les examiner.

VIII. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie requérante sollicite une indemnité de procédure liquidée au montant de base de 700 euros.

Depuis l'entrée en vigueur, le 9 juillet 2022, de l'arrêté ministériel du 22 juin 2022 relatif à l'indexation de l'indemnité de procédure visée à l'article 67 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, le « montant de base » de l'indemnité de procédure s'élève désormais à 770 euros.

Il y a lieu, dès lors, lieu d'accorder une indemnité de procédure de 770 euros à la partie requérante.

L'annulation de l'acte attaqué justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés à la partie adverse.

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

Article 1^{er}.

La « décision du Collège des Bourgmestre et échevins de la Ville de Charleroi du 21 août 2018 aux termes de laquelle celle-ci a décidé d'attribuer le marché public de services relatif à "l'entretien des cabines haute tension et visites trimestrielles" à la SPRL DNP Électricité » est annulée.

Article 2.

La partie adverse supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 770 euros accordée à la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le 23 février 2023 par :

Imre Kovalovszky,
David De Roy,
Florence Piret,
Nathalie Roba,

président de chambre,
conseiller d'État,
conseiller d'État,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie Roba

Imre Kovalovszky