

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

**A R R E T**

n° 199.336 du 5 janvier 2010

G./A.163.830/VI-16.963

En cause : **la société anonyme NIZET ENTREPRISE,**

ayant élu domicile chez  
Me André DELVAUX, avocat,  
place des Nations Unies, n° 7,  
4020 Liège,

contre :

**la Région wallonne**, représentée  
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez  
Me Philippe COENRAETS, avocat,  
boulevard de la Cambre, n° 27,  
1000 Bruxelles.

---

**LE CONSEIL D'ETAT, VI<sup>e</sup> CHAMBRE,**

Vu la requête introduite le 1<sup>er</sup> juillet 2005 par la société anonyme NIZET ENTREPRISE qui demande l'annulation de la décision prise le 31 mars 2005 par la Région wallonne d'attribuer à la société anonyme AMEC SPIE un marché public de travaux relatif à la sécurisation de l'alimentation électrique et de la climatisation du bâtiment Perex;

Vu les mémoires en réponse et en réplique régulièrement échangés;

Vu le rapport de M. HOUYET, Auditeur au Conseil d'Etat;

Vu la notification du rapport aux parties et les derniers mémoires;

Vu l'ordonnance du 18 novembre 2009, notifiée aux parties, fixant l'affaire à l'audience du 16 décembre 2009;

Entendu, en son rapport, M. NIHOUL, Conseiller d'Etat;

Entendu, en leurs observations, Me André DELVAUX, avocat, comparais-  
sant pour la partie requérante et Me Yves SCHNEIDER, loco Me Philippe COEN-  
RAETS, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis contraire, M. HOUYET, Auditeur;

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

Considérant que les faits utiles à l'examen de la cause sont les suivants :

1. Le 8 septembre 2004, la Région wallonne élabore une proposition de  
mise en adjudication dans le cadre d'un marché public de travaux relatif à la  
sécurisation de l'alimentation électrique et de la climatisation du bâtiment Perex.

Outre le type de publicité, le type de marché, l'exigence d'agrément et les  
critères de sélection, ce document interne à la partie adverse fixe le mode de passation,  
à savoir la procédure d'appel d'offres général, ainsi que les critères d'attribution,  
lesquels sont déterminés et pondérés comme suit :

- " 1. Montant de l'offre de base et/ou de(s) la variante(s) : 40 %  
2. Qualité de l'offre de base et/ou de(s) la variante(s) : 60 %  
dont 30% pour la Qualité du matériel, la Sécurité des personnes.  
10 % pour la Continuité de service de la climatisation et l'électricité,  
l'encombrement.  
10 % pour l'Homogénéité du matériel avec l'existant.  
7 % pour la Facilité de maintenance.  
3 % pour la Présentation de l'offre."

2. Le 15 octobre 2004, la partie adverse publie dans le Bulletin des  
adjudications un avis relatif à ce marché public de travaux. Ce marché est estimé à  
965.843 euros T.V.A.C..

3. Le cahier spécial des charges prévoit, en ce qui concerne les critères  
d'attribution, ce qui suit :

- " Le classement des offres et des variantes se fera sur base des critères présentés  
ci-dessous par ordre d'importance décroissant :
- La qualité de l'offre de base et/ou de(s) la variante(s) reprenant par ordre  
décroissant d'importance :
  - La qualité du matériel, la Sécurité des personnes.

- La Continuité de service de la climatisation et l'électricité, l'encombrement.
  - L'Homogénéité du matériel avec l'existant.
  - La Facilité de maintenance.
  - La Présentation de l'offre.
- Le Montant de l'offre de base et/ou de(s) la variante(s).".

4. Le 23 novembre 2004, la partie adverse procède à l'ouverture publique des offres. Deux entreprises ont déposé des offres.

La société anonyme AMEC SPIE dépose une offre de base d'un montant de 776.840,59 euros T.V.A.C., ainsi qu'une offre de base + variante d'un montant de 777.769,52 euros T.V.A.C..

La société anonyme NIZET ENTREPRISE a, quant à elle, déposé une offre de base d'un montant de 767.043,48 euros T.V.A.C., montant rectifié à 760.264,97 euros T.V.A.C., une offre de base + variante 1 d'un montant de 764.894,77 euros T.V.A.C., montant rectifié à 758.117,47 euros T.V.A.C., une offre de base + variante 2 d'un montant de 696.252,11 euros T.V.A.C., montant rectifié à 689.473,61 euros T.V.A.C., une offre de base + variante 3 d'un montant de 702.331,15 euros T.V.A.C., montant rectifié à 695.552,65 euros T.V.A.C. ainsi qu'une offre de base + variante 4 d'un montant de 765.065,75 euros T.V.A.C., montant rectifié à 758.287,24 euros T.V.A.C..

