

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.892 du 20 décembre 2012

G./A.207.241/VI-19.826

En cause : **la société anonyme ETABLISSEMENTS KARL BOUVE,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe HOREMANS, avocat,
rue de la Souvenance, n° 17,
7522 Tournai,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée Toit & Moi,

ayant élu domicile chez
Me Dominique LAGASSE, avocat,
chaussée de la Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 6 décembre 2012, la société anonyme ETABLISSEMENTS KARL BOUVE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la délibération du conseil d'administration de la S.C.R.L. TOIT & MOI du 9 novembre 2012, par laquelle la partie adverse a décidé :

- D'évincer la SA K.BOUVE, société requérante, pour l'attribution du marché de services du lot 2 «Chaudières collectives : entretiens et réparations» - CSC n° S/13/150.
- D'attribuer le marché de services du lot 2 «Chaudières collectives : entretiens et réparations» - CSC n° S/13/150 à «un autre soumissionnaire» (sic !).

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 6 décembre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 17 décembre 2012 à 10 heures 30.

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

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Audrey VAN HIMST, loco Me Philippe HOREMANS, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Alexandre FRAIKIN, loco Me Dominique LAGASSE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

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

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

III. EXPOSE DES FAITS

Les faits utiles à l'examen de la présente demande peuvent être exposés comme suit :

III. 1. Par un avis de marché du 29 juin 2012, la partie adverse, société de logements de service public, a lancé une procédure de marché public de services par adjudication publique soumise à publicité européenne pour deux lots destinés aux prestations d'entretien et de réparation à destination des installations individuelles (lot 1 : S/13/064) et collectives (lot 2 : S/13/035) de production de chauffage et d'eau chaude sanitaire.

Le marché a été prévu pour une durée de deux ans à dater du 1^{er} janvier 2013, avec la possibilité d'une reconduction pour une durée de 2 ans.

III. 2. Le cahier spécial des charges autorisait une variante facultative consistant en une opération de maintenance en garantie totale (couvrant ainsi tant l'entretien que la réparation).

III. 3. Par un courrier daté du 28 août 2012, que la partie adverse déclare avoir reçu le vendredi 7 septembre 2012, la requérante a demandé une explication concernant la variante facultative. L'objet du courrier était libellé comme suit en son titre :

" Madame,

Concerne : Marché S/13/150 – Chauffage et production d'eau chaude – Entretien et réparations d'installations
Soumission du lundi 10 septembre 2012 à 10h
Lot 1 du marché de services «S/13/064».
Variante chauffage et production d'eau chaude : Entretien et réparations d'installations individuelles
Lot 2 du marché de services «S/13/035» - Variante
Chauffage et production d'eau chaude : Entretien et réparations d'installations collectives
Adjudication publique"

Le courrier poursuivait en indiquant notamment :

" Dans les pages jaunes formulaire d'engagement

il y a d'abord

Lot 1 du marché de service : «S/13/064» entretiens et réparations individuelles avec métré payés 1/2 et 2/2

Prix Lot 2 du marché de service : «S/13/035» entretiens et réparations [d]'installations collectives avec métré 1/1

Ensuite il y a :

Lot 1 chaudières individuelles «S/13/064» VARIANTE avec métré 1/1

Lot 2 : chaufferies collectives «S/13/035» VARIANTE avec métré 1/1

Pouvez-vous m'expliquer la différence s'il vous plaît".

III. 4. Par courrier du mardi 11 septembre 2012, transmis à tous les candidats, la partie adverse a répondu comme suit à la question précitée de la requérante :

" Dans le formulaire d'engagement, la variante consiste [en] une remise d'offre pour un marché en garantie totale."

III. 5. Bien que fixée initialement au 10 septembre 2012, la date d'ouverture des offres a été reportée au 24 septembre 2012, afin de maintenir l'égalité des candidats.

III. 6. Au terme de cette ouverture des offres, il est apparu que les offres suivantes avaient été introduites :

- Pour le lot 1 (les montants ci-après n'incluent pas la TVA) :

o La société DALKIA a introduit une offre de base (388.236,27 EUR) et une variante (864.242,20 EUR).

o La société ENVISYS a introduit une offre de base (266.119,11 EUR) et une variante (207.276 EUR);

- o La société GSH BELGIUM a introduit une offre de base (329.717,30 EUR) et une variante (711.779 EUR);

Ces trois soumissionnaires ont chacun introduit leurs deux offres sur les formulaires idoines et ont accompagné celles-ci à chaque fois de l'inventaire récapitulatif complété pour l'offre de base et de l'inventaire récapitulatif complété pour la variante.

- o La requérante n'a, quant à elle, complété que le formulaire consacré à la variante, en garantie totale, sans :
 - s'engager sur le formulaire consacré à l'offre de base,
 - joindre au formulaire qu'elle a complété, portant sur la variante facultative, l'inventaire récapitulatif consacré à cette variante, et
 - signer l'inventaire récapitulatif relatif à l'offre de base qu'elle a joint à son formulaire d'engagement pour la variante facultative.

Enfin, sa déclaration sur l'honneur et son attestation de non application des conditions générales de vente se réfèrent au lot 1 «pour la variante», mention qu'elle a inscrite à la main.

- Pour le lot 2 (les montants ci-après n'incluent pas la TVA) :
 - o la requérante a introduit une offre de base (20.260 EUR) et une variante (13.050 EUR);
 - o La société DALKIA a introduit une offre de base (43.772,49 EUR) et une variante (47.354,09 EUR);
 - o La société ENVISYS a introduit une offre de base (9.485 EUR) et une variante (552 EUR);
 - o La société GSH BELGIUM a introduit une offre de base (44.692,14 EUR) et une variante (66.917,48 EUR); et
 - o La société IMTECH BELGIUM a introduit une offre de base (24.690,52 EUR) et une variante (2.148,79 EUR).

Pour ce second lot, la requérante a bien complété les deux inventaires récapitulatifs consacrés, l'un à l'offre de base, l'autre à la variante; elle s'est en outre engagée cette fois explicitement – bien que sur le même formulaire consacré à l'offre de base – à la fois pour l'offre de base et pour la variante.

III. 7. Par courriers recommandés du 27 septembre 2012 (à la requérante et aux sociétés GSH BELGIUM, ENVISYS et DALKIA) et du 19 octobre 2012 (à la société IMTECH BELGIUM, qui a remis une offre le 24 septembre 2012 pour le lot 2 uniquement), la partie adverse a invité chacun des soumissionnaires à lui remettre

endéans les douze jours les preuves relatives à la sélection technique qui manquaient dans leurs offres.

