

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 211.858 du 8 mars 2011

G./A.199.295/VI-19.025

En cause : **la société anonyme BUREAU D'ETUDES
PIERRE BERGER,**

ayant élu domicile chez
Me Christian BOULANGE, avocat,
boulevard Frère Orban, n° 15,
4000 Liège,

contre :

**la société anonyme SOCIETE WALLONNE
DES AEROPORTS,** en abrégé SOWAER,

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

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

Vu la requête unique introduite le 23 février 2011 par la société anonyme BUREAU D'ETUDES PIERRE BERGER, qui demande l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise le 02.02.2011 par la partie adverse d'attribuer à la S.A. BUREAU D'ETUDES TPF ENGINEERING le marché de services relatif à la désignation d'un bureau d'études en techniques spéciales pour la rénovation des installations électriques et HVAC de la tour de contrôle de l'aéroport de Liège-Bierset, écartant ainsi les offres des autres soumissionnaires et notamment celle que la requérante avait déposée";

Vu l'ordonnance du 24 février 2011, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 3 mars 2011 à 14 heures;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Entendu, en son rapport, M^{me} Odile DAURMONT, Président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me Pierre-Jean PICARD, loco Me Christian BOULANGE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Séverine PERIN, loco Me Dominique LAGASSE, avocat, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. THIBAUT, Premier auditeur au Conseil d'Etat;

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

Considérant que le marché de services ayant pour objet la désignation d'un bureau d'études en techniques spéciales pour la rénovation des installations électriques et HVAC de la tour de contrôle de l'aéroport de Liège-Bierset a fait l'objet d'une procédure négociée avec publicité et est régi par le cahier spécial des charges (ci-après : CSC) n° SOWAER/ET/LG/171/2009; que cinq soumissions ont été reçues lors de l'ouverture des offres le 1^{er} septembre 2010; que par une lettre recommandée, datée du 8 février 2011, la partie adverse a notifié à la requérante la décision motivée d'attribution du marché à la société anonyme BUREAU D'ETUDES TPF ENGINEERING pour un montant de 120.491,50 euros hors T.V.A; qu'il s'agit de l'acte attaqué;

Considérant que la partie adverse conteste la recevabilité du recours; qu'en effet, elle fait valoir que la décision d'agir en justice devant le Conseil d'Etat n'a pas été prise par l'organe compétent de la requérante;

Considérant que selon l'article 19 des statuts de la requérante :

" La société est représentée, y compris dans les actes et en justice :
- soit par deux administrateurs agissant conjointement ou par un administrateur délégué;
[...]
Ces signataires n'ont pas à justifier vis-à-vis des tiers d'une décision préalable du conseil d'administration.
[...].";

que la décision d'agir en l'espèce a été prise par Pierre BERGER, administrateur délégué, conformément à cette disposition; que le recours est dès lors recevable;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la "violation de l'article 17 de la loi du 24.12.1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, de la loi du 29.07.1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, spécialement ses articles 2 et 3, des règles de «bonne administration», et enfin des règles que la partie adverse s'est

imposées à elle-même par le biais des documents du marché"; qu'elle critique "l'analyse" et "la cotation des offres", au regard des critères d'attribution n^{os} 2 à 4;

Considérant, pour ce qui concerne le critère d'attribution n°2 relatif à la qualité de la planification proposée lors des différentes phases du projet (15 points), que la requérante expose que la décote appliquée aux soumissionnaires BOYDENS nv et TPF ENGINEERING, attributaire du marché, pour la qualité du planning global sanctionne de manière différenciée, sans raison apparente et donc de manière discriminatoire, le fait de ne pas faire apparaître clairement les notions de marge libre et de chemin critique; qu'elle observe encore que pour ce qui concerne les deux plannings d'exécution relatifs à la gestion des études et à la gestion des travaux, l'attributaire du marché a omis de fournir des représentations graphiques de type GANTT ou PERT, ce qui justifie aussi, selon elle, une décote; qu'elle en déduit une décote de 3 points de la cote obtenue pour le critère n° 2 par l'attributaire du marché;

Considérant, pour ce qui concerne le critère n°3 relatif au délai d'exécution (10 points), qu'en ce qui concerne le sous-critère "Pertinence des moyens humains prévus", la requérante soutient, en substance, que le "détail des moyens" humains était connu le jour de la négociation puisqu'elle était présente, ce jour, avec l'équipe minimale requise dans la lettre de convocation du 24 novembre 2010, renforcée par deux ingénieurs expérimentés (HVAC et électricité); qu'elle expose qu'aucune confirmation écrite à ce sujet n'était requise; qu'elle en conclut que la décote qu'elle a eue à cet égard est infondée; qu'elle conteste aussi l'appréciation du pouvoir adjudicateur selon laquelle "le représentant n'a pas une qualification technique probante suffisante dans la technique à mettre en œuvre pour le présent projet. Une décote complémentaire de 1 point est dès lors justifiée"; qu'elle fait aussi observer que le critère ainsi examiné devrait plutôt l'être lors de l'examen du critère n°4 relatif à la "qualité de l'offre"; qu'elle estime qu'en procédant de la sorte le pouvoir adjudicateur l'a pénalisée deux fois pour le même motif; que pour ce qui concerne le sous-critère "durée du délai proposé"; elle remarque que le pouvoir adjudicateur a erronément inclus dans les délais proposés les délais d'approbations qui sont des délais imposés; que selon elle, cette erreur pénalise le soumissionnaire le plus performant au niveau des délais proposés; qu'elle conclut qu'une décote de 0,20 point devrait être faite de la cote obtenue par TPF ENGINEERING pour le critère n°3 et que pour ce qui le concerne une correction de 1,5 points devrait être opérée en sa faveur;

