

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 213.306 du 17 mai 2011

G./A.199.946/VI-19.091

En cause : **la société anonyme PHONECOM,**

ayant élu domicile chez
Me Xavier DE THIBAUT DE BOESINGHE, avocat,
avenue Louise, n° 203/1,
1050 Bruxelles,

contre :

la société anonyme Banque Nationale de Belgique,

ayant élu domicile chez
Mes William TIMMERMANS et
Charlotte BOUMAL, avocats,
avenue du Port, n° 86C/414,
1000 Bruxelles.

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

Vu la demande introduite le 26 avril 2011 par la société anonyme PHONECOM, qui tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de :

- " - la décision de la Banque Nationale de Belgique du 8 avril 2011 déclarant l'offre de la s.a. PHONECOM irrégulière dans le cadre de l'attribution du marché public défini par le cahier spécial des charges n° 2010-299 «ayant pour objet la réalisation d'enquêtes de consommateurs». Cette décision a été notifiée par un recommandé envoyé le 11 avril 2011 et réceptionné le 12 avril 2011. [...];
- la décision de la Banque Nationale de Belgique d'attribuer le marché défini par le cahier spécial des charges n° 2010-299 «ayant pour objet la réalisation d'enquêtes de consommateurs» à un autre soumissionnaire.";

Vu l'ordonnance du 27 avril 2011, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 12 mai 2011 à 10 heures 30;

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 Pauline LAGASSE, loco Me Xavier DE THIBAUT DE BOESINGHE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Mes Charlotte BOUMAL et William TIMMERMANS, avocats, comparaissant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M^{me} WILLEMART, 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 la première décision, celle du 8 avril 2011, a été notifiée à la partie requérante le 11 avril 2011; que la décision d'attribution du marché a été prise le 22 avril 2011; qu'à la demande de l'auditeur rapporteur cette seconde décision a été versée dans le dossier administratif le 10 mai 2005;

Considérant que la partie adverse fait valoir que le recours doit être déclaré irrecevable; qu'elle expose que la décision d'introduire le recours n'a pas été prise par l'organe statutairement compétent; qu'elle relève en effet que cette décision est signée par une seule personne : Thierry Thomson, mais en deux qualités différentes : celle d'administrateur de la société anonyme PHONECOM et celle de gérant de la société privée à responsabilité limitée PHONE-OFF;

Considérant qu'il ressort des statuts de la requérante que la décision d'agir en justice peut être prise par deux administrateurs ou par l'administrateur délégué seul; qu'en l'espèce, la décision a été prise par l'administrateur délégué; que l'exception est rejetée;

Considérant que la partie adverse soutient que la requête n'est pas recevable en tant qu'elle vise le deuxième acte attaqué; que selon elle, en effet, le conseil d'administration n'a pas décidé d'agir contre cet acte;

Considérant que selon l'article 65/4, 5°, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fourniture et de services, une seule décision existe, celle d'attribution du marché, en adjudication publique, comme c'est le cas en l'espèce; que cette décision comprend les motifs relatifs à la sélection, à la régularité des offres ainsi que la comparaison des offres; que ce n'est que lorsqu'elle a pris la décision d'attribution que la partie adverse peut procéder aux communications utiles aux différents soumissionnaires; qu'en l'espèce, il y a lieu d'observer que la notification de la décision relative à la sélection qualitative a été faite à la requérante avant que ne soit prise la décision d'attribution ainsi qu'il

ressort de l'exposé des faits ci-dessus; que la partie adverse a commis une erreur en procédant de la sorte; qu'il y a lieu de considérer que la requête est recevable en tant qu'elle porte sur la décision d'attribution dans son ensemble, c'est-à-dire tant du point de vue de la sélection et de la régularité que du point de vue de l'attribution; qu'il s'ensuit que l'exception est rejetée;

Considérant que la requérante prend un moyen unique de la violation de :

- " - la Constitution, notamment de ses articles 10, 11 et 33;
- la directive européenne 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», notamment de ses articles 2, 41, 44, 51 et 53;
- la loi du 24 décembre 1993 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services», notamment de ses articles 15, 65/4, 65/5 et 65/8;
- la loi du 29 juillet 1991 «relative à la motivation formelle des actes administratifs», notamment de ses articles 2 et 3;
- l'arrêté royal du 8 janvier 1996 «relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics», notamment de ses articles 68, 71, 72, 80 et 110;
- les principes généraux de droit, notamment le principe de la motivation interne des actes administratifs, le principe de proportionnalité, le principe du raisonnable, le principe d'égalité, les principes de bonne administration et le principe de la confiance légitime;
- et de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes et/ou les motifs;"

qu'elle soutient, en substance, et à titre principal, que les "CV sommaires" des membres du personnel ont bien été joints à son offre puisque "l'annexe 2 du modèle d'offre, de par les informations qu'elle exige, se présente comme «un CV succinct» pour chaque personne répertoriée" et qu'elle a dûment complété celle-ci et l'a jointe à son offre; qu'elle allègue, à titre subsidiaire, que l'appréciation de la partie adverse a été manifestement disproportionnée et, à titre infiniment subsidiaire, que la B.N.B. devait l'interroger à ce sujet;