Suite à ce courrier, les soumissionnaires ont répondu en remettant des attestations complémentaires, à l'exception de la société GSH BELGIUM et de la société ENVISYS.

La requérante n'a pas remis d'attestation d'agrégation G1 et G2 mais a indiqué ce qui suit par un courrier du 9 octobre 2012 :

" Nous joignons une copie de l'inscription que nous demandons depuis mai 2012 pour deux de nos techniciens mais cette formation ne débutera qu'à partir du 12 novembre 2012. Ces deux techniciens sont agréés CERGA (voir annexes).

[...]

Nous vous rappelons que les agrégations G1 et G2 ne seront d'application qu'en 2013."

La requérante a joint un courriel du 24 août 2012 du centre IFAPME de Charleroi accusant bonne réception de la demande d'inscription à la formation G1, libellé comme suit :

" Nous accusons bonne réception des inscriptions de Messieurs François et Dardenne à la formation «Techniciens G1 – Formation longue» qui débute le 12 novembre 2012."

Elle n'a cependant pas pu fournir la preuve d'une inscription à la formation G2.

III. 8. Sur la base des documents que la partie adverse a reçus dans le délai requis de douze jours, son service achats a vérifié si les soumissionnaires remplissaient les critères de sélection pour chacun des deux lots.

En ce qui concerne la capacité technique, le point 6 de la première partie du cahier spécial des charges a prévu, pour les deux lots, l'exigence d'une agrégation Cerga, d'une agrégation G1 et d'une agrégation G2 pour au moins deux membres du personnel d'exécution, et pour le lot 1 spécifiquement (chaudières individuelles), une preuve de la connaissance technique des chaudières Bulex.

Le service achats de la partie adverse est parvenu aux conclusions suivantes en ce qui concerne le respect des critères de sélection par les soumissionnaires :

- Pour le lot 1 :

- o En ce qui concerne la requérante : le service achats a reconnu la formation Cerga et G1 qui pourrait donner lieu à des agrégations correspondantes le 1^{er} janvier 2013, tout en constatant que l'agrégation G2 était manquante;
- o En ce qui concerne la société DALKIA : l'ensemble des documents requis ont été obtenus;
- o En ce qui concerne la société GSH BELGIUM : absence de preuve des agrégations G1, G2, Cerga et Bulex;
- o En ce qui concerne la société ENVISYS : absence de preuve des agrégations G1, G2, Cerga et uniquement une déclaration sur l'honneur de la formation Bulex.

Le service achats en a déduit, d'une part, que la société GSH BELGIUM et la société ENVISYS ne pouvaient pas être sélectionnés, et d'autre part, que la société DALKIA et la requérante pouvaient être sélectionnés.

Il a estimé que la requérante pouvait être sélectionnée malgré l'absence de preuve d'agrégation G2 parce que cette agrégation n'était utile que pour les chaudières collectives, faisant l'objet du lot 2, et non les chaudières individuelles faisant l'objet du lot 1. Le service achats s'est exprimé comme suit dans sa proposition :

- " Le soumissionnaire BOUVE a rentré les documents demandés tardivement. A noter que les agrégations G1 et Cerga ne seront effectives qu'au 1^{er} janvier 2013 étant donné que les formations doivent être suivies fin 2012. Quant à l'agrégation G2 (relative aux chaudières collectives – lot 2), aucune inscription n'a pu être fournie étant donné que cette formation ne peut se suivre que si l'agrégation G1 est acquise.
Le service achats sélectionne le soumissionnaire BOUVE sous réserve d'obtention des attestations requises au 01/01/2013."

- Pour le lot 2 :

- o En ce qui concerne la requérante, l'absence de preuve d'agrégation G2 a été retenue comme motif de non sélection, étant donné que celle-ci est nécessaire pour les chaudières collectives, faisant l'objet du lot 2.

Il a ainsi précisé, concernant cette dernière agrégation :

- " Quant à l'agrégation G2, aucune inscription n'a pu être fournie étant donné que cette formation ne peut se suivre que si l'agrégation G1 est acquise.

Le service achats ne sélectionne pas le soumissionnaire BOUVE pour le lot 2 étant donné que l'obtention des attestations requises au 01/01/2013 n'est pas envisageable."

- o Les mêmes conclusions que pour le lot 1 ont été tirées en ce qui concerne les sociétés DALKIA (sélection), GSH BELGIUM et ENVISYS (non sélection en raison des mêmes documents manquants que pour le lot 1);

o Enfin, en ce qui concerne la société IMTECH BELGIUM, qui a fait offre uniquement pour le lot 2, le service achats a constaté qu'elle ne pouvait pas être sélectionnée en raison de l'absence de preuve de la prolongation de l'agrément Cerga.

III. 9. Le service achats de la partie adverse a ensuite procédé à l'examen de la régularité des offres des soumissionnaires. Il est parvenu aux conclusions suivantes :

- En ce qui concerne le lot 1 :

o la seule offre de la requérante, remplie dans le formulaire « variante », n'a pas été considérée comme conforme pour les raisons suivantes :

" Le soumissionnaire BOUVE a complété le formulaire de soumission pour la variante mais a complété l'inventaire de l'offre de base. De plus, l'inventaire ne comporte qu'un paraphe au niveau d'une correction. Cette irrégularité est considérée comme substantielle et entraînant la nullité de l'offre étant donné que cette irrégularité a une influence sur l'engagement formel du soumissionnaire sur l'objet du marché.";

o les offres de base et de variante de la société DALKIA ont été considérées conformes, bien que l'inventaire n'ait pas été signé, parce que le montant global qu'il renseignait correspondait au montant indiqué dans le formulaire d'engagement, signé quant à lui, de sorte que l'irrégularité n'a pas été considérée comme substantielle.

- En ce qui concerne le lot 2 : les offres de base et de variante de la société DALKIA, seul soumissionnaire ayant rempli les critères de sélection, ont été considérées comme conformes, bien que l'inventaire n'ait pas été signé, parce que le montant global qu'il renseignait correspondait au montant indiqué dans le formulaire d'engagement, signé quant à lui, de sorte que cette irrégularité n'a pas été considérée comme substantielle.

III. 10. Enfin, après une comparaison des offres de base et de variante de la société DALKIA, et en tenant compte du rabais offert par celle-ci en cas d'obtention du marché pour les deux lots, le service achats a considéré comme étant la plus basse :

- pour le lot 1: l'offre de base de la société DALKIA avec réduction pour les deux lots (380.471,54 EUR hors TVA); et

- pour le lot 2: l'offre de base de la société DALKIA avec réduction pour les deux lots (42.897,04 EUR hors TVA).

Il a donc proposé que ces deux offres soient retenues pour les deux lots.

