

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 216.344 du 18 novembre 2011

G./A.202.337/VI-19.312

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
SIGNAL ENGINEERING & ELECTRONICS,**
en abrégé S.E.E.,

ayant élu domicile chez
Me Antoine de le COURT, avocat,
rue Jourdan, n° 31,
1060 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public ASTRID,

ayant élu domicile chez
Me Jean-François DE BOCK, avocat,
chaussée de Waterloo, n° 612,
1050 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 3 novembre 2011, la société privée à responsabilité limitée SIGNAL ENGINEERING & ELECTRONICS, en abrégé S.E.E., tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de la décision du 19 octobre 2011 par laquelle la société anonyme de droit public ASTRID attribue à la société SAIT ZENITEL un contrat ouvert d'une durée de 5 ans couvrant l'acquisition de repeaters TETRA et d'un système de contrôle et de monitoring associé.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 7 novembre 2011, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 14 novembre 2011 à 10 heures.

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 Natacha DUGARDIN, loco Me Antoine de le COURT, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Mes Peter FLAMEY, Joost BOSQUET et Jean-François DE BOCK, avocats, 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 :

Le 30 juin 2011, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation, par appel d'offres, d'un marché public de fournitures dont l'objet est décrit comme suit : "ASTRID souhaite conclure un contrat ouvert d'une durée de 5 ans couvrant l'acquisition de repeaters TETRA et d'un système de contrôle et de monitoring associé".

Un avis identique est publié au supplément au Journal officiel de l'Union européenne le 5 juillet 2011.

Le 12 septembre 2011, la partie adverse procède à l'ouverture des offres. Cinq offres sont soumises dont l'une par la requérante.

Le 7 octobre 2011, la partie adverse établit un rapport d'analyse des offres.

Le 19 octobre 2011, la partie adverse décide d'attribuer le marché public concerné à la société SAIT ZENITEL. Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. RECEVABILITE

IV. 1. Note d'observations

Dans sa note d'observations la partie adverse soulève une première exception d'irrecevabilité. Elle expose que :

" 2.1. Quant à la qualité

13. Pour que la requête soit recevable, il faut notamment que la requérante ait qualité à agir en suspension des actes attaqués. Pour ce faire, elle doit être valablement représentée.

L'appréciation de cette condition nécessite un examen des pièces déposées par la requérante et notamment, que la décision d'agir en justice ait été rédigée en bonne et due forme par l'organe compétent pour ce faire.

En la matière, il ressort notamment de la jurisprudence de votre Conseil qu'une demande de recours introduite par une société anonyme n'est pas recevable lorsque la décision d'agir en justice prise par son conseil d'administration se limite à donner instruction d'introduire un recours devant le Conseil d'Etat, sans autre précision.

14. En l'espèce, la décision d'agir en justice a été adoptée le 2 novembre par trois gérants de la requérante et est libellée comme suit :

«Nous soussignés BOLLENS Jean-Pierre, LEBRUN Christophe, GOERG Paul, gérants de la société SEE Telecom, dont le siège est situé 18, avenue du Commerce à 1420 Braine-l'Alleud avons pris la décision d'introduire un recours en suspension contre la décision du contrat ouvert Repeaters (E-A-1248) émis par la Société Anonyme de Droit Public ASTRID, dont le siège est situé boulevard du Régent, 54 à 1000 Bruxelles.»

Cette décision est imprécise et incomplète dès lors que d'une part, elle se limite à faire mention d'un recours en suspension sans indiquer la juridiction saisie ni même le type de procédure utilisée et que d'autre part, la décision attaquée n'est pas identifiée, quant à la date et à l'objet de celle-ci.

15. C'est en vain que la requérante se plaindrait de ce que la partie adverse, en soulevant cette exception, pêcherait par excès de formalisme.