Considérant que la partie adverse répond ce qui suit :

- " 1. A titre principal : les «CV succints» n'ont pas été communiqués

16. La SA Phonecom soutient à titre principal qu'elle a bien communiqué les CV succints à la BNB, ceci en complétant l'annexe 2 du CSC, à savoir la liste du «personnel qui sera chargé de réaliser le marché». La partie adverse ne partage pas cet avis.

Pour rappel, le CSC établi par la SNS prévoyait en effet explicitement en son article III.6 que :

«La nature du questionnaire exige de plus que les opérateurs soient suffisamment qualifiés pour donner si nécessaire une courte explication ou un éclaircissement quant aux questions posées. Les CV succints des membres du personnel, qui sera concerné par l'exécution de ce marché et dont le soumissionnaire dispose, doivent à cet effet être joints avec mention de la

langue maternelle dans laquelle le diplôme a été obtenu.» (Clauses techniques, 6 «Compétence opérationnelle») (souligné par la partie adverse).

Les termes de cette disposition du CSC sont très clairs - il est littéralement requis de joindre des CV succincts aux offres - et ne peuvent prêter à aucune interprétation.

17. L'article III.6 du CSC dispose que les soumissionnaires doivent joindre les CV succincts à leur offre. Il est dès lors clair que l'annexe 2 du CSC ne concerne qu'une liste du personnel à affecter - et non pas un CV succinct.

En effet, la définition d'un CV est l'ensemble des indications fournies par une personne sur son état civil, sa formation, ses activités passées (Le Petit Robert, Paris, Dictionnaires le Robert, 2002, V^o curriculum vitae). Ces éléments d'information ne sont pas couverts par l'annexe 2 qui ne reprend que le nom, le diplôme obtenu, l'établissement auprès duquel il a été obtenu et la langue du diplôme du personnel qui sera chargé de réaliser le marché.

Partant, les CV succincts requis par le CSC visent des documents contenant de plus amples informations que celles contenues dans l'annexe 2 de l'offre. Si tel n'était pas le cas, ces CV (même succincts) n'auraient aucune valeur ajoutée et la BNB aurait fait l'économie de cette formalité.

Les dispositions du CSC sont établies afin de permettre à l'autorité administrative, la BNB en l'espèce, d'évaluer toutes les offres introduites sur la base de critères et conditions identiques dans un souci d'égalité de traitement des soumissionnaires. Il n'appartient dès lors pas à un soumissionnaire de décider de l'inutilité ou de la redondance de certaines dispositions.

En outre, la BNB a retenu huit offres, dont seulement deux, l'offre de la partie requérante incluse, ne contenaient pas comme annexes séparées les CV succincts des membres du personnel concernés par l'exécution du marché (pièces 4). Il s'ensuit que la grande majorité des soumissionnaires a bien compris la portée de cette exigence.

18. Le fait que la SA Phonocom se repose sur un marché de 2008 pour justifier la lacune contenue dans son offre n'est pas pertinent en l'espèce.

En effet, il s'agit de deux procédures d'adjudication publique différentes. De plus, la partie requérante ne peut se prévaloir de la tolérance administrative pratiquée lors du marché de 2008. Le fait que, dans le cadre du marché de 2008, la BNB n'a pas déclaré l'offre irrégulière ne pouvait pas susciter dans l'esprit de la partie requérante la confiance légitime qu'elle pouvait s'exempter de fournir toutes les informations requises par le cahier des charges des marchés auxquels elle participerait ultérieurement. Pour le surplus, il est fait référence au point n° 2 ci-après.

2. A titre subsidiaire: l'appréciation de la BNB n'est pas manifestement disproportionnée

19. La partie requérante soutient à titre subsidiaire que la BNB a exercé son pouvoir d'appréciation de manière disproportionnée car l'ommission des CV succincts n'était pas de nature à entraîner la non-sélection et/ou l'irrégularité de son offre en ce que la BNB disposait au moyen de l'annexe 2 du CSC de l'ensemble des informations lui permettant d'apprécier la capacité des membres de son personnel à «donner si nécessaire une courte explication ou un éclaircissement quant aux questions posées».

