

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 215.936 du 21 octobre 2011

G./A.202.020/VI-19.272

En cause : **la société anonyme CONCEPTEXPO LETTERING,**

ayant élu domicile chez
Me Eric MARON, avocat,
chaussée de Charleroi, n° 138/6,
1060 Bruxelles,

contre :

la commune de Schaerbeek,

ayant élu domicile chez
Me Jean BOURTEMBOURG, avocat,
rue de Suisse, n° 24,
1060 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA DEMANDE

Par une demande introduite le 11 octobre 2011, la société anonyme CONCEPTEXPO LETTERING tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision du 12 juillet 2011 du collège des bourgmestre et échevins de la commune de Schaerbeek d'attribuer à la société privée à responsabilité limitée A.J.V. le marché public de fournitures ayant pour objet l'acquisition et le placement de matériel de signalisation au Parc Josaphat.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 11 octobre 2011, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 20 octobre 2011 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., Yves HOUYET, a exposé son rapport.

Me Eric MARON, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me François BELLEFLAMME, loco Me Jean BOURTEMBOURG, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, 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 du recours sont les suivants :

Un avis relatif à l'attribution du marché public litigieux est publié le 2 septembre 2010 au supplément au Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications.

Le cahier spécial des charges présente les critères d'attribution de la manière suivante :

" I.9 Critères d'attribution

Le pouvoir adjudicateur choisit l'offre régulière économiquement la plus avantageuse en fonction des critères d'attribution énumérés et pondérés suivants :

1. Prix: 50 points
2. Qualités technique (solidité, résistance au vandalisme, corrosion et usure, etc) et esthétique : 20 points
3. Amélioration du délai d'exécution prévu à l'article II.4 : 20 points
4. Modalités et étendue de la garantie : 10 points".

L'ouverture des offres a lieu le 27 octobre 2010. Cinq soumissionnaires, dont la requérante, présentent une offre.

Le 6 juillet 2011, est établi un rapport d'examen des offres qui précise notamment ce qui suit au sujet du deuxième critère d'attribution :

" 5.1.2. Critère d'attribution N° 2: Qualités technique (solidité, résistance au vandalisme, corrosion et usure, etc.) et esthétique
Appréciation sur 20 points.

Motivation

Méthode de pondération :

Principe général La commune suit le principe général selon lequel les points sont attribués afin d'apprécier en quoi les offres dépassent les exigences fixées dans le cahier spécial des charges lesquelles doivent donc être considérées comme étant le «minimum requis». En d'autres termes, une offre qui répond totalement aux exigences du cahier spécial des charges sans apporter de plus-value du point de vue de la qualité technique (déclinée sous ses différents aspects : solidité, résistance au

vandalisme, corrosion et usure, etc.) et de la qualité esthétique ne se voit accorder aucun point.

Il sera procédé à un examen précis de chaque offre afin de déterminer dans quelle mesure les propositions qu'elles contiennent dépassent les exigences du cahier spécial des charges et constituent une plus-value pouvant être valorisée.

Par ailleurs s'applique également le principe selon lequel le poids initial de chaque critère d'attribution fixé et annoncé dans le cahier spécial des charges doit être maintenu. Ceci signifie que la meilleure proposition pour chacun des critères annoncés doit se voir attribuer le maximum des points (cf. C.E. arrêts N° 109.993 du 3/9/2002, N° 126.719 du 22/12/2003, N° 127.069 du 13/01/2004, N° 160.979 du 5/07/2006 et 168.990 du 15/03/2007)".

Le 12 juillet 2011, la partie adverse attribue le marché public concerné à la société A.J.V.. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. MOYEN

IV. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique pris de la violation "des articles 10 et 11 de la Constitution, des articles 1^{er}, § 1^{er}, et 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains de marchés de travaux, de fournitures et de services, de l'article 115 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, de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du cahier spécial des charges (articles I.9 et I.10), du principe d'égalité entre les soumissionnaires, du principe de la motivation interne des actes administratifs selon lequel tout acte administratif doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et légalement admissibles, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir".

Dans une première branche, elle expose que si le pouvoir adjudicateur peut recourir à des éléments d'évaluation qui ne sont pas mentionnés dans le cahier spécial des charges, mais qui sont destinés à expliciter les critères d'attribution fixés par ce dernier, ces éléments d'évaluation ne peuvent cependant conduire à une dénaturation des critères du cahier spécial des charges qui sont les seuls connus des soumissionnaires.

Elle indique 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.

Elle estime que la manière dont la partie adverse a fait application du deuxième critère d'attribution du marché méconnaît totalement les principes précités. Elle explique que le deuxième critère, tel qu'il est défini dans le cahier spécial des charges, ne se réfère pas uniquement aux améliorations proposées par les soumissionnaires, mais bien de manière générale aux qualités techniques et esthétiques du matériel proposé.

Elle en déduit que, pour coter les offres en application de ce critère, la partie adverse devait prendre en considération les qualités intrinsèques des offres, sans pouvoir se limiter aux améliorations proposées par les soumissionnaires.

Elle considère qu'en n'agissant pas de cette manière et en limitant l'appréciation de ce critère aux améliorations proposées, la partie adverse l'a dénaturé et lui a donné une portée qui, si elle avait été connue des soumissionnaires au moment du dépôt de leurs offres, n'aurait pas manqué d'influencer le contenu de ces dernières.

