

**CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**

**A R R E T**

n° 216.962 du 20 décembre 2011

G./A.202.702/VI-19.345

En cause : **la société de droit français ZODIAC INTERNATIONAL,**

ayant élu domicile chez  
Me Benoît CAMBIER, avocat,  
avenue Winston Churchill, n° 253, bte 40,  
1180 Bruxelles,

contre :

**l'Etat belge**, représenté par  
le Ministre de la Défense.

---

**LE PRESIDENT F.F. DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE DU CONSEIL D'ETAT,  
SIEGEANT EN REFERE,**

**I. OBJET DE LA DEMANDE**

Par une demande introduite le 5 décembre 2011, la société de droit français ZODIAC INTERNATIONAL tend, selon la procédure d'extrême urgence, à la suspension de l'exécution de :

- " - la décision du 21 novembre 2011 d'attribuer le marché relatif «à l'acquisition de 24 (24 EA) bateaux d'appui à la mobilité sur l'eau, avec leurs moteurs hors bord (48 EA) et leurs remorques (24 EA) et accessoires» à la société «CLEMACO TRADING N.V.» et pas à la s.a.s.u. «ZODIAC INTERNATIONAL»;
- la décision de recourir à une procédure d'appel d'offres général dans le cadre du marché susvisé;
- la décision de fixer le Cahier Spécial des Charges n°MRNP-N/P n°1ZP001 et ses errata dans le cadre du marché susvisé;"

**II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT**

Une ordonnance du 6 décembre 2011, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 16 décembre 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 Benoît CAMBIER et Fabien HANS, avocats, comparaissant pour la partie requérante et M. Valéry DE SAEDELEER, capitaine-commandant, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M<sup>me</sup> l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, a été entendue 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 20 juillet 2011, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un avis concernant la passation, par appel d'offres général, d'un marché public relatif "à l'acquisition de vingt-quatre (24 EA) bateaux de support à la mobilité sur l'eau avec leurs moteurs hors-bord (48 EA) et leurs remorques (24 EA)".

Un avis est également publié, le 22 juillet 2011, au supplément au Journal officiel de l'Union européenne.

L'ouverture des offres a lieu le 5 octobre 2011. Trois soumissions sont déposées.

Des rapports d'analyse des offres sont établis par les services de la partie adverse le 3 et le 7 novembre 2011.

Le 21 novembre 2011, le général-major DEBAENE, chef de la Division Marchés Publics, décide d'attribuer le marché public litigieux à la société anonyme CLEMACO TRADING. Il s'agit du premier acte attaqué.

### IV. RECEVABILITE DE LA REQUETE

Conformément à l'article 65/23 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, la demande de suspension, visée à l'article 65/15 de cette même loi, doit être introduite, à

peine d'irrecevabilité, dans un délai de quinze jours à compter de la publication, de la communication ou de la prise de connaissance de l'acte, selon le cas.

En tant que la requête est dirigée contre le deuxième et le troisième actes attaqués, après l'expiration du délai précité, elle est tardive et est irrecevable.

Toutefois, le fait que la requérante n'ait plus la possibilité de demander la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de ces deux actes, n'exclut pas qu'elle puisse encore invoquer, comme elle le fait dans le deuxième moyen, leur illégalité à l'occasion du recours formé contre la décision d'attribution du marché public que la partie adverse a adoptée dans le cadre d'une procédure complexe.

## V. FONDEMENT DES MOYENS

### V. 1. Premier moyen

#### A. Arguments des parties

La requérante soulève un premier moyen pris de la violation de:

- " - La directive 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 et 48;
- La Constitution, notamment de ses articles 10 et 11;
- 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 11 et 65/5;
- La loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs, notamment 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 45 et 47;
- Les principes généraux du droit, notamment ceux de bonne administration et d'impartialité;
- Le Cahier Spécial des Charges MRMP-N/P n°1ZP001 relatif au marché litigieux, notamment de ses articles 6 et 7;"

Elle soutient, en substance, ce qui suit :