20. L'exigence de joindre les CV succincts à l'offre constitue une exigence de régularité des offres, comme il ressort textuellement du point 4 de l'article I.6 du

CSC : «Le dossier introduit par le soumissionnaire sera assemblé selon les recommandations suivantes : (...) toutes les données relatives aux critères de sélection», ainsi que du point III.6, premier alinéa («Une description détaillée concernant (...) le personnel qualifié (...) sera jointe à l'offre.») et deuxième alinéa du CSC («Les cv succincts des membres du personnel (...) doivent à cet effet être joints(...)).»).

L'exigence de joindre les CV succincts à l'offre est de plus basée sur l'article 90, § 2 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Cette disposition stipule que :

«Les documents, modèles, échantillons et toutes autres informations exigés par le cahier spécial des charges doivent être joints à l'offre, sauf disposition contraire du cahier spécial des charges.»

Dans le cas d'espèce, la BNB n'a pas exercé son pouvoir d'appréciation de manière disproportionnée en décidant de déclarer l'offre de la SA Phonecom irrégulière.

21. En effet, il s'agissait d'une irrégularité qui lui imposait, ou à tout le moins, autorisait, de rejeter l'offre de la SA Phonecom.

En effet, cette information manquante est de grande importance, étant donné que les enquêtes en question sont effectuées mensuellement, et que cette information doit permettre à la BNB d'évaluer la qualité de l'équipe proposée (expérience, âge, etc.) en vue d'assurer une continuité des données collectées.

Retenir l'offre de la SA Phonecom, qui ne contient pas les CV succincts, alors que les offres des autres soumissionnaires contiennent bien ces informations substantielles, aurait été contraire aux principes d'égalité et de concurrence entre soumissionnaires. La BNB a donc, à la lumière des principes fondamentaux d'égalité et de concurrence, déclaré à bon droit l'offre de la SA Phonecom comme irrégulière.

Or, le même traitement a été réservé à l'autre soumissionnaire qui a omis de transmettre les CV succincts précités, de sorte que la BNB a traité tous les soumissionnaires de manière égale.

Dès lors, la décision de la BNB de déclarer l'offre de la partie requérante comme irrégulière ne peut être considérée comme manifestement disproportionnée.

22. De plus, l'argument de la SA Phonecom selon lequel la BNB n'a pas respecté son devoir de motivation doit être rejeté par Votre Conseil. La motivation de la désignation de l'offre de la SA Phonecom comme irrégulière ressort clairement du PV concernant l'examen de la régularité du 8 avril 2011 qui se trouve dans le dossier administratif (pièce 4) et de la lettre adressée à la SA Phonecom (pièce 5).

La décision de qualifier l'offre de la SA Phonecom comme irrégulière a partant été dûment motivée, aussi bien matériellement que formellement.

3. A titre infiniment subsidiaire: la SNS n'avait pas l'obligation d'interroger la SA Phonecom

23. La partie requérante soulève à titre infiniment subsidiaire que la BNB devait interroger la SA Phonecom au sujet de la lacune contenue dans son offre concernant les CV succincts si elle n'était pas en mesure de contrôler l'aptitude des membres de son personnel sur la base des informations fournies. La SA Phonecom invoque à cet égard l'article 51 de la directive 2004/18/CE.

24. Tout d'abord, il y a lieu de constater que l'article 51 de la directive 2004/18/CE a trait aux critères de sélection qualitative. Comme il a déjà été développé plus

haut, l'exigence reprise à l'article III.6 du CSC de joindre les CV succincts à l'offre n'a pas de rapport avec la sélection qualitative.

De plus, quand bien même la SA Phonecom aurait pu invoquer cette disposition, il convient de pointer qu'elle n'offre qu'une possibilité et non une obligation de demander des informations complémentaires. Ceci est d'ailleurs confirmé par la jurisprudence de Votre Conseil (CE 7 décembre 2010, Valenti Garden Company, n° 209.569).

25. La SA Phonecom ajoute de plus que la BNB aurait dû en tout état de cause la consulter, et qu'une telle prise de contact n'aurait été contraire ni aux dispositions légales d'application, ni aux principes fondamentaux à la base du droit des marchés publics. En effet, selon la SA Phonecom, un tel acte de la BNB n'aurait pas mis la SA Phonecom dans la possibilité de modifier son offre par la suite.