III. 11. Par une décision du 9 novembre 2012, le conseil d'administration de la partie adverse a approuvé ces propositions de son service achats et attribué le marché pour

les deux lots à la société DALKIA, sur la base des deux offres retenues par le service achats.

Dans cette décision, la partie adverse a indiqué ce qui suit en ce qui concerne l'irrégularité de l'offre de la requérante pour le lot 1:

" Considérant que dans le cadre de la régularité des offres remises pour le lot 1 «Chaudières individuelles : entretiens et réparations», le soumissionnaire BOUVE a complété l'inventaire d'offre de base sans le signer et s'est engagé sur le formulaire d'engagement pour la variante; que le service Achats considère cette confusion comme une absence d'engagement formelle [sic] de la part du soumissionnaire constituant une irrégularité substantielle entraînant la nullité de l'offre;"

Elle a indiqué ce qui suit en ce qui concerne l'absence de sélection de la requérante pour le lot 2 :

" Considérant que dans le cadre de la sélection qualitative relative au lot 2 «Chaufferies collectives : entretiens et réparations», le soumissionnaire BOUVE a renvoyé tous les documents demandés, mais que les agréments G1 et Cerga ne pourront être effectives qu'à partir du 1^{er} janvier 2012 et sous conditions de réussite des formations, qu'il est impossible que l'agrément G2 requise spécifiquement pour ce lot soit effective au 1^{er} janvier 2013, le service achats ne sélectionne pas le soumissionnaire BOUVE;"

Les différents chefs de décision relatifs au lot 1 constituent l'acte attaqué par le recours enrôlé sous le n° G./A.207.229/VI-19.823. Ceux relatifs au lot 2 du marché litigieux font l'objet du présent recours.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen, pris de la "violation des articles 1 et suivants de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs et violation de l'article 65/5- 7° de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics". Elle l'expose en ces termes :

" En vertu des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, ceux-ci doivent faire l'objet d'une motivation consistant en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision. Cette motivation doit être adéquate.

De même, en vertu de l'article 65/4 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics, l'autorité adjudicatrice doit établir une décision d'attribution motivée.

Par ailleurs, en vertu de l'article 65/5, 7° de la loi du 24 décembre 1993, cette décision motivée doit comporter les noms du soumissionnaire retenu et des

soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes.

En l'espèce, la seule «motivation» connue de la requérante est :

«Veuillez trouver ci-dessous les motifs de l'éviction de votre non-sélection : absence de documents probants requis dans le cadre de la sélection technique des soumissionnaires».

«Motivation» relative à la phase de sélection que la partie adverse expose pourtant dans un courrier visant la «non-attribution», soit la phase d'adjudication !

A supposer même que le pouvoir adjudicateur excipe d'une justification particulière au cours de la présente procédure et à condition que cette justification soit régulière, il conviendrait alors de constater que la décision de non-attribution n'était pas adéquatement motivée au regard des dispositions visées au moyen, qui imposent au pouvoir adjudicateur de faire connaître à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été retenue les raisons de fait et de droit de son éviction.

En ne faisant pas connaître à la requérante la justification de cette «absence de documents probants requis dans le cadre de la sélection technique» et du caractère substantiel pour la comparaison des offres de cette confusion, à la considérée établie, le pouvoir adjudicateur viole son obligation de communiquer au soumissionnaire évincé les motifs de droit et de fait de son éviction, de sorte que l'exécution de la décision doit, en toute hypothèse, être suspendue.

La motivation de l'acte attaqué est par voie de conséquence insuffisante.

En conclusion, le premier moyen est sérieux et la décision attaquée doit être suspendue."

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute le moyen en ces termes :

" 20. La décision d'attribution du marché indique bien le nom du soumissionnaire dont l'offre a été retenue et des autres soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie (en l'espèce il n'y en a pas d'autres que Dalkia); sur ce point, le moyen manque en fait [...].

21. En vertu de l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la décision d'attribution ne doit pas être notifiée aux soumissionnaires non sélectionnés, ce qui est le cas de la requérante. Cet article dispose en effet comme suit :

«§ 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :

1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;

2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;

3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.»

Cette décision doit être notifiée uniquement aux soumissionnaires (sélectionnés et dont l'offre a été jugée régulière), retenus ou non.

Seuls les motifs de l'éviction de la requérante résultant de sa non sélection devaient donc être communiqués à celle-ci – ce qui a été fait -, et non le nom des soumissionnaires et les motifs de son choix.

Sur ce point, le premier moyen manque en droit.

22. La décision d'attribution du marché indique bien quant à elle le nom du soumissionnaire et des autres soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie (en l'espèce il n'y en a pas d'autres que Dalkia); sur ce point, le premier moyen manque en fait [...].

23. Enfin, les motifs de l'irrégularité de l'offre de la requérante ont bien été communiqués à celle-ci, à savoir l'absence de documents probants requis dans le cadre de la sélection technique des soumissionnaires.

La simple lecture de ce motif, à qui les documents manquants avaient été réclamés et qui savait qu'elle n'avait pas envoyé de preuve d'agrégation G1 et G2 mais bien uniquement une preuve d'inscription à la formation G1 – alors que l'agrégation G2 était nécessaire pour pouvoir exécuter le marché, relatif aux chaudières collectives – permettait à la requérante de comprendre que l'absence de documents probants portait sur cette attestation G2.

Enfin, l'absence de rencontre par la requérante de cette conditions de sélection nécessaire à l'exécution du marché ne pouvait qu'entraîner la non sélection de la requérante.

24. Le courrier d'information, certes concis, était donc motivé de façon adéquate."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Les articles 65/4, 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services sont libellés comme suit :

- " Art. 65/4. L'autorité adjudicatrice établit une décision motivée :
- 1^o lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée sans publicité;
 - 2^o lorsqu'elle décide de recourir à une procédure négociée avec publicité dans les secteurs classiques;
 - 3^o lorsqu'elle décide de la qualification ou du retrait de la qualification dans le cadre d'un système de qualification dans les secteurs spéciaux;
 - 4^o lorsqu'elle décide de la sélection des candidats quand la procédure comprend une première phase impliquant l'introduction de demandes de participation;
 - 5^o lorsqu'elle attribue un marché, quelle que soit la procédure;
 - 6^o lorsqu'elle renonce à la passation du marché et, le cas échéant, décide de lancer un nouveau marché.

Dans les cas mentionnés à l'alinéa 1^{er}, 1^o et 2^o, les motifs de la décision doivent exister au moment où celle-ci est prise mais la décision motivée peut cependant être établie a posteriori, et au plus tard lors de l'établissement de la décision d'attribution visée à l'alinéa 1^{er}, 5^o.

