

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 215.937 du 21 octobre 2011

G./A.202.049/VI-19.273

En cause : **la société anonyme UITRUSTING SCHREDER,**

ayant élu domicile chez
Me Geoffroy VAN CUTSEM, avocat,
rue Beeckman, n° 10,
4000 Liège,

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 13 octobre 2011, la société anonyme UITRUSTING SCHREDER 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 14 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.

Mes Ahmed LAKROUF et Geoffroy VAN CUTSEM, avocats, 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. SECOND MOYEN

IV. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un second moyen pris "de la violation de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du défaut de motivation et de l'excès de pouvoir ainsi que de la violation des dispositions des directives communautaires transposées par la loi du 16 juin 2006 en droit belge, relative aux marchés publics, ainsi que les articles 10 et 11 de la Constitution, du principe d'impartialité, de publicité, de précaution, de transparence et d'égalité de traitement, du défaut de motivation, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir et de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et des arrêtés pris en application, le tout interprété conformément au droit européen".

La requérante fait valoir, en substance, notamment que la partie adverse n'a pas informé les soumissionnaires, avec la précision requise, de la portée qu'elle a conférée aux critères d'attribution et de la manière dont elle entendait comparer les offres. Elle en déduit qu'ils n'ont pas pu les préparer utilement.

B. Note d'observations

Au sujet de cette critique, la partie adverse répond que les critères d'attribution et leur cotation ont été portés à la connaissance des soumissionnaires.

Elle ajoute qu'étant donné que "les offrants étaient avisés que le premier critère d'attribution était le prix et que 50 points étaient affectés à ce critère, ils

devaient savoir que les prix seraient transformés en points et on n'aperçoit pas en quoi la mise en œuvre d'une règle de trois constituerait un critère d'attribution voire même une modalité qui devait être prévue au cahier des charges puisqu'en tout état de cause le score obtenu à l'égard de ce critère par la partie requérante ne lui permet pas de se plaindre".

Elle conclut qu'il "est absurde de reprocher à la partie adverse de n'avoir pas coté selon la même méthode le prix et les autres critères. La cotation du critère du prix à l'occasion de laquelle aucun pouvoir d'appréciation n'est offert à la partie adverse s'accommode d'une règle de trois, ce qui n'est évidemment pas le cas de l'appréciation du critère de la qualité".

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, le second moyen apparaît sérieux.

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.

VI. ARRET N° 215.936

L'exécution de la décision attaquée a été suspendue par l'arrêt n° 215.936 de ce jour rendu dans l'affaire inscrite sous le n° G./A.202.020/VI-19.272. Bien que cet arrêt, prononcé dans le cadre d'un autre recours, soit revêtu d'une autorité absolue de la chose jugée, celle-ci n'est que provisoire.

Afin d'éviter qu'il soit porté atteinte à la protection juridictionnelle de la requérante, en cas de levée éventuelle de la suspension ordonnée par l'arrêt n° 215.936 précité, il convient de suspendre à nouveau l'acte entrepris.

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.