Avant tout, l'acte attaqué n'est pas clairement identifié. Il ne fait aucun doute que la «décision du contrat ouvert repeaters» peut recouvrir plusieurs décisions, le marché public litigieux concernant l'adoption d'un acte administratif complexe et la date de l'acte attaqué n'étant pas précisée. La requérante vise-t-elle la décision d'ouverture d'un marché public, la décision d'adoption du cahier des charges, la décision de classement des offres, la décision d'avoir retenu l'offre de la société Sait Zenitel ou encore la décision de ne pas l'avoir classée en premier ? Le doute est permis. L'argument est d'autant plus pertinent que dans la procédure pendante sous le n° de rôle G/A 202.311/VI-19.302, la partie requérante attaque trois décisions distinctes relatives au même marché, à savoir la décision d'adoption du cahier des charges, la décision de ne pas retenir son offre et la décision d'attribuer à un autre soumissionnaire le marché litigieux. L'examen de la recevabilité et du fondement de ces demandes au terme d'un examen distinct, aboutit à des conclusions différentes.

En outre, un «recours en suspension» peut en principe être introduit tant devant le Conseil d'Etat que devant le juge judiciaire, civil ou commercial, s'agissant de procédures de nature totalement différentes et dont les conditions, les modalités et les conséquences ne sont pas comparables. Ceci sans parler de la possibilité de principe en droit administratif, toujours offerte à l'administré, d'introduire une demande de révision ou un recours à l'autorité hiérarchique, s'agissant de recours inconnus ou non organisés.

Et même s'il fallait considérer que le recours visé concerne exclusivement un recours devant le Conseil d'Etat, quod non, encore conviendrait-il de constater que la décision n'autorise pas la requérante à introduire un recours en suspension

d'extrême urgence mais tout au plus un recours en suspension simple. Or la procédure en extrême urgence se distingue de la procédure en suspension simple en ce qu'elle est - encore plus - exceptionnelle et qu'elle est soumise à des conditions différentes.

La partie requérante ne saurait sur ce dernier point être suivie si elle devait soutenir que la procédure en «suspension d'extrême urgence» dont elle a fait usage en l'espèce constitue le droit commun des recours contre les décisions d'attribution de marché dans le cadre de la procédure de stand-still organisée par la loi du 24 décembre 1993. Outre qu'il résulte de l'application combinée des articles 65/15 et 65/24 de cette loi que «l'instance de recours» pour obtenir la suspension peut être soit la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat soit le juge judiciaire, civil ou commercial, la décision d'agir ne se réfère pas au recours visé par ces dispositions dérogatoires. Il en résulte qu'il n'est pas exclu que la partie requérante n'ait pas entendu introduire un recours conformément aux dispositions de droit commun de la suspension, soit à l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat.

A défaut d'avoir valablement décidé d'agir, la requérante ne montre pas qu'elle dispose de la qualité légalement requise pour introduire la présente procédure. Celle-ci doit être rejetée comme irrecevable."

La partie adverse soulève également une seconde exception d'irrecevabilité. Elle fait valoir que :

" 2.2. Quant au défaut d'intérêt

2.2.1. Principe

16. En vertu de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat et d'une abondante jurisprudence de Votre Conseil, pour être recevable à introduire le recours en annulation, la partie requérante doit justifier d'un intérêt à agir, lequel est personnel, actuel, certain, direct et légitime.

Conformément à la jurisprudence de votre Conseil et outre la circonstance que l'annulation doit en principe fournir un avantage au requérant, il est admis que l'intérêt à agir comporte un aspect objectif, à savoir la lésion d'un droit, ainsi qu'un aspect subjectif, à savoir le fait de se sentir lésé d'une façon suffisante pour que l'introduction d'un recours en annulation se justifie.

Selon une jurisprudence constante, le requérant justifie d'un intérêt au recours s'il démontre que l'annulation est susceptible de lui profiter personnellement et que sa situation, de fait ou de droit, s'en trouvera améliorée.

2.2.2. L'offre de la partie requérante est irrégulière

17. En l'espèce, la partie requérante ne dispose pas de l'intérêt légal du fait de l'irrégularité de son offre.

Le recours vise à obtenir la suspension de l'exécution de la décision de la partie adverse du 19 octobre 2011 par laquelle celle-ci décide d'attribuer le marché à la NV Sait Zenitel. Ce recours est fondé sur une critique unique relative à la manière jugée illégale dont la partie adverse a, dans la phase d'évaluation des offres, fait application des critères d'attribution et, plus particulièrement, de ce qu'elle aurait soudainement fait application de sous-critères dotés de coefficients de pondération spécifiques non communiqués préalablement dans l'avis de marché.