Dans le cas visé à l'alinéa 1^{er}, 5^o, si la décision d'attribution ne peut être établie immédiatement, celle-ci est établie a posteriori, et au plus tard dans les quinze jours qui suivent la décision, dans les hypothèses visées aux articles 17, § 2, 1^o, b, alinéa 2, 2^e tiret, et c, 39, § 2, 1^o, c, et 3^o, b et c, et 59, § 2, 1^o, d, et 4^o, b et c."

"Art. 65/5. La décision motivée visée à l'article 65/4 comporte, selon la procédure et le type de décision :

1° le nom et l'adresse de l'autorité adjudicatrice, l'objet et le montant du marché à approuver;
2° en cas de procédure négociée, les motifs de droit et de fait justifiant ou permettant le recours à cette procédure;
3° les noms des candidats ou des soumissionnaires;
4° en cas de système de qualification dans les secteurs spéciaux :
- les noms des candidats qualifiés et non qualifiés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable;
- les noms des candidats dont la qualification est retirée et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, fondés sur les critères et règles de qualification établis au préalable;
5° les noms des candidats ou soumissionnaires non sélectionnés et sélectionnés et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes;
6° les noms des soumissionnaires dont l'offre a été jugée irrégulière et les motifs de droit et de fait de leur éviction. Ces motifs sont notamment relatifs au caractère anormal des prix et, le cas échéant, à la décision de non-équivalence des solutions proposées par rapport aux spécifications techniques ou à leur non-satisfaction par rapport aux performances ou aux exigences fonctionnelles prévues;
7° les noms du soumissionnaire retenu et des soumissionnaires dont l'offre régulière n'a pas été choisie et les motifs de droit et de fait des décisions y afférentes, en ce compris les caractéristiques et les avantages relatifs de l'offre retenue;
8° les motifs de droit et de fait pour lesquels l'autorité adjudicatrice a éventuellement renoncé à passer le marché et, le cas échéant, l'indication de la nouvelle procédure d'attribution suivie."

"Art. 65/8. § 1^{er}. Dès qu'elle a pris la décision d'attribution, l'autorité adjudicatrice communique :

1° à tout soumissionnaire non sélectionné, les motifs de sa non-sélection, extraits de la décision motivée;
2° à tout soumissionnaire dont l'offre a été jugée irrégulière, les motifs de son éviction, extraits de la décision motivée;
3° à tout soumissionnaire dont l'offre n'a pas été choisie et au soumissionnaire retenu, la décision motivée.

La communication visée à l'alinéa 1^{er} comprend également, le cas échéant :

1° la mention précise de la durée exacte du délai visé à l'article 65/11, alinéa 1^{er};
2° la recommandation d'avertir l'autorité adjudicatrice dans ce même délai, par télécopieur, par courrier électronique ou par tout moyen électronique dans le cas où l'intéressé introduit une demande de suspension conformément à l'article 65/11;
3° la mention du numéro de télécopieur ou l'adresse électronique à laquelle l'avertissement visé à l'article 65/11, alinéa 3, peut être envoyé.

L'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée.

§ 2. La communication visée au § 1^{er} ne crée aucun engagement contractuel à l'égard du soumissionnaire retenu et suspend le délai durant lequel les soumissionnaires restent engagés par leur offre, pour autant qu'un tel délai et l'article 65/11 soient applicables.

Pour l'ensemble des offres introduites pour ce marché, la suspension de ce délai prend fin :

1° à défaut de demande de suspension visée à l'article 65/11, alinéa 2, à l'issue du dernier jour de la période visée à l'article 65/11, alinéa 1^{er};
2° en cas de demande de suspension visée à l'article 65/11, alinéa 2, au jour de la décision de l'instance de recours visée à l'article 65/15;

3^o en tout cas au plus tard quarante-cinq jours après la communication visée au § 1^{er}."

Il s'impose de constater, avant tout, que le moyen prend appui sur les motifs de la non-sélection de la requérante, tels qu'ils ont été communiqués à celle-ci par un courrier daté du 19 novembre 2012 et recommandé le 26 novembre 2012, pour tenter de démontrer la violation, par l'acte attaqué, des dispositions qu'il vise. Ce faisant, il procède d'une confusion entre l'obligation de motivation de la décision d'attribution du marché, qui incombe à la partie adverse en vertu des articles 65/4 et 65/5 précités, et l'obligation d'indication des motifs de non-sélection d'un soumissionnaire, qu'impose l'article 65/8 précité.

Par ailleurs, en tant qu'il concerne la non-sélection de la requérante pour le lot 2, l'acte attaqué est motivé comme suit :

" Considérant que dans le cadre de la sélection qualitative relative au lot 2 «chaufferies collectives : entretiens et réparations», le soumissionnaire BOUVE a rentré tous les documents demandés, mais que les agréments G1 et Cerga ne pourront être effectives qu'à partir du 1^{er} janvier 2012 et sous conditions de réussite des formations, qu'il est impossible que l'agrément G2 requise spécifiquement pour ce lot soit effective au 1^{er} janvier 2013, le service achats ne sélectionne pas le soumissionnaire BOUVE".

Au terme d'un examen effectué en extrême urgence, cette motivation apparaît adéquate, de sorte que le moyen, qui soutient le contraire, paraît *prima facie* manquer en fait.

S'agissant de l'indication, certes succincte, des motifs de la non-sélection de la requérante, que contient le courrier du 19 novembre 2012, si le moyen devait s'interpréter en ce sens qu'il reproche à la partie adverse de n'avoir pas satisfait au prescrit de l'article 65/8 précité, disposition dont la violation n'est d'ailleurs pas invoquée, encore faudrait-il observer qu'un tel vice qui entacherait une formalité postérieure à l'adoption de l'acte attaqué ne saurait affecter la légalité de celui-ci. En tout état de cause, cette indication des motifs de non-sélection de la requérante paraît, à première vue, suffisante, ainsi qu'en témoignent les griefs formulés dans les deuxième et troisième moyens soulevés à l'appui de la présente requête.

Au regard de ces différentes considérations, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la "violation des articles 68 et 71 de l'Arrêté Royal du 8 janvier 1996 et de l'article 67 § 1^{er} de l'Arrêté du Gouvernement Wallon du 29 janvier 2009 «tendant à prévenir la pollution atmosphérique par les installations de chauffage central destinés au chauffage de bâtiments ou à la production d'eau chaude sanitaire et à réduire leur consommation énergétique» (MB. 19.05.2009)".