- " En application de [l'article 45 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996], le pouvoir adjudicateur a fixé, parmi les critères de sélection censés démontrer la capacité technique des soumissionnaires à répondre aux conditions du marché, l'obligation de démontrer que chaque soumissionnaire et/ou son sous-traitant a au moins livré pendant les trois dernières années 20 bateaux pneumatiques et 30 moteurs hors-bord, tous du même type que ceux proposés.  
1. La requérante dispose d'une connaissance suffisante du marché au niveau européen et mondial pour savoir que la société CLEMACO TRADING et ses sous-traitants n'ont pas atteint le quota de livraison fixé par l'article 6, b du Cahier Spécial des charges.  
En effet, la livraison de bateaux du même type (même gabarit, même puissance de moteurs, ...) que ceux faisant l'objet du Cahier Spécial des Charges constitue un

marché très spécifique qui n'est pas répandu et qui concerne des commandes exceptionnelles et non pas les commandes «grand public».

2. Comme le précise la note infrapaginale se rapportant à cette disposition du Cahier Spécial des Charges, «même type signifie la même configuration de base. Les adaptations nécessaires pour rendre le matériel conforme au CSCh ne constituent pas des divergences suffisantes pour éliminer le matériel».

Cette condition se rapporte, dès lors, à la livraison de bateaux ayant la même configuration de base mais sans devoir tenir compte des accessoires spécifiques qui doivent y être ajoutés dans le cadre du présent marché (protection balistique, points de fixation pour les armes, console de commande pour GPS, ...). Le pouvoir adjudicateur est donc tenu de vérifier, sur base des déclarations de chacun des soumissionnaires dont l'offre est recevable, que ceux-ci ont livré pendant les trois dernières années au moins 20 bateaux dont la base est identique, c'est-à-dire notamment des flotteurs (diamètre et longueur), un plancher (longueur et largeur) et un tableau arrière identiques.

3. Comme énoncé ci-avant (cfr. supra : I), la partie requérante a expressément attiré l'attention du pouvoir adjudicateur sur le non-respect de cette condition technique par le soumissionnaire retenu. En effet, le 30 novembre 2011, la requérante adressait un courrier à la partie adverse par lequel elle lui faisait savoir que la société «CLEMACO TRADING» n'a, à sa connaissance, pas livré le nombre minimum de bateaux requis pendant les trois dernières années.

Force est de constater qu'à la lecture de la réponse laconique fournie par le pouvoir adjudicateur, il n'est pas du tout avéré que le soumissionnaire retenu répond à cette condition. Au contraire, le pouvoir adjudicateur s'abstient de fournir la moindre information susceptible de démontrer le nombre de livraisons effectuées par le soumissionnaire retenu et affirme simplement qu'il a décidé de maintenir sa décision.

La partie adverse a donc refusé de faire suite à la proposition qui était formulée par la partie requérante dans le courrier précité de retirer la notification litigieuse afin de procéder aux vérifications relatives au respect de cette condition. Ce faisant, elle a violé l'article 45 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et l'article 6 du Cahier Spécial des Charges puisqu'elle a retenu l'offre de la société «CLEMACO TRADING» alors que cette société ne respecte pas les critères de sélection du Cahier Spécial des Charges. En outre, en refusant de procéder à la vérification du respect de ce critère, la partie adverse viole l'égalité entre soumissionnaires et, dès lors, l'article 2 de la directive 2004/18/CE, les articles 10 et 11 de la Constitution et l'article 11 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics. En toute hypothèse, la décision du 21 novembre 2011 viole la loi sur la motivation formelle des actes administratifs et l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics puisqu'elle n'établit pas en quoi l'offre du soumissionnaire retenu répondrait aux critères de sélection du marché litigieux.