Ce faisant, la partie requérante nourrit l'espoir de se voir attribuer le marché litigieux, suite à une suspension, un retrait de l'acte attaqué et l'organisation d'une nouvelle procédure de marché public dans laquelle les sous-critères et les coefficients de pondération correspondants seraient connus à l'avance. C'est cet espoir qui justifierait son intérêt à agir.

Il ressort cependant des éléments du dossier que la partie requérante ne peut valablement nourrir un pareil espoir.

En effet, celle-ci n'a pas déposé les pièces requises par le cahier des charges pour pouvoir être sélectionnée qualitativement, quant à sa capacité technique.

En matière de capacité du prestataire, l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dispose :

«La capacité du prestataire de services peut être évaluée en vertu notamment de son savoir-faire, de son efficacité, de son expérience et de sa fiabilité. La capacité technique du prestataire de service peut être justifiée par l'une ou plusieurs des références suivantes selon la nature, la quantité et l'utilisation des services à prester :

(...)

2° par la liste des principaux services exécutés au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et leurs destinataires publics ou privés;

(...))

Le contrôle de cette disposition a fait l'objet d'une jurisprudence abondante de Votre Conseil.

Votre Conseil a également jugé que la délivrance des attestations visées à l'article 71 de l'A.R du 8 janvier 1996 en vue d'établir la capacité technique relevait plus de la régularité de l'offre que de la sélection qualitative.

En l'espèce, le cahier des charges est conforme à l'article 71 de l'A.R. du 8 janvier 1996. Pour rappel, le cahier des charges dispose, en son article 6.6 :

«6.6. Sélection qualitative

(...)

Quant à la capacité technique du soumissionnaire, elle est justifiée par une liste des principales fournitures effectuées au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et leurs destinataires publics ou privés. Cette liste comprendra au minimum 100 Repeaters TETRA/TETRAPOL.

(...))

Or, dans son offre, la partie requérante ne fait pas valoir un nombre de références suffisant pour justifier sa capacité technique, celle-ci ne justifiant qu'une liste de 100 répéteurs fournis sur une période de cinq années comptables.

La partie requérante ne répond donc pas à l'exigence visée à l'article 6.6 du cahier spécial des charges de sorte qu'en l'absence de démonstration d'une capacité technique suffisante, son offre doit être jugée irrégulière.

18. C'est en vain que la partie requérante soutiendrait que son offre a été jugée régulière dans la décision du 19 octobre 2011 et que la partie adverse ne pourrait plus revenir sur cette décision, à tout le moins qu'une offre introduite dans le cadre d'un nouveau marché public devrait également être jugée régulière sur ce point.

L'absence de démonstration par un candidat qu'il dispose de la capacité à fournir des quantités d'une certaine ampleur pendant une période donnée, à la demande, dans le cadre d'un contrat ouvert, démontre qu'il ne dispose pas de la capacité technique requise. Son offre est alors frappée d'irrégularité substantielle.

Votre Conseil a expressément jugé que la circonstance qu'une pareille irrégularité n'ait pas été soulevée dans la décision d'attribution du marché, voire dans le cadre de la procédure devant Votre Conseil jusqu'avant le dépôt du rapport de l'auditorat, n'est pas de nature à valider celle-ci.

Votre Conseil a également jugé que la partie dont il apparaît que l'offre est irrégulière ne dispose pas de l'intérêt légal pour agir contre la décision d'attribution du marché et qu'il importe peu que le pouvoir adjudicataire ne l'ait pas relevé dans le cadre de la procédure ayant abouti à cette décision.

Une irrégularité substantielle ne peut pas être couverte et lorsqu'elle conditionne le marché, elle peut être invoquée en toutes circonstances.

19. C'est en vain que la partie requérante arguerait de ce qu'il n'est pas avéré que dans le cadre d'un nouveau marché public, l'exigence de démontrer la capacité technique selon le critère retenu par l'article 6.6 du présent cahier des charges pourrait ne pas être reprise.

A aucun moment, en effet, avant l'introduction de son offre ou à l'occasion du présent recours, la partie requérante ne critique cette exigence. En l'absence de discussion quant à cette exigence, il n'y a pas de raison de croire qu'elle serait abandonnée dans le cadre d'un nouveau marché public.

A défaut de capacité technique suffisante, la requérante ne dispose pas d'une offre régulière et, partant, d'un intérêt au recours.