Elle l'expose en ces termes :

" En ce que :

L'article 71 de l'Arrêté-Royal du 8 janvier 1996, n'autorise pas un pouvoir adjudicateur à exiger au stade de la sélection qualitative (capacité technique) d'un marché de services des «titres d'études et professionnels» :

- o Qui sont matériellement impossibles au soumissionnaire d'obtenir au moment du dépôt de son offre;
- o Qui sont, par une disposition légale expresse (article 67 § 1^{er} de l'Arrêté du Gouvernement wallon du 29 janvier 2009) reconnus implicitement acquis audit soumissionnaire.

Développements

Bien que rien ne l'indique dans la motivation de la partie adverse dans son courrier daté du 19 novembre 2012, la requérante soupçonne que la partie adverse l'ait écarté parce que celle-ci n'avait pas déposé la preuve d'agrégation G1 - G2.

En effet :

a) Sous le critère de sélection de capacité technique, le Cahier spécial des charges précisait (page 8) :

«Pour chacun des lots : Titres d'études et professionnels et/ou qualifications des personnes chargées de l'exécution du marché, au regard des types de matériel à dépanner

o Le Pouvoir adjudicateur entend obtenir les références suivantes :

- Agrégation G1 pour au moins deux membres du personnel d'exécution
- Agrégation G2 pour au moins deux membres du personnel d'exécution
- Agrégation Cerga pour au moins deux membres du personnel d'exécution

Pour le lot 1 "Chaudières individuelles" preuve de la connaissance technique des chaudières Bulex.

o Le Pouvoir adjudicateur entend obtenir les références suivantes :

- Preuve de formation chez Bulex ou preuve d'exécution d'un marché d'entretien de chaudières individuelles Bulex (minimum 50 pièces)».

b) Par courrier recommandé daté du 25 septembre 2012, la partie adverse écrivait :

«Le 24 septembre 2012, vous avez introduit une offre auprès de notre immobilière pour le marché public susmentionné.

Par la présente, nous vous invitons, sous peine de nullité, à nous faire parvenir dans les plus brefs délais et au plus tard dans les 12 jours de calendrier après la date d'envoi de la présente lettre, les documents suivants :

- preuves relatives à la sélection technique agréments GI, agréments G2, agrément Cerga, connaissance des produits Bulex (preuves concrètes émanant de personnes et/ou sociétés externes : attestations d'exécution sur matériel de marque Bulex, preuves d'inscription émanant des sociétés d'agrément, etc.).»

c) Par pli recommandé du 9 octobre 2012, la requérante répondait :

«Faisant suite à votre demande, je vous signale que je me suis absenté à l'étranger du 1^{er} au 8 octobre 2012 inclus. Je vous demande donc de bien vouloir m'accorder un délai supplémentaire aux douze jours calendrier.

Tout d'abord, je vous joins une copie de ma lettre datée du 27 août 2012 incluse dans ma soumission. En complément, je joins une attestation de Roman Païs qui atteste que nous avons entretenu entre 2008 et 2010 plus de six cents chaudières BULEX.

Nous avons introduit une demande à la société BHP logements de Homu, et, nous sommes en attente de l'obtention pour 2011 et 2012.

Nous avons introduit une demande à Toit & Moi pour 2012, nous sommes en attente de l'obtention.

Nous joignons une copie de l'inscription que nous demandons depuis mai 2012 pour deux de nos techniciens, mais cette formation ne débutera qu'à partir du 12 novembre 2012.

Ces deux techniciens sont agréés CERGA (voir annexes).

- Diverses attestations de formation RIELLO en mazout et en gaz.
- Attestation du centre PME pour combustible liquide de la région wallonne de M Constant FRANÇOIS.
- Attestation de frigoriste de M Constant FRANÇOIS
- Attestation CEDICOL de M VANOVERSTRAETEN Olivier
- Attestation FORMELEC de M VANOVERSTRAETEN Olivier
- Brevet de secouriste de M. VANOVERSTRAETEN Olivier
- Attestation technique de ventilation de M VANOVERSTRAETEN Olivier
- Attestation AIR CLIMAT de M VANOVERSTRAETEN

Nous vous rappelons que les agréments G1 et G2 ne seront d'application qu'en 2013».

Il ressort de la décision attaquée que la partie adverse a admis la recevabilité de la réponse formulée au-delà du délai de 12 jours, que ce point ne peut plus prêter à discussion.

Les agréments BULEX et CERGA ayant été fournies déjà à l'occasion du dépôt de l'offre (lettre du 27 août 2012), la seule question porte apparemment sur l'absence des agréments G1 et G2.

Pour comprendre ce que représente ces agrégations G1 (ou G I) et G 2 (ou G II), il faut s'en référer à l'Arrêté du Gouvernement wallon du 29 janvier 2009 tendant à prévenir la pollution atmosphérique provoquée par les installations de chauffage central destinées au chauffage de bâtiments ou à la production d'eau chaude sanitaire et à réduire leur consommation énergétique (M.B. 19.05.2009) qui précise :

«Art. 3. (Entre en vigueur le 29 mai 2012) Toute entreprise effectuant le placement d'installations de chauffage central alimentées en combustibles liquides ou combustibles gazeux dispose d'au moins un technicien agréé, conformément à l'annexe I^{re}.

Elle transmet à la AWAC le nom et les numéros de certificat des techniciens agréés qu'elle emploie, en remplissant le formulaire disponible sur le site Internet de la AWAC.

Le formulaire est envoyé par voie électronique ou, à défaut, par pli ordinaire ou remis contre récépissé. Elle communique également, dans le mois, selon les mêmes modalités, toute modification relative aux techniciens agréés qu'elle emploie.

Art. 7. Toute intervention sur la partie combustion d'un générateur de chaleur alimenté en combustible liquide ou gazeux, ne peut être effectuée que par un technicien agréé conformément à l'annexe I^{re}.

Art. 19. Pour être agréée, toute personne répond aux conditions suivantes :

1° pour l'agrément comme technicien en combustibles liquides, être titulaire d'un certificat valable d'aptitude en combustibles liquides;

2° pour l'agrément comme technicien en combustibles gazeux :

a) de type GI : être titulaire d'un certificat valable d'aptitude en combustibles gazeux de type GI délivré conformément au chapitre VI;

b) de type GII : être titulaire d'un certificat valable d'aptitude en combustibles gazeux de type GII délivré conformément au chapitre VI;

3° disposer du matériel dûment entretenu nécessaire aux contrôles relatifs au bon état de fonctionnement des installations;

4° exercer, en qualité d'indépendant ou de salarié, au sein d'une entreprise enregistrée auprès de la Banque-Carrefour des Entreprises;

5° lorsqu'il a une responsabilité dans la gestion de l'entreprise, exercer au sein d'une entreprise qui est en ordre d'accès à la profession, lorsque celui-ci est requis.