Il appartient donc au Conseil d'Etat de vérifier, sur base des documents du dossier administratif à produire par la partie adverse, que le soumissionnaire retenu a effectivement livré au cours des trois dernières années au moins 20 bateaux du même type que ceux à fournir dans le cadre du présent marché. Dans le cadre de cet examen, le Conseil d'Etat devra tout particulièrement vérifier que les livraisons effectuées par ce soumissionnaire portent sur des bateaux ayant «la même configuration de base» au sens du Cahier Spécial des Charges, c'est-à-dire comportant notamment des flotteurs de même diamètre et de même longueur, un plancher de même longueur et de même largeur et un tableau arrière identique.

A défaut pour le Conseil d'Etat d'être mis en possession des documents lui permettant de procéder à cette vérification, il faudra en déduire que la partie adverse n'a pas valablement attribué le marché puisqu'elle n'a pas valablement procédé à la vérification du critère en question et a violé, dès lors, les dispositions susvisées."

La partie adverse répond, en substance, ce qui suit :

" La partie requérante estime que la firme Clemaco Trading N.V. ne dispose pas de la capacité technique requise par le point 6b du cahier spécial des charges (CSCh) étant donné qu'elle n'a pas livré au moins 20 bateaux «de même type» que ceux faisant l'objet du présent marché.

S'agissant du mot «de même type», le CSCh précise que cela «signifie la même configuration de base. Les adaptations nécessaires pour rendre le matériel conforme au CSCh ne constituent pas des divergences suffisantes pour éliminer le matériel». Dans ce sens, la partie requérante a une interprétation plus restrictive que celle faite par le pouvoir adjudicateur pour apprécier si le soumissionnaire avait les capacités techniques pour réaliser le marché. Le CSCh ne prévoit en effet pas qu'il était requis que les références comportaient «des flotteurs de même diamètre et de même longueur, un plancher de même longueur et de même largeur et un tableau arrière identique» (requête p. 8).

En tout état de cause, il ressort des quantités livrées dans la pièce 19 que la firme Clemaco Trading N.V. possédait bien les références demandées au point 6b du CSCh."

## B. Décision du Conseil d'Etat

Il ressort du point 6.b. du cahier spécial des charges que les soumissionnaires devaient démontrer qu'eux-mêmes ou leurs sous-traitants avaient au moins livré pendant les trois dernières années vingt bateaux pneumatiques et trente moteurs hors-bord, tous du même type que ceux proposés.

Il n'apparaît pas, *prima facie*, que les informations, communiquées à la partie adverse par la société CLEMACO TRADING, le 17 octobre 2011, assurent cette démonstration.

Ces informations ne semblent, en effet, pas établir que les bateaux que la société CLEMACO TRADING soutient avoir livrés, l'ont été durant les trois dernières années, ni qu'ils seraient du même type que ceux proposés.

Le cahier spécial des charges énonce effectivement des exigences précises quant aux bateaux que la partie adverse entend acquérir. Il appartient donc aux soumissionnaires d'offrir les informations nécessaires au sujet des bateaux livrés durant les trois dernières années afin de démontrer au pouvoir adjudicateur qu'ils présentent bien, comme le requiert le cahier spécial des charges, la même configuration de base que les bateaux proposés.

Au regard des seules informations communiquées par la société CLEMACO TRADING, la partie adverse n'a donc pas pu légalement considérer qu'elle avait apporté la démonstration requise par le point 6.b. du cahier spécial des charges. Dans cette mesure, le premier moyen apparaît sérieux.

## V. 2. Deuxième moyen

### A. Arguments des parties

La requérante soulève un deuxième moyen pris de la violation de :

- " - 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, 47 et 55;
  - la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11;
  - la loi du 24 décembre 1993 «relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services», notamment de son article 16;
  - la loi du 29 juillet 1991 sur 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 42, 47 et 110;
  - des principes généraux d'égalité et de bonne administration, notamment d'impartialité, de légitime confiance et de transparence;
  - de l'absence, de l'insuffisance, de l'erreur ou de la contrariété dans les causes ou les motifs;
- [...]"