5. Le 23 novembre 2004, la partie adverse demande aux deux soumissionnaires de compléter les certificats et documents présentés dans leur offre et visant à permettre à la partie adverse de procéder à la sélection qualitative. Ces documents sont communiqués à la partie adverse par les soumissionnaires le 25 novembre 2004.

6. Le 2 décembre 2004, les services de la partie adverse adressent au Secrétaire général un rapport d'analyses des offres concluant à la recevabilité des offres et à l'attribution du marché à la société anonyme AMEC SPIE.

A l'issue d'un examen de la conformité des offres, cinq d'entre elles ont été retenues : concernant la société anonyme AMEC SPIE, l'offre de base et l'offre de base + variante; concernant la société anonyme NIZET ENTREPRISE, l'offre de base, l'offre de base + variante 1, ainsi que l'offre de base + variante 4.

L'analyse de ces offres au regard des critères d'attribution mentionnés dans l'avis de marché et dans le cahier spécial des charges a donné lieu au classement suivant :

1. AMEC SPIE, offre de base avec 90.98 points;
2. AMEC SPIE, offre de base + variante avec 88.80 points;
3. NIZET, offre de base avec 73.68 points;
4. NIZET, offre de base + variante 1 avec 73.34 points;
5. NIZET, offre de base + variante 4 avec 73.33 points (Rapport d'analyse des offres, p.12).

7. Le 31 mars 2005, le Secrétaire général, agissant sur la base de l'article 5 de l'arrêté du gouvernement wallon du 14 octobre 1993 relatif aux délégations de pouvoirs spécifiques au Ministère wallon de l'Équipement et des Transports, attribue le marché à la société anonyme AMEC SPIE pour un montant de 776.840,59 euros T.V.A.C..

8. Le 15 avril 2005, la partie adverse informe la société anonyme AMEC SPIE que le marché lui a été attribué et la partie requérante que son offre n'a pas été retenue.

9. Le 19 avril 2005, la partie requérante demande à la partie adverse de lui transmettre le "rapport de décision motivée d'attribution du marché concerné", ce que fait la partie adverse le 29 avril 2005;

Considérant, quant à la recevabilité du recours, que la partie adverse soulève une première exception tenant au défaut de qualité à agir dans le chef de la partie requérante; qu'elle fait valoir que la partie requérante ne produit pas la décision de son conseil d'administration d'introduire un recours en annulation devant le Conseil d'Etat ni ses statuts de sorte que la partie adverse est dans l'impossibilité de vérifier si une telle décision d'agir existe réellement et si cette décision éventuelle a été prise par l'organe compétent;

Considérant que, contrairement à ce que soutient la partie adverse, la partie requérante a communiqué, en annexe à sa requête en annulation, la décision, prise le 28 juin 2005, par son conseil d'administration de former le présent recours, une copie de ses statuts coordonnés ainsi que la preuve de la désignation des administrateurs ayant pris la décision de former le recours en annulation et du respect de la forme de publicité requise; que l'exception d'irrecevabilité n'est pas accueillie;

Considérant que la partie adverse soulève une seconde exception d'irrecevabilité tirée du caractère tardif du recours en annulation; qu'elle soutient que la décision attaquée a été communiquée à la partie requérante par une lettre datée du 15 avril 2005 de sorte que le recours introduit plus de soixante jours après la prise de connaissance effective de la décision attaquée est tardif; qu'elle ajoute que dans le cadre du contentieux des marchés publics, il n'y a pas d'obligation de notification mais seulement une obligation de communication d'information à la demande du soumissionnaire non retenu ou évincé, que dans ce cas l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat n'est pas applicable;

Considérant que, aux termes de l'article 25, § 1<sup>er</sup>, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, le pouvoir adjudicateur est soumis à une double obligation, à savoir, d'une part, une information d'office et dans les moindres délais des candidats non sélectionnés ou de ceux dont l'offre a été jugée irrégulière ou n'a pas été choisie par le pouvoir adjudicateur et, d'autre part, à la suite d'une demande écrite, une communication des motifs de non-sélection, d'éviction ou de la décision d'attribution du marché dans un délai de 15 jours après réception de la demande écrite;

Considérant que l'information effectuée d'office et dans les moindres délais par le pouvoir adjudicateur constitue la notification d'une décision, étant la non-sélection, l'irrégularité de l'offre ou la non-attribution du marché; que cette information a dès lors pour effet de faire courir le délai contentieux et doit être revêtue des mentions prévues par l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; qu'à défaut de telles mentions, le délai de recours ne commence pas à courir;