2.2.3. La requérante ne serait pas en meilleure position s'il était répondu à son grief

20. Lorsqu'un requérant critique une décision d'attribution de marché en se plaignant de la manière dont le pouvoir adjudicataire a évalué le contenu de son

offre, encore doit-il être en mesure d'établir qu'une nouvelle décision qui répondrait à son grief serait de nature à lui procurer un avantage.
La requérante a, en d'autre terme, la charge de prouver que s'il était fait droit à son grief, son offre pourrait être jugée la meilleure, quitte à ce que cette décision intervienne à la suite d'une nouvelle procédure de marché public.
S'il devait apparaître qu'en répondant à la critique émise, la décision d'attribution ne permettrait pas au requérant de remporter le marché, il y a lieu de conclure à l'absence d'intérêt dans son chef.
En l'espèce, une pareille preuve n'est nullement rapportée.
Le rapport d'évaluation des offres indique qu'une différence de 2,6 points sépare la partie requérante du candidat classé premier.
Or, la partie requérante se plaint essentiellement de la manière dont le deuxième critère d'attribution aurait été subdivisé en sous-critères, plainte qui, s'il y était répondu, aboutirait tout au plus à lui faire gagner 2 points au classement final.
Pareil avantage ne permettrait pas à la partie requérante de voir son offre classée comme étant la plus avantageuse.
Dans ces conditions, elle ne dispose pas d'un intérêt valable à agir et son recours doit être déclaré irrecevable."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Sur la première exception d'irrecevabilité

La décision d'agir, prise par l'organe compétent de la partie requérante, apparaît suffisamment complète et précise pour l'introduction du présent recours.

En effet, il n'était pas requis que la requérante précise dans cette décision que la demande de suspension serait formée devant le Conseil d'Etat et selon la procédure d'extrême urgence.

Elle ne disposait en effet d'aucun choix à cet égard dès lors que l'organe de recours à saisir est désigné par l'article 65/24 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et que la procédure, selon laquelle la demande de suspension doit être introduite, est prescrite par l'article 65/15 de cette même loi.

Par ailleurs, il ressort de la défense développée par la partie adverse qu'elle ne s'est nullement méprise au sujet de l'objet de l'acte attaqué et qu'elle a perçu sans difficulté qu'il s'agissait de la décision d'attribution du marché public litigieux.

La première exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

B. Sur la seconde exception d'irrecevabilité

La partie adverse a décidé, le 19 octobre 2011, que la requérante répondait aux exigences de sélection qualitative et il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation à celle que la partie adverse a portée sur ce point.

Elle ne peut dès lors se prévaloir désormais du fait que la requérante ne respecterait pas ces exigences pour contester l'intérêt de la requérante au recours.

La seconde exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

V. MOYEN

V. 1. Arguments des parties

A. Requête

La requérante soulève un moyen unique pris de la violation "de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment en son article 16, de la violation 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, notamment en son article 115, de la méconnaissance des principes généraux de droit, et notamment du principe d'égalité entre les soumissionnaires et du principe de transparence et de publicité".

Elle expose ce qui suit :

" [...]

12. En l'espèce, le cahier spécial des charges est particulièrement laconique en ce qui concerne les critères d'attribution, se bornant à les énumérer avec leur pondération respective (le prix 40 %, la qualité technique 50 % et les délais 10 %), sans indication de sous-critères ou de la méthode d'évaluation qui sera utilisée;

13. Il ressort cependant du rapport d'examen des offres que lors de l'évaluation des offres la partie adverse a, en ce qui concerne le critère de la qualité technique, fixé à tout le moins 4 sous-critères (Portfolio, qualité RF, qualité, MCS) eux-mêmes divisés à chaque fois en deux sous-critères, avec, pour chacun des sous-critères et sous-sous-critères, une pondération respective, voire même 8 sous-critères (voir explication détaillée de chacun des sous-sous-critères dans le rapport d'examen des offres, qui les qualifie de «critères»);

La fixation de ces sous-critères, sous-sous-critères et de leur pondération a posteriori, en tous cas après le cahier des charges et peut-être même après l'ouverture des offres, n'est pas compatible avec l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et avec 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 ni avec les principes d'égalité de traitement et de transparence;