Elle soutient, en substance, ce qui suit :

#### " Article 1<sup>er</sup> : Intérêt au moyen

La partie requérante, qui n'a pas été retenue en raison du fait que le prix proposé dans son offre pour la fourniture de pièces de rechange pendant les 15 années qui suivent l'exécution du marché est supérieur à celui du soumissionnaire retenu, a intérêt à dénoncer l'illégalité du Cahier Spécial des Charges et de son application.

En effet, à partir du moment où ce Cahier Spécial des Charges est illégal, il doit être écarté et c'est toute la procédure qui a suivi l'adoption de ce Cahier Spécial des Charges qui s'en trouve viciée, en manière telle que le pouvoir adjudicateur sera contraint de recommencer la procédure d'attribution du marché au stade qui précède l'illégalité retenue, au besoin sur base d'un critère prix autrement défini et modalisé.

Par conséquent, tous les soumissionnaires, y compris la partie requérante, devraient pouvoir déposer, à la suite de l'adoption d'un nouveau Cahier Spécial des charges régulier, une nouvelle offre et seront susceptibles d'être retenus dans le cadre de ce nouveau marché.

Or, le Conseil d'Etat considère que :

«l'intérêt d'un requérant à attaquer devant le Conseil d'Etat une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même».

Cet intérêt au moyen est d'autant plus avéré en l'espèce que c'est la prise en compte d'un critère d'attribution étranger à l'objet du marché qui a pour conséquence que le score total de la partie requérante est inférieur à celui du soumissionnaire retenu. Dès lors, si la partie adverse s'était abstenue de prendre en compte ce critère inadéquat, elle aurait dû attribuer le marché à la partie requérante.

La partie requérante a donc intérêt à voir le Cahier Spécial des Charges être déclaré illégal afin d'être en mesure d'être retenue dans le cadre du nouveau marché qui devrait être remis en concurrence sur d'autres bases (1<sup>ère</sup> branche).

Elle a également intérêt à ce moyen en ce qu'il vise à dénoncer les prix anormaux fournis par le soumissionnaire retenu puisque le caractère anormal de ces prix aurait dû conduire le pouvoir adjudicateur à rejeter l'offre de la société CLEMACO TRADING et à attribuer ce marché à la partie requérante (2<sup>ème</sup> branche).

Article 2 – Première branche : Caractère inadéquat et disproportionné de la méthode d'évaluation des prix

Il ressort de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 que «les critères d'attribution doivent être relatifs à l'objet du marché».

1. En l'espèce, il ressort de toutes les informations fournies par le pouvoir adjudicateur que l'objet du marché se limite à la fourniture de bateaux, moteurs hors-bord, remorques et accessoires devant être couverts par une garantie de 2 ans.  
a. La publication de l'avis de marché au J.O.U.E et au Bulletin National des Adjudications mentionne une durée de marché qui s'étend du 1<sup>er</sup> octobre 2011 au 30 juin 2013.

b. Le point 16, c du Cahier spécial des charges mentionne que «les fournitures devront être garanties pour une période de 02 ans à partir de la date de réception provisoire complète».

c. Il ressort également de l'annexe D du Cahier Spécial des Charges, énumérant l'ensemble des conditions du marché, que celui-ci «comprend également la livraison des pièces de rechange et de consommables nécessaires au bon fonctionnement, à l'entretien et aux réparations dû à une utilisation normale du matériel, à l'exception des carburants et lubrifiants durant la période de garantie de 02 ans, tenant compte d'un ratio de 500 heures par an par bateau et par moteur hors-bord».

Il est même précisé que «L'offre mentionnera la liste des pièces de rechange et de consommables fournies (ainsi que leurs prix) et nécessaires au bon fonctionnement, à l'entretien et aux réparations dues à une usure normale du matériel durant la période de garantie de 02 ans, tenant compte d'une utilisation du matériel de l'ordre de 500 heures par année et par bateau et par moteur hors-bord».

2. Il ne peut donc pas être question de lier l'octroi du marché à un critère d'attribution qui est totalement étranger à l'exécution de ce marché. En effet, il ne ressort d'aucune des informations du Cahier Spécial des Charges que le marché en question porterait également sur la livraison des pièces détachées pendant la période de 15 ans qui suit la livraison des marchandises.