26. La partie adverse ne peut en aucun cas partager ce point de vue.

Tout d'abord, il n'existe dans le chef du pouvoir adjudicateur - en l'espèce, la BNB - aucune obligation de demander des informations complémentaires. Il convient de se référer à la jurisprudence de Votre Conseil à cet égard :

«([...] que la régularité d'une offre s'apprécie en principe sur la base de l'offre elle-même, c'est-à-dire des éléments que le soumissionnaire y a consignés, le pouvoir adjudicateur n'ayant aucune obligation sur ce point de prendre contact avec le ou les soumissionnaires concernés pour obtenir des explications complémentaires; (...))» (CE 14 novembre 2007, Caropose, n° 176.827)

Que la SA Phonecom ait été éliminée de la procédure par la suite n'y change rien.

Plus fondamentalement, il est interdit à toute autorité adjudicatrice (telle que la BNB) de consulter des soumissionnaires de manière telle qu'il leur aurait encore été possible de modifier ou compléter leur offre. Dans le cas contraire, l'égalité entre soumissionnaires serait compromise et la procédure d'attribution serait irrévocablement viciée. Ceci ressort clairement de la jurisprudence de Votre Conseil :

«Considérant qu'en principe, la régularité des soumissions doit s'apprécier sur la base des soumissions mêmes et non pas à la lumière de déclarations complémentaires, à peine de violer le droit des soumissionnaires à l'égalité de traitement; que sauf disposition légale ou réglementaire expresse ou sauf dispositions particulières du cahier spécial des charges, les documents qui accompagnent la soumission doivent normalement être joints à celle-ci lors de son dépôt et ne peuvent être transmis ultérieurement à l'ouverture des offres; que face à une offre incomplète, l'article 115, alinéa 5, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 autorise, mais n'oblige pas, le pouvoir adjudicateur à "prendre contact" avec les soumissionnaires, mais seulement "pour faire préciser ou compléter la teneur de leur offre; [...]» (CE 19 mars 2008, Etablissements Delterne, n° 181.352; voyez aussi : CE 7 décembre 2009, TWT, n° 198.594)

27. En l'espèce, l'on ne voit pas dans quel autre but que le dépôt des CV succincts, la SA Phonecom aurait été consultée. La simple demande de renseignements complémentaires n'aurait en tout cas pas d'effet utile, vu que les CV succincts ajoutent des informations quant au contenu de la liste de l'annexe 2.

L'allégation par la SA Phonecom qu'une consultation par la BNB n'aurait pas apporté de modification de son offre n'est dès lors pas sérieuse.

Partant, le moyen n'est pas sérieux.";

Considérant qu'à la demande de l'auditeur rapporteur, la partie adverse a communiqué au Conseil d'Etat l'ensemble des offres; que dans son courrier électronique du 10 mai 2011 par lequel elle envoie ces documents, elle écrit ce qui suit :

" Ma cliente considère que ces pièces sont confidentielles, notamment considérant les informations quant à l'organisation interne des soumissionnaires et le caractère personnel des données reprises dans les CV";

Considérant qu'en principe, le dossier déposé par la partie adverse doit contenir les différentes offres; que celles-ci, en règle, ne sont pas confidentielles; que l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 précitée prévoit une exception à ces principes et l'énonce comme suit :

" 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 l'autorité adjudicatrice qui est tenue de déposer l'intégralité du dossier, 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 afin que la procédure respecte, dans son ensemble, le droit à un procès équitable";

que si une offre est déclarée confidentielle par un pouvoir adjudicateur, aucun contrôle juridictionnel de l'attribution du marché n'est possible; que si confidentialité il y a, celle-ci ne peut être que partielle; que la partie qui invoque cette confidentialité doit la justifier précisément et concrètement; que le Conseil d'Etat peut, si cela s'impose, fonder l'examen d'un moyen sur une pièce confidentielle, tout en sauvegardant la confidentialité de ce document vis-à-vis des parties et bien évidemment, des tiers;

Considérant qu'en l'espèce, la partie adverse n'a pas établi précisément ni concrètement la confidentialité des documents; que la connaissance des offres et des "CV succints" est absolument indispensable pour pouvoir examiner le moyen unique;

Considérant que les dispositions du cahier spécial des charges (C.S.C.) relatives aux "CV succints" sont les suivantes :

" C.S.C. :

II. DISPOSITIONS CONTRACTUELLES

II. 19 PERSONNEL AFFECTE A LA MISSION

- «Le soumissionnaire s'engage à affecter à la mission le personnel nécessaire à sa réalisation. Le personnel en question sera en principe celui dont les CV auront été

présentés par le soumissionnaire pour l'attribution du marché ou du personnel de qualité au moins équivalente».

[...]

III. CLAUSES TECHNIQUES

[...]