Art. 20. § 1^{er}. La demande d'agrément est envoyée ou remise contre récépissé au [Président].[...];

Elle est introduite au moyen d'un formulaire mis à disposition sur le site Internet de la AWAC.

§ 2. Le [Président] envoie au demandeur sa décision statuant sur le caractère complet et recevable de la demande dans un délai de quinze jours à dater du jour de réception de celle-ci.

La demande est incomplète s'il manque des renseignements ou des documents requis.

§ 3. Si la demande est incomplète, le [Président] indique par lettre au demandeur les renseignements ou documents manquants. Le demandeur dispose alors de trente jours à dater de la réception de la lettre pour fournir au [Président], par lettre ou par remise contre récépissé, les renseignements ou les documents manquants. Dans les trente jours suivant la réception des compléments, le [Président] envoie au demandeur sa décision sur le caractère complet et recevable de la demande.

§ 4. Le [Président] envoie sa décision d'octroi ou de refus d'agrément par lettre recommandée à la poste au demandeur dans un délai de soixante jours à dater du jour de réception de la demande d'agrément. [...]

Art. 23. L'agrément est accordé pour une durée limitée à la date d'échéance du certificat pertinent d'aptitude.

Art. 24. Les articles 19 à 22 sont applicables à la demande de renouvellement de l'agrément.

Le formulaire de demande est accompagné du certificat de formation continuée visé à l'article 38, mutatis mutandis.

Art. 25. Le technicien agréé informe la AWAC dans le mois par lettre recommandée de toute modification ayant trait à son agrément.

CHAPITRE VII. - Certificat d'aptitude en combustibles liquides, certificat d'aptitude en combustibles gazeux et certificat d'aptitude en diagnostic approfondi [...]

Section 1^{re}. - Dispositions générales

Art. 29. § 1^{er}. Sans préjudice de l'application des articles 41 et 44, le certificat d'aptitude en matière de combustibles liquides, le certificat d'aptitude en matière de combustibles gazeux, le certificat d'aptitude en matière de diagnostic approfondi [...] sont délivrés par des centres de certification reconnus par le [Président].

§ 2. Le certificat d'aptitude en matière de combustibles liquides ou gazeux sanctionne la réussite d'un examen conformément aux dispositions de l'annexe VI.

Le certificat d'aptitude en matière de diagnostic approfondi sanctionne la réussite d'un examen, faisant suite à une formation appropriée, dont le contenu et la durée sont arrêtés par le Ministre de l'Energie.

Le certificat d'aptitude en contrôle de chauffage sanctionne la réussite d'un examen, faisant suite à une formation en "contrôle de chauffage", dont le contenu et la durée sont arrêtés par le Ministre de l'Environnement.[...].

La requérante a exposé dans son courrier du 9 octobre 2012 qu'elle avait inscrit deux de ses techniciens en MAI 2012 et que, malgré sa meilleure volonté, AUCUNE FORMATION N'ÉTAIT ORGANISÉE par la Région wallonne AVANT le mois de NOVEMBRE 2012 ! («Nous joignons une copie de l'inscription que nous demandons depuis mai 2012 pour deux de nos techniciens, mais cette formation ne débutera qu'à partir du 12 novembre 2012»).

La requérante précisait aussi qu'à sa connaissance ces agréments G1 et G2 n'étaient exigés qu'en 2013, ce qui lui laissait le temps matériel de les obtenir («Nous vous rappelons que les agréments G1 et G2 ne seront d'application qu'en 2013»).

Mais, surtout, ce que la partie adverse a totalement perdu de vue, c'est la disposition de l'article 67 § 1^{er} de l'Arrêté du Gouvernement wallon du 29 janvier 2009 qui précise :

«Art. 67. § 1^{er}. Par dérogation à l'article 29, § 1^{er}, et sans préjudice des paragraphes 2, 3 et 4, toute personne qui effectue l'installation ou l'entretien de générateurs de chaleur alimentés en combustibles gazeux, en qualité d'indépendant ou de salarié d'une entreprise enregistrée auprès de la Banque-Carrefour des Entreprises, est considérée comme disposant des certificats en combustible gazeux de type G1 et GII.»

Et, en l'espèce, il n'est ni contestable, ni contesté que la requérante est, au sens de cette réglementation, une société «enregistrée auprès de la Banque-Carrefour des Entreprises» dont le personnel désigné dans le dossier d'adjudication effectue les prestations d'«installation ou l'entretien de générateurs de chaleur alimentés en combustibles gazeux, en qualité d'indépendant ou de salarié»

En ce sens, la requérante dispose, par le fait de l'article 67 § 1^{er} précité des conditions de capacité technique exigée par le Cahier spécial des charges de telle sorte que son éviction au stade de la sélection est irrégulière.

En conclusion, le deuxième moyen est sérieux et la décision attaquée doit être suspendue."

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute le moyen en ces termes :

- " 27. Contrairement à ce qu'affirme la requérante, il était matériellement possible de disposer de deux techniciens agréés G1 et G2 (ce qui constituait un des critères de sélection).

La preuve en est que Dalkia et Imtech ont pu établir qu'ils remplissaient cette condition (pièces 15.b et 15.c; voir aussi pièce 16).

Sur ce point, le deuxième moyen manque donc en fait.

28. En outre, la partie adverse a bien noté que la requérante avait prouvé s'être inscrit à une formation G1 (pièces 16 et 17; cfr. aussi l'exposé des faits, points 8, 9 et 11), mais a constaté qu'aucune garantie de l'obtention d'une agrégation G2 – la réussite à la formation G1 étant un pré-requis pour suivre la formation G2 – n'avait été fournie par la requérante.

Le service achats dont la proposition a été confirmée par l'acte attaqué a ainsi précisé ce qui suit concernant la requérante :

«Quant à l'agrégation G2, aucune inscription n'a pu être fournie étant donné que cette formation ne peut se suivre que si l'agrégation G1 est acquise.

Le service achats ne sélectionne pas le soumissionnaire BOUVE pour le lot 2 étant donné que l'obtention des attestations requises au 01/01/2013 n'est pas envisageable.»

Le deuxième moyen manque donc à nouveau en fait.

29. Or, l'agrégation G2 est nécessaire pour pouvoir entretenir et réparer les chaudières collectives qui font l'objet du lot 2. Dans l'acte attaqué, la partie adverse l'a précisé comme suit :

«Considérant que dans le cadre de la sélection qualitative relative au lot 2 "Chaudières collectives : entretiens et réparations", le soumissionnaire BOUVE a rentré tous les documents demandés, mais que les agrégations G1 et Cerga ne

pourront être effectives qu'à partir du 1^{er} janvier 2012 et sous conditions de réussite des formations, qu'il est impossible que l'agrération G2 requise spécifiquement pour ce lot soit effective au 1^{er} janvier 2013, le service achats ne sélectionne pas le soumissionnaire BOUVE;» [...].