Au contraire, comme on l'a vu ci-avant, le pouvoir adjudicateur limite expressément la durée de ce marché jusqu'en 2013, date de la livraison du second lot de bateaux.

La fourniture des pièces de rechange au-delà de la période de garantie de 2 ans n'étant pas comprise dans le marché litigieux, elle devra faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence par le biais d'un nouvel appel d'offres !

Le prix de ces marchandises ne peut donc certainement pas être pris en compte dans le cadre du présent marché, ce d'autant que les soumissionnaires ne sont même pas tenus de participer à ce futur marché.

3. La prise en compte de ce critère incite les soumissionnaires à fausser la procédure dans la mesure où ils n'ont pas l'obligation de fournir lesdites marchandises au prix indiqué puisqu'ils ne sont ni chargés, ni tenus de fournir ces pièces pendant les 15 ans qui suivent la période d'exécution du marché litigieux.

Par conséquent, le prix annoncé pour ces marchandises permet d'être sélectionné dans le cadre du présent marché grâce à un prix alléchant sans être tenu par le moindre engagement à ce sujet pour les 15 années à venir. En outre, dans le cadre de la future mise en concurrence pour ce marché distinct, le soumissionnaire retenu pourra faire choix de faire offre ou de s'abstenir s'il constate que ses prix sont trop bas ou de proposer de nouveaux prix.

4. Le pouvoir adjudicateur mentionne que le critère lié au prix des pièces de rechange pendant les 15 années qui suivent la fourniture des marchandises constitue une «exigence souhaitable apportant une plus-value lors de l'évaluation des offres».

Même à supposer que l'on puisse comparer la qualité des offres sur base d'un critère étranger à l'objet du marché - quod non -, ce critère devrait, à tout le moins, être évalué de manière très accessoire par rapport à l'offre globale des soumissionnaires.

Or, en l'espèce, le critère lié au prix des pièces de rechange pendant les 15 années qui suivent l'exécution du marché est pondéré à 15 % du critère du prix qui représente lui-même 60 % de l'offre globale, ce qui représente un quart des points du critère prix et près de la moitié des points attribués pour le prix d'achat (35 %).

En outre, alors qu'on ne sait même pas aujourd'hui si de telles pièces de rechange devront être commandées et fournies par le soumissionnaire, ce critère est considéré comme plus important que celui de la consommation de carburant !

Il est donc totalement disproportionné de conférer à ce critère un poids aussi important pour déterminer l'offre la plus avantageuse, ce d'autant que c'est la prise en compte de ce critère qui fait basculer le score de la partie requérante en-deçà de celui du soumissionnaire retenu !

Il résulte d'une jurisprudence constante, tant nationale qu'européenne, que «les critères retenus doivent viser à identifier l'offre «économiquement la plus avantageuse», soit, en droit belge, l'offre «la plus intéressante», et doivent donc être liés à l'objet du marché ; qu'ensuite un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis; qu'enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres».

Il en résulte que la détermination des critères d'attribution doit être proportionnée à l'objectif poursuivi et qu'elle ne peut pas porter atteinte à l'égalité entre les soumissionnaires, ce qui n'est pas du tout le cas en l'espèce.

[...]"

La partie adverse répond, en substance, ce qui suit :

- " La partie requérante invoque l'illégalité du CSCh en ce qu'il prévoit comme critère d'attribution pour évaluer le coût lié au cycle de vie du matériel (Life Cycle Cost) que «les coûts des pièces de rechanges et du matériel consommables pendant la première période de 15 ans, tenant compte d'un ratio de 500 heures de fonctionnement par an et par moteur soient aussi faibles que possible» (spécification 159 - Annexe D au CSCh – page 51 de la pièce 5). Le type de la spécification 159 est [S], c'est-à-dire qu'il s'agit d'une «exigence souhaitable apportant une plus-value lors de l'évaluation des offres» (page 7 du CSCh – pièce 5).