6. COMPETENCE OPERATIONNELLE

«[...] La nature du questionnaire exige de plus que les opérateurs soient suffisamment qualifiés pour donner si nécessaire une courte explication ou un éclaircissement quant aux questions posées. Les cv succincts des membres du personnel, qui sera concerné par l'exécution de ce marché et dont le soumissionnaire dispose, doivent à cet effet être joints avec mention de la langue maternelle dans laquelle le diplôme a été obtenu. Ensuite, le call center remettra à la Banque nationale une liste actualisée du personnel intervenant dans les enquêtes de consommateurs, chaque année au mois de janvier.

Le nombre minimum de personnes chargées d'effectuer les enquêtes mensuelles s'élève à 3 par rôle linguistique. Une personne au moins par rôle linguistique possède un diplôme d'enseignement secondaire supérieur ou équivalent. Les autres opérateurs disposent au minimum d'un diplôme de secondaire inférieur ou assimilé».

7. USAGE DES LANGUES

[...] «Le soumissionnaire établit une estimation par rôle linguistique, exprimée en équivalents temps plein par année, du nombre de collaborateurs qui seront chargés d'effectuer le marché».

[...]

ANNEXE II. : Personnel qui sera chargé de réaliser le marché (minimum 3 personnes par rôle linguistique)

[Tableau à compléter par les soumissionnaires : 5 francophones et 5 néerlandophones]

Nom	diplôme obtenu	établissement scolaire	langue du diplôme obtenu

".

Considérant que les informations relatives au personnel affecté à l'exécution du marché permettent à la partie adverse de vérifier que les offres répondent aux prescriptions "techniques"; que, selon le cahier spécial des charges, les exigences "techniques" minimales sont les suivantes :

- " Le nombre minimum de personnes chargées d'effectuer les enquêtes mensuelles s'élève à 3 par rôle linguistique. Une personne au moins par rôle linguistique possède un diplôme d'enseignement secondaire supérieur ou équivalent. Les autres opérateurs disposent au minimum d'un diplôme de secondaire inférieur ou assimilé";

Considérant que selon le cahier spécial des charges :

" L'administration choisit l'offre régulière la plus basse.

Les offres qui ne satisfont pas à toutes les exigences minimales peuvent être rejetées sans autre formalité.

Si une offre ne contient pas les informations suffisantes et que de ce fait il devient presque impossible de l'évaluer en profondeur, elle peut être rejetée sans autre formalité."

"Sous peine d'exclusion, l'offre doit être établie comme décrit dans le présent cahier spécial des charges. Pour autant qu'il y ait des formulaires annexés au cahier spécial des charges, le soumissionnaire remplira ceux-ci de la manière aussi complète que possible".;

Considérant que le prix est l'élément déterminant de comparaison des offres et en adjudication, comme en l'espèce, le seul critère d'attribution du marché; que pour ce qui concerne la production de "CV succints", le respect de cette exigence n'apparaît pas comme une cause de nullité absolue; qu'il y a lieu d'observer que si tel était le cas, l'offre de l'adjudicataire aurait aussi dû être écartée puisque celui-ci n'a pas rempli tel quel, le tableau de l'annexe II, mais a présenté les informations demandées sous une autre forme; que l'annexe II est manifestement conçue pour permettre de vérifier le respect des prescriptions du cahier spécial des charges et y suffit amplement;

Considérant que la partie adverse doit exercer son pouvoir d'appréciation dans le respect du principe d'égalité; qu'en l'espèce, sept offres ont été déposées; qu'il ressort de l'examen de celles-ci, que les soumissionnaires ont tous procédé de manière différente; qu'en tout cas, deux soumissionnaires, autres que la requérante, n'ont joint aucun curriculum vitae à leur offre; que d'autres éléments jouant en défaveur de certains soumissionnaires peuvent être observés ainsi que des précisions utiles apportées par la requérante qui indique le diplôme précis des membres de son personnel et pas seulement le niveau d'études; qu'il apparaît de manière certaine que le principe d'égalité n'a pas été respecté; que le moyen est sérieux,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

Sont suspendues l'exécution de :

- la décision de la Banque nationale de Belgique du 8 avril 2011 déclarant l'offre de la société anonyme PHONECOM irrégulière dans le cadre de l'attribution du marché public défini par le cahier spécial des charges n° 2010-299 ayant pour objet la réalisation d'enquêtes de consommateurs.

- la décision de la Banque nationale de Belgique d'attribuer le marché défini par le cahier spécial des charges n° 2010-299 ayant pour objet la réalisation d'enquêtes de consommateurs à un autre soumissionnaire.

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.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

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

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Katty LAUVAU,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

Odile DAURMONT.