Elle critique le fait que la partie adverse a décidé d'attribuer la cote de 0/20 aux soumissionnaires qui n'ont pas proposé d'améliorations acceptées par la partie adverse, alors même que le matériel proposé par ces derniers a été jugé conforme aux exigences du cahier spécial des charges et qu'il ne peut donc certainement pas être considéré qu'il s'agirait d'un matériel de mauvaise qualité et encore moins de très mauvaise qualité, ce qui seul pourrait cependant justifier la cote de 0/20. Elle dénonce aussi l'attribution de la cote de 20/20, soit le maximum des points, au soumissionnaire ayant proposé l'une ou l'autre amélioration, et ce quelle que soit l'importance de cette dernière.

Elle indique que ce critère, tel qu'il était défini dans le cahier spécial des charges, était imprécis car il se référait notamment, à la qualité technique qui était définie par référence à des éléments énumérés à titre exemplatif. Or, selon la requérante, la partie adverse a tenu compte uniquement des éléments expressément mentionnés, à l'exclusion de tout autre, et ce sans aucune motivation.

Enfin, elle fait valoir que même si la partie adverse pouvait interpréter, comme elle l'a fait, le deuxième critère d'attribution, il faudrait alors considérer que ce critère était défini de manière vague et aléatoire dans le cahier spécial des charges.

B. Note d'observations

La partie adverse répond, au sujet de la première branche, que le cahier spécial des charges prévoit que 20 points sont attribués aux qualités techniques et esthétiques et que seules ces qualités ont été évaluées. Elle estime que c'est le système d'évaluation qui est en réalité critiqué par la partie requérante et que celui-ci relève du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur.

Elle explique que les éléments qui valorisent le mobilier apportent une note positive alors que les éléments qui ne le valorisent pas ou qui ne sont pas appréciés de manière favorable, comme par exemple la présence d'un vernis liquide brillant, n'influencent en rien la cotation.

Elle en déduit qu'une cote de 0/20 n'implique pas une appréciation négative sur les capacités techniques des soumissionnaires.

Elle estime que la méthode qui consiste, pour apprécier un critère, à tenir compte non seulement de la conformité des offres mais également des améliorations apportées par rapport aux exigences minimales relatives à la qualité technique et à la qualité esthétique, est admissible.

Elle soutient que cette méthode n'a pu tromper les soumissionnaires qui savaient que leurs offres devaient répondre aux exigences du cahier spécial des charges et qu'elles seraient cotées au regard des éléments techniques ou esthétiques qui seraient proposés.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le principe général d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et celui de transparence requièrent que le pouvoir adjudicateur informe les soumissionnaires avec suffisamment de précision sur le contenu des critères d'attribution au regard desquels il entend évaluer leurs offres afin de leur permettre de les préparer utilement.

En l'espèce, le cahier spécial des charges présente, sans autres informations, le deuxième critère d'attribution de la manière suivante : "Qualités technique (solidité, résistance au vandalisme, corrosion et usure, etc) et esthétique : 20 points".

Il ressort toutefois du rapport d'analyse des offres que, sans en avoir averti les soumissionnaires avant le dépôt de celles-ci, la partie adverse a décidé de

juger leur valeur exclusivement au regard de l'amélioration qu'elles apportaient par rapport aux exigences prévues par le cahier spécial des charges à propos des qualités techniques et esthétiques et de ne reconnaître aucune valeur aux offres n'offrant pas une telle amélioration.

Cette décision devait être portée à la connaissance des soumissionnaires avant le dépôt de leurs offres dès lors qu'elle constituait un élément important pour la compréhension de la portée du deuxième critère et pour la préparation des soumissions.

Elle était en effet susceptible d'influer sur leur contenu étant donné que s'ils l'avaient connue, les soumissionnaires auraient su que, pour revêtir une valeur, leurs offres devaient nécessairement apporter des améliorations par rapport aux exigences du cahier spécial des charges relatives aux qualités techniques et esthétiques.

La partie adverse a, au demeurant, fourni cette information, dans le cahier spécial des charges, au sujet du troisième critère d'attribution qu'elle a présenté de la façon suivante : "Amélioration du délai d'exécution prévu à l'article II.4 : 20 points".

Les soumissionnaires savaient dès lors, au sujet de ce troisième critère, que la valeur de leurs offres serait jugée par rapport aux améliorations proposées au sujet du délai d'exécution.

En n'informant pas les soumissionnaires de cet élément important pour la compréhension de la portée du deuxième critère et pour la préparation des offres, la partie adverse a méconnu le principe général d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et celui de transparence.

Dans cette mesure, la première branche du moyen apparaît sérieuse.

V. BALANCE DES INTERETS

Il n'apparaît pas, et la partie adverse ne soutient pas, que d'éventuelles conséquences négatives, liées à la suspension de l'exécution de la décision entreprise, pourraient excéder les avantages qui en découleront.

**PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :**

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision du 12 juillet 2011 du collège des bourgmestre et échevins de la commune de Schaerbeek d'attribuer à la société privée à responsabilité limitée A.J.V. le marché public de fournitures ayant pour objet l'acquisition et le placement de matériel de signalisation au parc Josaphat.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

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.

Article 4.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le vingt et un octobre deux mille onze par :

MM. Yves HOUYET,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

Yves HOUYET.