30. La requérante soutient à tort qu'elle bénéficierait de la présomption prévue par la disposition transitoire inscrite à l'article 67, § 1^{er}, de l'AGW du 29 janvier 2009.

Cet article, qu'elle ne cite que partiellement, dispose en effet comme suit dans son entièreté :

«§ 1^{er}. Par dérogation à l'article 29, § 1^{er}, et sans préjudice des paragraphes 2, 3 et 4, toute personne qui effectue l'installation ou l'entretien de générateurs de chaleur alimentés en combustibles gazeux, en qualité d'indépendant ou de salarié d'une entreprise enregistrée auprès de la Banque-carrefour des Entreprises, est considérée comme disposant des certificats en combustible gazeux de type GI et GII.

§ 2. Les personnes visées au § 1^{er} introduisent leur demande d'agrément conformément à l'article 20, § 1^{er}, entre le 1^{er} janvier 2010 et le 30 juin 2011.

§ 3. Toute personne visée au § 1^{er} est considérée comme agréée GI et GII jusqu'à la date de la décision prise par le Président en application de l'article 20, § 4.

§ 4. Le Président communique aux techniciens agréés, par lettre recommandée à la poste, le délai endéans lequel ils doivent obtenir le certificat en combustible gazeux de type GI et, le cas échéant, GII, visé à l'article 29.

A défaut de l'obtention du certificat endéans ce délai, l'équivalence provisoire visée au § 1^{er} devient caduque.»

Or, la requérante n'a pas introduit sa demande d'agrément dans le délai requis, qui expirait le 30 juin 2011, puisqu'elle a introduit sa demande de formation en mai 2012, comme en a fait elle-même l'aveu dans son courrier du 10 octobre 2012, par lequel elle a indiqué (pièce 15.a) :

«Nous joignons une copie de l'inscription que nous demandons depuis mai 2012 pour deux de nos techniciens mais cette formation ne débutera qu'à partir du 12 novembre 2012. Ces deux techniciens sont agréés CERGA (voir annexes)»

Elle n'a en outre pas fourni la preuve d'une quelconque demande qui aurait été adressée entre le 1^{er} janvier 2010 et le 30 juin 2011.

La requérante ne pouvait donc pas se prévaloir de cette exception et ne s'en est d'ailleurs pas prévalu lors du dépôt de son offre ou de ses documents complémentaires.

31. En l'absence de possibilité pour la requérante d'être titulaire de cette agrération G2 pour le 1^{er} janvier 2013, date de prise de cours du marché public, la partie adverse ne pouvait donc juridiquement que constater que la requérante ne pouvait pas être sélectionnée, ce critère essentiel de sélection prévu dans le cahier spécial des charges qu'elle avait adopté n'ayant pas été rempli.

32. A titre surabondant, l'article 3 de l'AGW du 29 janvier 2009 confirme cette position puisqu'il dispose comme suit :

«Toute entreprise effectuant le placement d'installations de chauffage central alimentées en combustibles liquides ou combustibles gazeux dispose d'au moins un technicien agréé, conformément à l'annexe I^{er}.»

L'article 7 du même arrêté dispose également comme suit :

«Toute intervention sur la partie combustion d'un générateur de chaleur alimenté en combustible liquide ou gazeux, ne peut être effectuée que par un technicien agréé conformément à l'annexe I^{re}.»

L'annexe I du même arrêté, intitulée «personnel habilité pour effectuer certaines interventions», dispose elle-même qu'un technicien agréé en combustibles gazeux de niveau G2 est exigé pour les chaudières faisant appel à un combustible gazeux et dotées d'un brûleur pulsé, telles que les modèles repris dans l'inventaire du lot 2 sur le site de la Cité Georges Cornez 78 à 90 à 7340 Colfonatine + sous-station 1 – immeuble 86-87, comportant un brûleur 2p Weishaupt WMG10/4A – 2009 – puissance 120-1250kw (pièce 4.f).

Il n'aurait donc pas été possible, sous peine de violation de cet arrêté, d'attribuer le marché à la requérante.

33. Le deuxième moyen n'est donc pas fondé."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen revient à soutenir, en substance, qu'est irrégulière la décision de non-sélection de la requérante, au motif que celle-ci n'aurait pas produit la preuve de ce qu'elle bénéficiait des agréments G1 et G2 requises, alors qu'elle aurait dû être considérée par la partie adverse comme étant titulaire de ces agréments, et ce en vertu de l'article 67, § 1^{er}, de l'arrêté du Gouvernement wallon du 29 janvier 2009 tendant à prévenir la pollution atmosphérique provoquée par les installations de chauffage central destinées au chauffage de bâtiments ou à la production d'eau chaude sanitaire et à réduire leur consommation énergétique, lequel dispose :

" Par dérogation à l'article 29, § 1^{er}, et sans préjudice des paragraphes 2, 3 et 4, toute personne qui effectue l'installation ou l'entretien de générateurs de chaleur alimentés en combustibles gazeux, en qualité d'indépendant ou de salarié d'une entreprise enregistrée auprès de la Banque-Carrefour des Entreprises, est considérée comme disposant des certificats en combustible gazeux de type GI et GII."

Cette disposition ne peut toutefois être lue isolément et n'autorise pas à perdre de vue celles qui font l'objet des paragraphes 2, 3 et 4 de ce même article 67, lesquelles sont libellées comme suit :

" § 2. Les personnes visées au § 1^{er} introduisent leur demande d'agrément conformément à l'article 20, § 1^{er}, entre le 1^{er} janvier 2010 et le 30 juin 2011.
§ 3. Toute personne visée au § 1^{er} est considérée comme agréée GI et GII jusqu'à la date de la décision prise par le Président en application de l'article 20, § 4.
§ 4. Le Président communique aux techniciens agréés, par lettre recommandée à la poste, le délai endéans lequel ils doivent obtenir le certificat en combustible gazeux de type GI et, le cas échéant, GII, visé à l'article 29.
A défaut de l'obtention du certificat endéans ce délai, l'équivalence provisoire visée au § 1^{er} devient caduque."

Dès lors que la requérante n'a pas introduit, dans le délai expiré le 30 juin 2011, la demande d'agrément visée au paragraphe 2, elle n'est pas en droit de se prévaloir de la présomption d'agrément dans l'attente de la décision à prendre en vertu de l'article 20, § 4, dudit arrêté.