Considérant que ce délai est interrompu pour autant que le soumissionnaire régulièrement informé de son éviction sollicite par écrit, dans un délai raisonnable de quinze jours en principe, communication des motifs de la décision précitée; qu'en effet, celui qui a été informé de l'existence d'une décision de non-sélection, d'irrégularité d'une offre ou de non-attribution du marché est tenu de faire diligence et de s'informer dans un délai raisonnable sur le contenu de cette décision auprès du pouvoir adjudicateur ainsi que le permet l'arrêté royal du 8 janvier 1996 précité; que dans ce cas, un nouveau délai de soixante jours commence à courir à partir de la communication des motifs par le pouvoir adjudicateur; que cette communication ne doit pas pour sa part être revêtue des mentions prévues par l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat; qu'à défaut d'avoir demandé la communication des motifs dans un délai

raisonnable de quinze jours en principe, le délai de recours devant le Conseil d'Etat n'est pas interrompu;

Considérant qu'en l'espèce, la partie adverse a informé la partie requérante du rejet de son offre par un courrier du 15 avril 2005, lequel n'était pas revêtu des mentions prévues par l'article 19, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat de sorte que le délai de recours contentieux n'a pas commencé à courir; que la partie requérante a sollicité la communication de cette décision et de ses motifs le 19 avril 2005, ceux-ci lui étant adressés le vendredi 29 avril 2005; que ce dernier courrier portait les mentions requises; que le délai de recours n'a dès lors commencé à courir que le lendemain de la réception de ce courrier par la partie requérante, soit le mardi 3 mai 2005; que le recours introduit le 1<sup>er</sup> juillet 2005 est par conséquent recevable ratione temporis;

Considérant que la partie requérante prend, dans son mémoire en réplique, un nouveau moyen, le troisième, de "la violation du principe de l'égalité de traitement et de son corollaire, le principe de transparence, ainsi que du principe de mise en concurrence selon l'article 1 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services"; qu'elle fait valoir que dans son mémoire en réponse, la partie adverse prétend que la pondération associée aux différents critères et sous-critères avait été définie préalablement au lancement de la procédure d'appel d'offres lors de la proposition de mise en adjudication, que dans ce cas, il lui appartenait, en vertu du principe d'égalité de traitement et de son corollaire, le principe de la transparence, de faire connaître à tous les soumissionnaires potentiels la pondération arrêtée préalablement, que toutefois, la partie adverse s'est en l'espèce bornée à indiquer que les critères seraient appréciés dans "l'ordre décroissant d'importance", que selon la Cour de Justice des Communautés européennes; en vertu du principe de transparence, si le pouvoir adjudicateur a préalablement procédé au classement par ordre d'importance des critères d'attribution qu'il entend utiliser, il a l'obligation de communiquer aux soumissionnaires le classement retenu (arrêt du 12 décembre 2002, affaire n/ C-470/99 - Universale-Bau AG), qu'au surplus, c'est afin d'assurer le principe de transparence que l'article 53 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services impose dorénavant que les critères d'attribution ainsi que leur pondération soient indiqués soit dans l'avis de marché, soit dans le cahier spécial des charges afin que les soumissionnaires puissent y adapter leurs offres, qu'en attribuant le marché à la société anonyme AMEC SPIE sur la base d'une pondération des critères

d'attribution préalablement adoptée mais non communiquée, la partie adverse a violé le principe de l'égalité de traitement et son corollaire, le principe de transparence;

Considérant que dans son dernier mémoire, la partie adverse soutient, à titre principal, que le troisième moyen est irrecevable en tant qu'il est pris de la violation de l'article 1<sup>er</sup> de la loi du 24 décembre 1993 précitée, la requérante n'exposant pas en quoi cette disposition aurait, en l'espèce, été violée, qu'il en va de même de la violation des directives 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux et 2004/18/CE précitée, dès lors que le marché litigieux n'atteint pas le seuil à partir duquel le régime de publicité européenne est d'application, ainsi que de la violation des articles 43 et 49 du Traité CE dès lors que le marché litigieux ne présente pas un caractère transfrontalier; qu'elle fait valoir, à titre subsidiaire, que l'arrêt du 12 décembre 2002 de la Cour de Justice "précise seulement que si les critères sont classés par ordre d'importance, comme c'est le cas en l'espèce, le pouvoir adjudicateur doit communiquer aux soumissionnaires le classement qu'il a retenu, c'est-à-dire l'ordre dans lequel les critères sont classés", qu'en tout état de cause, "la Cour de justice estime que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une commission d'adjudication accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance, en procédant à une ventilation, entre ces derniers, du nombre de points prévus au titre de ce critère par le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement du cahier des charges ou de l'avis de marché, à condition qu'une telle décision ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation" (arrêt du 24 novembre 2005, affaire n/ C-331/04, ATI EAC), qu'en l'espèce, la pondération de chacun des sous-critères a été établie préalablement au lancement du marché et donc, par définition, avant le dépôt des offres de sorte qu'elle n'a pu modifier les critères d'attribution définis dans le cahier spécial des charges, que cette pondération ne contient pas d'éléments qui auraient pu avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires ou influencer la préparation des offres;