14. Si la partie requérante avait eu connaissance de ces sous-critères (et de leur pondération) lors de la préparation de son offre, elle l'aurait assurément présentée différemment, et l'aurait axée sur les sous-critères;

Ainsi par exemple en ce qui concerne le sous-critère «qualité», et en particulier, la certification;

Il ressort du cahier spécial des charges que certains certificats étaient obligatoires, d'autres simplement souhaitables, leur production constituant un «avantage» dans l'évaluation de l'offre mais pouvant également être joints à un stade ultérieur de la procédure;

Or, il ressort du rapport d'analyse des offres que la N.V. Sait Zenitel a obtenu une cote de 8/10 pour le point « certification » (soit 15/20 pour le sous-critère «qualité») et la partie requérante seulement de 5/10 (soit 13/20 pour le sous-critère «qualité»), au motif que la première avait joint à son offre la majorité des certificats souhaités à ce stade et la partie requérante un seul;

Si la partie requérante avait connu l'existence des sous-critères au moment de l'élaboration de son offre, elle aurait joint tous les certificats déjà en sa possession et accéléré les processus de certification en cours, ce qui aurait incontestablement modifié sa cotation et, vu le faible écart entre les offres, le classement final de celles-ci;

Il ne s'agit là en outre que d'un exemple : si les sous-critères (et leur pondération) avaient été indiqués dans le cahier spécial des charges, la partie requérante aurait globalement présenté son offre de manière différente et mis l'accent sur d'autres points;

Cela était d'autant plus de nature à influencer le classement des offres que l'écart entre les deux seules offres considérées comme régulières et conformes est minime, soit 2,6 %;

Compte tenu de la pondération attachée au critère de la valeur technique, il aurait suffi de 0,52 points supplémentaires pour le critère valeur technique pour que l'offre de la partie requérante obtienne le même score que celle de la NV Sait Zenitel;

15. De même, pour le critère prix, la répartition des quantités par type de répéteur n'était pas indiquée dans le CSC;

Dans l'évaluation des offres, une répartition hypothétique est faite;

Même s'il ne s'agit pas à proprement parler de l'introduction de sous-critères, il s'agit à tout le moins de l'introduction, a posteriori, d'une méthode d'évaluation non connue des soumissionnaires au moment de la préparation de leur offre;

Si cette méthode d'évaluation avait été connue de la partie requérante lors de l'évaluation de son offre, elle aurait ajusté davantage les prix des postes 1 et 2 (In line Repeater et Channelized repeater), qui ont un poids beaucoup plus important (et pour lesquels la partie requérante est plus chère) que le poste 3 (fibre optic repater), pour lequel la partie requérante est moins chère;

Cette manière de procéder est contraire aux principes de transparence et de publicité et d'égalité des soumissionnaires;

16. Le moyen est dès lors manifestement sérieux."

B. Note d'observations

La partie adverse répond que :

" (o) remarque préliminaire sur la recevabilité du moyen

22. Il convient de remarquer à titre subsidiaire que les développements consacrés dans la présente note à l'irrecevabilité de la demande s'appliquent, mutatis mutandis, à l'irrecevabilité du moyen.

Si Votre Conseil estimait qu'ils ne peuvent donner lieu au rejet de la demande, à tout le moins doit-il considérer qu'ils permettent de conclure à l'irrecevabilité du moyen.

Il apparaît en effet que les critiques émises par la requérante ne pourraient aboutir à une suspension qui lui profiterait.

A défaut d'intérêt au moyen unique, le recours doit être rejeté. C'est donc à titre plus subsidiaire que les moyens sont discutés ci-après.

(i) thèse de la partie requérante

23. Se fondant notamment sur la jurisprudence européenne, la partie requérante soutient que la partie adverse a illégalement établi des sous-critères d'attribution et des coefficients de pondération correspondant à ces sous-critères après ouverture des offres.

Ce faisant, il y aurait violation des principes repris au moyen, la partie requérante n'ayant pas eu la possibilité de présenter son offre en tenant compte des sous-critères litigieux et, partant, de mieux se positionner au travers de celle-ci.

(ii) réponse de la partie adverse

24. Conformément à la dernière jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, il est en principe interdit à une autorité publique de déterminer des sous-critères d'attribution et les coefficients de pondération y afférent après l'ouverture des offres.