Reposant entièrement sur la présomption dont la requérante a entendu se prévaloir à tort, le moyen ne peut être déclaré sérieux.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un troisième moyen, pris de l'excès et/ou du détournement de pouvoir commis par la partie adverse, de la contradiction, de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993. Elle l'expose en ces termes :

- " En ce que pour l'attribution du lot 2, le pouvoir adjudicateur a exclu la partie requérante au stade de la sélection alors qu'elle a admis la requérante au stade de la sélection du Lot n° 1 alors que les mêmes critères de sélection technique étaient prévus pour les lots 1 et 2.

Développements

Pour rappel :

a) Le pouvoir adjudicateur a mis le même jour en adjudication, sur base du même Cahier spécial des charges et pour une même séance d'ouverture des offres, deux lots dénommés respectivement :

- Lot n° 1 : «Entretien et réparations d'installations INDIVIDUELLES de chauffage et de production d'eau chaude sanitaire» d'une durée initiale de 24 mois pour son parc immobilier;

- Lot n° 2 : «Entretien et réparations d'installations COLLECTIVES de chauffage et de production d'eau chaude sanitaire» d'une durée initiale de 24 mois pour son parc immobilier.

b) Sous le critère de sélection de capacité technique, le Cahier spécial des charges précisait (page 8) :

«Pour chacun des lots : Titres d'études et professionnels et/ou qualifications des personnes chargées de l'exécution du marché, au regard des types de matériel à dépanner

o Le Pouvoir adjudicateur entend obtenir les références suivantes :

- Agréation G1 pour au moins deux membres du personnel d'exécution
- Agréation G2 pour au moins deux membres du personnel d'exécution
- Agréation Cerga pour au moins deux membres du personnel d'exécution

Pour le lot 1 "Chaudières individuelles" preuve de la connaissance technique des chaudières Bulex.

o Le Pouvoir adjudicateur entend obtenir les références suivantes :

- Preuve de formation chez Bulex ou preuve d'exécution d'un marché d'entretien de chaudières individuelles Bulex (minimum 50 pièces)».

c) Le courrier recommandé de la partie adverse du 25 septembre 2012 visait tant le Lot 1 que le Lot 2 puisqu'aucune distinction n'y est faite.

Or, le Conseil d'Etat doit savoir que pour le Lot n° 1, la requérante a passé avec succès la phase de sélection qualitative et qu'elle ne doit son éviction qu'à une motivation (d'ailleurs contestée et donnant lieu à une autre requête en suspension) relative à la phase d'attribution du marché.

Il suffit de comparer les décisions rendues pour les lots n° 1 et n° 2 :

- Pour le Lot n° 1 : «Veuillez trouver ci-dessous les motifs de l'éviction de votre offre : offre administrativement irrégulière du fait de la confusion des formulaires».

- Pour le Lot n° 2 «Veuillez trouver ci-dessous les motifs de l'éviction de votre non-sélection : absence de documents probants requis dans le cadre de la sélection technique des soumissionnaires».

Dès lors que les travaux des lots 1 et 2 nécessitaient les mêmes capacités techniques et que ces capacités techniques étaient considérées par la partie adverse elle-même comme acquises pour le Lot n° 1, la partie adverse devait, sous peine de contradiction, excès de pouvoir et/ou erreur manifeste d'appréciation, admettre la requérante à la phase d'attribution du Lot n° 2.

En conclusion, le troisième moyen est sérieux et la décision attaquée doit être suspendue."

Dans sa note d'observations, la partie adverse réfute le moyen en ces termes :

- " 35. D'abord, en ce qu'il invoque un détournement de pouvoir et une violation de l'article 5 de «la loi du 24 décembre 1993», (dont la requérante n'a pas indiqué l'intitulé), le moyen est irrecevable faute de développement dans la requête expliquant en quoi il serait fondé.

Dans cette mesure, le troisième moyen est irrecevable.

36. Ensuite, s'il est vrai que pour l'ensemble du marché, les exigences d'agrément G1 et G2 étaient prévues, l'agrément G2 n'était utile que pour l'exécution du lot 2, relatif aux chaudières collectives (cfr. la réfutation du deuxième moyen et les pièces 16 et 17 qui y sont citées).

Cela explique que l'absence de preuve d'agrément G2 en date du 1^{er} janvier 2013 dans le chef de la requérante n'a pas empêché la partie adverse de la sélectionner pour le lot 1, pour lequel cette agrément n'était pas nécessaire et pour lequel elle avait établi s'être inscrite à une formation G1.

L'acte attaqué n'est donc entaché d'aucune contradiction dans les motifs, d'aucune erreur manifeste d'appréciation ni d'aucun excès de pouvoir.

Le troisième moyen n'est donc, pour le surplus, pas fondé.

37. Le troisième moyen est donc partiellement irrecevable et, pour le surplus, non fondé."

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

En tant que le moyen invoque le détournement de pouvoir et une violation de l'article 15 de la loi du 24 décembre 1993, la requête ne contient pas le moindre élément permettant de comprendre en quoi l'acte attaqué peut être critiqué au regard de ces deux ouvertures à annulation.

S'agissant des critiques relatives au fait que, dans le cadre du lot 1, la partie adverse n'a pas évincé la requérante au stade de la sélection qualitative, alors que les agrégations G1 et G2 étaient requises pour les deux lots constituant le marché litigieux et que, pour chacun de ces lots, elle se trouvait dans la même situation à l'égard de ces exigences, il s'impose de relever que, si la sélection de la requérante devait, à cet égard, relever d'une erreur de la partie adverse, la requérante n'aurait pas intérêt à s'en plaindre.

Pour le surplus, et en toute hypothèse, il apparaît qu'en vertu de l'arrêté du Gouvernement wallon du 29 janvier 2009 précité, l'agrégation G2 est requise pour des prestations s'identifiant à celles qui font l'objet du lot 2, relatif aux chaudières collectives. Dans ces conditions, la partie adverse a pu, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation et sans trahir quelque attitude contradictoire, considérer que l'absence de l'agrégation G2 requise, n'empêchait pas de sélectionner la requérante pour le lot 1, relatif aux chaudières individuelles.

Il suit de ces considérations que le moyen n'est pas sérieux.

Dès lors qu'aucun des trois moyens soulevés à l'appui de la requête ne peut être déclaré sérieux, il n'y a pas lieu de statuer sur d'autres motifs éventuels de rejet, ni d'examiner, conformément à l'article 65/15, alinéa 3, de la loi du 24 décembre 1993, si les considérations émises à ce propos par la partie adverse imposent de considérer que les conséquences négatives d'une suspension de l'acte attaqué pourraient l'emporter sur ses avantages.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt décembre deux mille douze par :

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.