Considérant, quant à la recevabilité du moyen, que ce n'est qu'à la lecture du dossier administratif que la partie requérante a pu avoir connaissance de ce que la partie adverse avait déterminé la pondération des deux critères d'attribution dans la proposition de mise en adjudication établie le 8 septembre 2004; que le nouveau moyen est dès lors recevable ratione temporis;

Considérant que, contrairement à ce que soutient la partie adverse, le nouveau moyen n'est pas pris de la violation des directives 93/37/CEE et 2004/18/CE

précitées ni de celle des articles 43 et 49 du Traité CE; que la question de la recevabilité du moyen sur ce point ne se pose donc pas;

Considérant que le nouveau moyen est pris notamment de "la violation du principe de l'égalité de traitement et de son corollaire, le principe de transparence"; que la critique qui y est exposée tient à la non-communication dans les documents du marché de la pondération des deux critères d'attribution fixée pourtant par la partie adverse préalablement au lancement du marché; que si les pouvoirs adjudicateurs peuvent choisir librement les critères d'attribution dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, ceux-ci doivent respecter, notamment, les principes fondamentaux d'égalité de traitement, de non-discrimination et de transparence; que par ailleurs, les soumissionnaires doivent se trouver sur un pied d'égalité aussi bien au moment où ils préparent leurs offres qu'au moment où celles-ci sont évaluées;

Considérant, plus particulièrement, que l'obligation prescrite notamment par l'article 115, alinéa 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 de mentionner dans les documents du marché "tous les critères d'attribution, si possible dans l'ordre décroissant de l'importance qui leur est attribuée" implique que "lorsque le pouvoir adjudicateur a procédé à un classement par ordre d'importance des critères d'attribution dont il prévoit l'utilisation, il ne peut se borner à une simple mention de ceux-ci dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, mais doit en outre communiquer aux soumissionnaires le classement qu'il a retenu. (...) L'obligation ainsi imposée aux pouvoirs adjudicateurs vise précisément à faire connaître à tous les soumissionnaires potentiels, avant la préparation de leurs offres, les critères d'attribution auxquels lesdites offres doivent répondre ainsi que l'importance relative de ces critères, garantissant de cette manière le respect des principes d'égalité de traitement des soumissionnaires et de transparence" (C.J.C.E., 12 décembre 2002, Universale-Bau AG, C-470/99, pts 97-98); qu' "afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence, il importe que tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et (...) leur importance relative soient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres" (C.J.C.E., 24 novembre 2005, ATI EAC, C-331/04, pts 21 et 24; C.J.C.E., 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06, pts 36); qu' "En effet, les soumissionnaires potentiels doivent être mis en mesure d'avoir connaissance, au moment de la préparation de leurs offres, de l'existence et de la portée de ces éléments"; que "Partant, un pouvoir adjudicateur ne saurait appliquer des règles de pondération ou des sous-critères pour les critères d'attribution qu'il n'a pas préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires" (C.J.C.E., 24 janvier 2008, précité, pts 37 et 38); qu'il s'ensuit que les principes

d'égalité et de transparence visés au moyen imposaient à la partie adverse de publier dans les documents du marché les coefficients de pondération déterminés préalablement au lancement de la procédure; que le troisième moyen est fondé,

**D E C I D E :**

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

Est annulée la décision prise le 31 mars 2005 par la Région wallonne d'attribuer à la société anonyme AMEC SPIE le marché public de travaux relatif à la sécurisation de l'alimentation électrique et de la climatisation du bâtiment Perex.

**Article 2.**

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre, le six janvier deux mille dix par :

M<sup>me</sup> DAURMONT,  
MM. LEWALLE,  
NIHOUL,  
M<sup>me</sup> HUGÉ,

Président de chambre,  
Conseiller d'Etat,  
Conseiller d'Etat,  
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

C. HUGÉ.

O. DAURMONT.