Cette jurisprudence a donné lieu à une adaptation relativement récente de la jurisprudence de Votre Conseil, ce dernier jugeant de façon traditionnelle que pareille pratique est acceptable pour autant qu'elle n'entraîne pas de violation du principe d'égalité ou des dispositions du cahier spécial des charges.

25. En l'espèce, la partie requérante, si elle invoque l'arrêt Lianakis de la Cour de justice des communautés européennes, semble se méprendre sur sa portée, à tout le moins sur deux points :

- d'une part, l'affaire Lianakis concerne l'application de critères d'attribution qui ne sont pas annoncés dans l'avis de marché ou le cahier des charges qui font l'objet d'une pondération après l'ouverture des offres;
- d'autre part, l'arrêt précise que cette jurisprudence est parfaitement compatible avec l'arrêt ATI EAC, lequel arrêt fait précisément la différence entre la détermination des sous-critères et leur pondération avant et après l'ouverture des offres.

Or, conformément à l'arrêt ATIC EAC précité, et en vertu de la jurisprudence de Votre Conseil qui en a fait application, il convient de vérifier si les conditions cumulatives suivantes ont été respectées, à savoir :

- si les sous-critères et les coefficients de pondération ont entraîné des modifications aux critères établis dans le cahier des charges pour l'attribution du marché;
- si les sous-critères sont relatifs à des éléments qui, s'ils avaient été portés à la connaissance des candidats lors de l'établissement de leurs offres, auraient été de nature à influencer la rédaction de celle-ci;
- si le pouvoir adjudicateur, lorsqu'il a procédé à l'évaluation, a tenu compte d'éléments qui peuvent être discriminatoires à l'égard de l'un des candidats.

Quant à la première et à la deuxième condition cumulatives, la partie requérante affirme mais ne démontre pas que les sous-critères et les coefficients de pondération y relatifs ont entraîné de véritables modifications par rapport aux critères établis dans le cahier des charges (première condition). De même, elle affirme mais ne démontre pas qu'elle aurait rédigé autrement son offre si elle avait eu connaissance de ces éléments (seconde condition).

Il est évidemment facile, une fois le marché attribué et la pondération connue, de prétendre que l'on aurait pu faire mieux en ne prenant pas la responsabilité de certains choix (ne pas joindre les certifications ; ne pas ajuster le prix pour certains postes; etc ...) ou en invoquant une série de démarches que l'on aurait entreprises «si l'on avait su» (accélérer le processus de certification).

Et même s'il devait apparaître que ces choix et démarches auraient permis à la partie requérante de mieux se positionner, quod non, elle reste en défaut de prouver concrètement qu'elle était en mesure de faire le nécessaire : la partie requérante ne joint pas à sa requête les certificats qu'elle a décidé de ne pas produire et ne démontre pas comment elle aurait pu «accélérer le processus de certification» dans les délais impartis ni comment et dans quelle mesure cette démarche aurait été fructueuse. Elle ne démontre pas non plus qu'elle était matériellement en mesure de diminuer sa marge bénéficiaire sur les postes n° 1 et 2 (In line repeater et

channelized repeater) et que cette diminution aurait pu être compensée par une augmentation de sa marge bénéficiaire sur le poste n° 3 (fibre optic repeater). De plus, contrairement à ce que soutient la partie requérante, elle savait ou devait savoir que les éléments dont elle a décidé de ne pas faire état auraient pu lui être profitables : elle reconnaît dans sa requête, en page 8, que le cahier des charges précise lorsque les certificats sont obligatoires mais aussi lorsque les certificats non obligatoires sont «souhaitables» ou «constituent un avantage». La pondération et les sous-critères critiqués constituent donc bien le reflet d'une information qui figurait déjà dans le cahier spécial des charges, ce qui est conforme à la jurisprudence de Votre Conseil.

En outre, et si l'on devait faire droit à l'argument de la partie requérante, l'on risquerait de créer une situation injuste voire discriminatoire pour le candidat premier classé, lequel a précisément jugé opportun - et s'est donné la peine, dans les délais impartis - de fournir un maximum de certificats. N'oublions pas non plus que ce dernier a, à juste titre, estimé qu'il était opportun de prévoir un prix plus réduit pour les postes n° 1 et 2 (In line repeater et channelized repeater) que pour le poste n° 3 (fibre optic repeater). Faire droit à l'argument de la partie requérante reviendrait à ne pas tenir compte de la qualité de l'offre du candidat premier classé sur ce point et à autoriser la partie requérante à s'aligner sur ses prix, a posteriori et en connaissance de cause. Ceci à plus forte raison que la partie requérante n'explique pas pourquoi elle estime aujourd'hui que la différence éventuelle de pondération entre ces postes serait manifestement erronée ou déraisonnable, voire a pu la surprendre.