Considérant qu'il y a lieu d'observer qu'en ce qui concerne le critère n°1, relatif au montant de l'offre et valant pour 60 points, la requérante a obtenu le maximum de 60 points; qu'au total, l'attributaire a obtenu 95,34 points tandis que la requérante a reçu la cote de 93,85 points se classant ainsi en deuxième place; que

l'écart total entre les deux soumissionnaires est donc de seulement 1,49 points; que l'ensemble des autres critères valent pour 40 points: le critère n°2 relatif à la planification des différentes phases du projet coté sur 15 points, le critère n°3 relatif au délai d'exécution vaut 10 points tandis que le critère n°4 concernant la qualité de l'offre est estimé à 10 points; que la requérante critique les cotes attribuées à l'attributaire du marché et à elle-même pour ces trois derniers critères; qu'en calculant des décotes en défaveur de l'attributaire du marché et des corrections en sa faveur, elle prétend se classer première avec 96,25 points tandis que l'attributaire du marché n'aurait que 92,14 points;

Considérant qu'il s'impose de rappeler que le Conseil d'Etat ne peut substituer une appréciation chiffrée des offres au regard des critères prévus mais seulement constater les éventuelles erreurs commises par le pouvoir adjudicateur lors de cette appréciation; que ces erreurs doivent être établies de manière certaine et avoir une incidence sur le classement pour être susceptible de conclure à une annulation;

Considérant qu'en ce qui concerne le critère n°2, relatif à la qualité de la planification des différentes phases du projet, contrairement à ce que prétend la partie adverse, la requérante a intérêt à soutenir que le pouvoir adjudicateur a fait preuve de mansuétude à l'égard du futur attributaire en le sanctionnant, pour un manquement identique, de manière moindre qu'un autre soumissionnaire que la requérante, dès lors que cette mansuétude a conduit à une notation plus élevée de l'offre de ce futur attributaire; qu'en effet, à la suite de la combinaison des notes obtenues pour les différents critères pour l'ensemble des soumissionnaires, le futur attributaire pourrait se trouver mieux classé, au total, que la requérante; que le moyen est donc recevable à cet égard; que pour ce qui concerne la présentation d'une note, de trois plannings et d'exemples, la requérante et l'attributaire du marché ont tous deux obtenu la note maximale pour la qualité de la note concernant les plannings; que pour le surplus, rien dans le cahier spécial des charges, n'imposait d'indiquer les exemples demandés dans une note plutôt que dans le document reprenant les plannings; qu'en estimant pour ce qui concerne la requérante, que "pour l'exemple du planning général joint en annexe à la note, le soumissionnaire n'a pas tenu compte des principes repris dans la note descriptive. De plus, ce planning aurait été plus lisible s'il était repris sur une page unique et non sur trois. Pour cette raison, une décote de 0,25 point sur 2 se justifie pour la qualité du planning global" et pour ce qui concerne l'attributaire du marché, que "le planning ne fait pas apparaître clairement les notions de marge libre et de chemin critique. Une décote de 0,25 point est appliquée aux trois plannings. Aucun exemple spécifique n'est joint pour les plannings détaillés (études ou travaux). Cependant le planning global étant bien détaillé, le pouvoir adjudicateur considère ce planning partiellement valable pour les exemples des plannings spécifiques de gestion des études et des travaux. Une décote complémentaire de 0,25 point se justifie pour les

plannings détaillés relatifs à la gestion des études et des travaux", la partie adverse n'a commis aucune erreur d'appréciation de nature à nuire à la requérante; qu'il s'ensuit que la critique de la requérante de l'appréciation du critère n°2 n'est pas sérieuse;

Considérant, pour ce qui concerne le critère n°3 relatif au délai d'exécution, que l'attributaire du marché a détaillé le calcul de ce délai dans une note circonstanciée et a, entre autres, précisé que "les prestations nécessaires à cette première phase sont évaluées à 360 heures de prestations" alors que sur ce dernier point, la requérante a seulement indiqué un nombre de jours de prestations; qu'il n'est pas déraisonnable d'estimer qu'un délai d'exécution est d'autant moins précis s'il est calculé en jours plutôt qu'en heures de prestations d'une part et sans indications précises des moyens humains mis en œuvre pour le respecter d'autre part; qu'il n'est pas non plus injustifié de tenir compte des moyens humains mis en œuvre pour apprécier le critère relatif au délai d'exécution et celui relatif à la qualité de l'offre (critère n°4); que sur ces points, le pouvoir adjudicateur n'a pas commis, à l'analyse du rapport d'examen des offres, d'erreur d'appréciation manifeste dans la notation de la requérante; qu'ainsi, même à supposer sérieuse l'argumentation de la requérante quant au fait que le pouvoir adjudicateur ne pouvait calculer le délai en y incluant les délais d'approbation, il y a lieu d'observer que la décote à opérer serait seulement de 0,2 point; que dans cette mesure, l'argumentation de la requérante à propos du critère n°2 n'est pas sérieuse;

Considérant qu'à l'issue de l'examen des critiques relatives aux critères n°s 2 et 3, il n'y a pas lieu, comme le prétend la requérante, d'attribuer une décote de 3 points à l'attributaire du marché ni une correction de 1,5 points à la requérante; que pour ce qui concerne le critère n°4, selon la requérante, 0,9 point supplémentaire devrait lui échoir; qu'ainsi à supposer même que cette revendication soit sérieuse de même que celle de 0,2 point pour le critère n°3, ces corrections ne permettraient pas de combler l'écart total de 1,49 points entre la requérante et l'attributaire du marché;

Considérant que le moyen unique n'est pas sérieux,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les dépens sont réservés.

Article 3.

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.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le huit mars deux mille onze par :

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.