La spécification 160 de l'annexe D au CSCh ajoute «Pour ce faire, le soumissionnaire fournira le cycle des entretiens, la liste et les prix des pièces de rechange et du matériel consommables nécessaires à l'entretien du moteur hors bord pendant les 15 premières années». La spécification 160 est de type [D], c'est-à-dire qu'il s'agit d'une «exigence ayant pour but de démontrer la conformité du matériel à une exigence [I] ou [S] au moment de l'introduction de l'offre. Une exigence [D] est satisfaite par la production des pièces probantes exigées sous forme de documents et/ou de données. Pour chaque exigence [D], le CSCh précise clairement quel doit être le contenu qualitatif et quantitatif minimum de ces documents et/ou données. Fournir des documents et/ou des données incomplètes a pour conséquence que :

- pour une exigence [I], l'offre sera entachée d'une irrégularité absolue.
- pour une exigence [S], il n'y aura pas de plus-value à l'offre.» (page 7 du CSCh – pièce 5).

Dès l'abord, il convient de constater que, contrairement à ce que prétend le requérant, ce n'est pas uniquement le critère lié aux coûts inhérents à l'entretien des moteurs qui a été déterminant dans le choix de l'adjudicataire, mais également le prix d'achat proposé pour les bateaux, moteurs hors bord, remorques et accessoires, puisque la société CLEMACO TRADING N.V. a remis une offre de 400.000 euros de moins que celle de la requérante.

S'agissant du choix des critères d'attribution, le pouvoir adjudicateur dispose d'une compétence discrétionnaire. Cette liberté n'est cependant pas illimitée et la jurisprudence tant de la Cour de justice des Communautés européennes que de Votre Conseil est venue cerner les contours de cette limite :

«Considérant que tant les directives européennes que la législation belge relatives aux marchés publics laissent aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution dans la procédure d'appel d'offres; que toutefois, cette liberté de choix n'est pas illimitée; que, tout d'abord, les critères retenus doivent viser à identifier l'offre "économiquement la plus avantageuse" soit, sur la base de la loi du 24 décembre 1993 précitée, l'offre "la plus intéressante" et doivent donc être liés à l'objet du marché; qu'ensuite, un critère d'attribution ne peut avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché, ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis; qu'enfin, les critères choisis doivent respecter le principe de non-discrimination, ce qui implique qu'ils soient objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres» (arrêt SA IMMO Max et autres n°173.072, du 2 juillet 2007).

Dès lors, la question qu'il convient de se poser est de savoir si le critère relatif aux coûts inhérents à l'entretien des moteurs sur une période de quinze ans est un critère admissible au regard des conditions fixées par la jurisprudence nationale et internationale. En d'autres termes si ce critère :

- vise à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse;
- est lié à l'objet du marché;
- ne confère pas une liberté inconditionnée de choix;
- respecte le principe de non-discrimination.

Le critère lié aux coûts inhérents à l'entretien des moteurs vise à acquérir un matériel ayant un coût d'utilisation le plus bas possible. Il fait partie de la politique des coûts au sein du département et vise incontestablement à avoir l'offre économiquement la plus avantageuse.

Ce critère, bien qu'il s'étende sur une période supérieure à la période de garantie, est également lié à l'objet du marché. Il fait en effet partie de l'évaluation des coûts liés au cycle de vie ou Life Cycle Cost.

A cet égard, l'estimation du coût du cycle de vie est la prise en compte de tous les coûts entraînés pendant la production, la consommation/utilisation et l'élimination d'un produit ou service. Il s'agit d'une approche globale d'un produit.

Selon la Commission européenne, «le prix payé par un pouvoir adjudicateur pour l'achat d'un produit reflète et prend en compte les frais engagés dans les phases déjà terminées (normalement : conception, matériaux, production; parfois aussi les tests et le transport) et ne doit dès lors pas être pris en considération une seconde fois dans la procédure d'attribution. En revanche, tous les frais engagés après l'achat du produit, qui seront supportés par le pouvoir adjudicateur et affecteront donc directement les aspects économiques du produit, peuvent être pris en compte.» (Commission européenne, Communication interprétative sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés, 4 juillet 2001, COM (2001), 274).