Quant à la troisième condition cumulative, il est établi que le recours par le pouvoir adjudicateur aux sous-critères et coefficients litigieux n'a pas eu d'effet pernicieux. En l'espèce, le pouvoir adjudicateur a fixé la méthode d'évaluation litigieuse avant l'ouverture des offres, ceci en conformité avec les principes de non-discrimination et de transparence. Il en résulte que la méthode d'évaluation n'a pas été fixée «en cours d'attribution», comme ce fut le cas dans l'affaire Lianakis, mais avant la connaissance de l'identité des candidats et de leurs offres, ce qui exclut une quelconque manipulation.

Le procédé litigieux ne peut donc être critiqué, à défaut de réalisation d'au moins une des trois conditions fixées par la jurisprudence européenne et belge. Il en va a fortiori ainsi dès lors qu'il apparaît qu'en l'espèce, aucune des trois conditions n'est remplie.

Ceci est conforme à la jurisprudence de votre Conseil selon laquelle ni la jurisprudence européenne, ni les principes de transparence et d'égalité n'imposent que tous les éléments d'évaluation figurent préalablement dans le cahier des charges.

Le moyen n'est pas sérieux."

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le principe général d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et l'obligation de transparence requièrent que le pouvoir adjudicateur porte à la connaissance des soumissionnaires, avec suffisamment de précision, tous les éléments qu'il entend prendre en considération pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse ainsi que leur importance relative afin qu'ils puissent préparer utilement leurs offres.

En l'espèce, la partie adverse a informé les soumissionnaires potentiels, dans le cahier spécial des charges, qu'elle jugerait les offres au regard de trois critères d'attribution.

Il s'agit des critères suivants pondérés ainsi :

Les prix : 40%

La qualité technique du matériel proposé : 50 %

Les délais : 10 %.

Cependant, il ressort du rapport d'analyse des offres que la partie adverse a apprécié la qualité technique du matériel proposé par les soumissionnaires en établissant des sous-critères ainsi que des sous-sous-critères et en les pondérant de la façon suivante :

Critère		Pondération		
Global	Détail	Global	Détail	Final
Portofolio		10 %		
	Souplesse mise en œuvre		50 %	5 %
	Solution Couverture Outdoor		50 %	5 %
Qualité RF		40 %		
	Performances RF		70 %	28 %
	Group Delay		30 %	12 %
Qualité		30 %		
	Produits		30 %	9 %
	Certification		70 %	21 %
MCS		20 %		
	SNMP		60 %	12 %
	Divers		40 %	8 %

La partie adverse n'a dès lors pas informé les soumissionnaires, au moment de la préparation de leurs offres, de ces éléments qu'elle entendait prendre en considération pour apprécier la qualité technique de leur matériel ainsi que de leur importance relative.

La connaissance de ceux-ci apparaît cependant de nature à avoir pu influencer le contenu des offres dès lors que les soumissionnaires auraient éventuellement été en mesure de présenter une offre différente s'ils avaient connu ces éléments auxquels la partie adverse a attaché une valeur particulière ainsi que leur importance relative.

Il n'appartient pas à la requérante de démontrer, afin d'établir le sérieux du moyen, qu'elle aurait effectivement présenté une soumission différente de celle qu'elle déposa si la partie adverse avait porté ces éléments à sa connaissance lors de la

préparation de son offre. Il ne paraît en effet pas possible que la requérante puisse prouver ce qui ne s'est pas produit.

Dans cette mesure, le moyen apparaît sérieux.

VI. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse ne fait valoir aucun élément, dans cette affaire, de nature à établir 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 19 octobre 2011 par laquelle la société anonyme de droit public ASTRID attribue à la société SAIT ZENITEL un contrat ouvert d'une durée de 5 ans couvrant l'acquisition de repeaters TETRA et d'un système de contrôle et de monitoring associé.

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
dix-huit novembre 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.