Ainsi, le prix peut refléter les coûts d'achat et les coûts y afférent (livraison, installation, ...) mais aussi les coûts d'exploitation, en ce compris le coût de l'énergie, des pièces de remplacement et de la maintenance.

Dans sa communication interprétative, la Commission souligne également le fait que «les directives mentionnent explicitement la possibilité de retenir comme critères d'attribution les frais de fonctionnement et le rapport coût-efficacité. De tels frais peuvent comprendre les frais de fonctionnement directs (énergie, eau et autres ressources utilisées durant le cycle de vie du produit), les frais pour économiser (par exemple, investir dans des niveaux d'isolation supérieurs pour économiser de l'énergie et donc de l'argent à terme) et les frais d'entretien ou de recyclage d'un produit. Lors de l'évaluation des offres, un pouvoir adjudicateur peut également tenir compte des frais de traitement des déchets ou du recyclage».

Concernant la possibilité d'évaluer le coût global d'un marché, la Commission européenne rappelle encore sa position en 2005 dans son manuel sur les marchés publics écologiques, Acheter vert !.

La loi du 24 décembre 1993 prévoit également expressément en son article 16 la possibilité de choisir parmi les critères d'attribution, un critère relatif au coût d'utilisation du matériel.

En outre, il ne ressort pas de la lecture de la spécification 159 querellée du CSCh que le critère soit vague, aléatoire et imprécis au point de conférer une liberté inconditionnée de choix au pouvoir adjudicateur. La spécification 159 est en effet parfaitement «mesurable».

Enfin, la spécification 159 est objective et prévue dans le cahier spécial des charges, de sorte qu'elle respecte le principe de non-discrimination.

[...]".

## B. Décision du Conseil d'Etat

En ce qui concerne la première branche, 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 prévoit que les critères d'attribution doivent être relatifs à l'objet du marché.

Si la partie adverse pouvait ériger "le coût lié au cycle de vie" du matériel concerné en tant que critère d'attribution, elle n'y était autorisée, en application de l'article 16 précité, que dans la mesure où ce critère était relatif à l'objet du marché.

Or, il apparaît, au regard du cahier spécial des charges, qu'en tant que ce critère d'attribution concerne le coût d'acquisition de pièces de rechange au-delà de la période de deux ans de garantie, il n'entretient pas un lien suffisant avec l'objet du marché. En effet, celui-ci n'inclut pas l'acquisition des pièces de rechange au-delà de la période de deux ans de garantie.

L'achat de ces pièces au-delà de cette période devra faire l'objet d'une nouvelle mise en concurrence et donc d'un autre marché public. La valeur des pièces ne pourra être connue qu'à l'issue de cette autre procédure. L'attributaire de ce marché ne sera peut-être pas l'un des actuels soumissionnaires de telle sorte que la mention dans leurs offres de la valeur de ces pièces, ne les engage nullement.

La première branche du deuxième moyen apparaît donc sérieuse.

## **VI. BALANCE DES INTERETS**

La partie adverse ne présente aucun élément de nature à démontrer que d'éventuelles conséquences négatives, liées à la suspension de l'exécution de la première décision entreprise, pourraient excéder les avantages qui en découleront.

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

#### **Article 1<sup>er</sup>.**

Est suspendue l'exécution de la décision prise, le 21 novembre 2011, par le général-major DEBAENE d'attribuer à la société CLEMACO TRADING le marché public relatif à l'acquisition de vingt-quatre (24 EA) bateaux d'appui à la mobilité sur l'eau, avec leurs moteurs hors bord (48 EA) et leurs remorques (24 EA) et accessoires.

#### **Article 2.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

**Article 3.**

La demande de suspension est rejetée en tant qu'elle vise les deuxième et troisième actes attaqués.

**Article 4.**

Conformément à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 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 5.**

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI<sup>e</sup> chambre, le vingt décembre 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.