CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 221.281 du 7 novembre 2012

G./A.206.710/VI-19.743

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

ayant élu domicile chez
Me Véronique BERTRAND, avocat,
place Verte, n° 13,
4000 Liège,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée association intercommunale pour la protection et la valorisation de l'environnement, en abrégé AIVE,

ayant élu domicile chez
Mes François MOÏSES et
Aurélien VANDEBURIE, avocats,
place des Nations-Unies, n° 7,
4020 Liège.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 19 octobre 2012, la société anonyme ZENOBE sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de :

" - la décision prise par le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE le 18 septembre 2012 d'écarter l'offre de la société ZENOBE et d'attribuer à la SPRL ASM le marché relatif à la réparation de conteneurs pour les Parcs à conteneurs, régi par le cahier spécial des charges «ID/Valorisation et Propreté/Réparations conteneurs PAC 2013»;

- la décision par laquelle le Conseil d'administration de l'AIVE a, le 19 septembre 2012, «pris acte et pour autant que de besoin approuvé les avis et propositions de décision adoptés par le Conseil de Secteur le 18 septembre 2012»".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 22 octobre 2012, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 31 octobre 2012 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 Véronique BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Aurélien VANDEBURIE, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Bernard DEROUAUX, 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 :

III. 1. Le 4 juin 2012, la partie adverse publie dans le Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation, par appel d'offres général, d'un marché de services portant sur la réparation de conteneurs pour les parcs à conteneurs situés dans la zone AIVE reprise au plan wallon des déchets ainsi que sur toutes fournitures et frais généralement quelconques qui, par leur nature en dépendent ou en sont solidaires.

III. 2. Le 3 août 2012, quatre offres sont déposées.

III. 3. Le 18 septembre 2012, le conseil de secteur valorisation et propreté de l'AIVE se prononce pour l'attribution du marché à la société A.S.M..

Il s'agit du premier acte attaqué.

III. 4. Le 19 septembre 2012, le conseil d'administration de la partie adverse "[a pris] acte et pour autant que de besoin [a approuvé] les avis et propositions de décisions adoptés par le Conseil de Secteur du 18 septembre 2012".

Il s'agit du second acte attaqué.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un premier moyen pris de "la violation de 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, des articles 68 à 74, 110, § 1, 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 et de la distinction entre les critères de sélection et d'attribution".

Elle soutient que :

" 5. Ce moyen concerne la décision du Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE du 18 septembre 2012 et la décision du Conseil d'administration de l'AIVE du 19 septembre 2012 dans la mesure où elle «prend acte et pour autant que de besoin approuve les avis et propositions de décision adoptés par le Conseil de Secteur le 18 septembre 2012».

6. Selon une jurisprudence constante (voir, par exemple, arrêt n° 159.136 du 23 mai 2006), une procédure d'attribution de marchés publics comporte trois étapes distinctes :
- la sélection qualitative des soumissionnaires,
- l'examen de la régularité des offres;
- la comparaison des offres au regard des critères d'attribution.

La sélection qualitative des soumissionnaires et l'attribution du marché sont deux opérations distinctes soumises à des règles différentes (CJCE, 20 septembre 1988, Bentjes, 31/87).

En conséquence, les critères de sélection qui interviennent dans le cadre de la première étape et les critères d'attribution qui interviennent dans le cadre de la troisième doivent être clairement distingués : alors que les critères de sélection se rapportent à la personne des soumissionnaires, les critères d'attribution se rapportent à l'offre proprement dite.

Dès lors, comme l'a jugé la Cour de justice de l'Union européenne (voir arrêt du 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06), «sont exclus à titre de "critères d'attribution" des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de la capacité des soumissionnaires à exécuter le marché en question».

Selon une jurisprudence également bien établie, si un pouvoir adjudicateur opère une confusion entre les deux types de critères, la procédure d'attribution est viciée dans son ensemble (voir, par exemple, arrêt n° 193.924 du 8 juin 2009) de sorte que la décision d'attribution doit être annulée.

Selon la Cour de justice (arrêt du 12 novembre 2009, C-199/07, point 56), la règle est maintenue même lorsque les critères d'attribution litigieux visent spécifiquement à vérifier la capacité du soumissionnaire à exécuter le marché concerné.

7. En l'espèce, le point 9 des clauses administratives du cahier spécial des charges, p. 7, prévoyait un critère d'attribution intitulé «qualité et fiabilité du service», qui valait 200 points.

Le cahier spécial des charges précisait que la qualité et la fiabilité du service seraient «estimées en fonction des performances annoncées par les soumissionnaires et résultant de la qualité et de l'adaptabilité tant du matériel (100 points) que du personnel (100 points) qui seront affectés par le soumissionnaire à l'exécution du marché».

Dans sa décision, le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE accorde, pour «la qualité et l'adaptabilité du matériel» 100 points à la société ZENOBE et 50 points à la société ASM au terme de la motivation suivante :

«La SA ZENOBE fournit un descriptif complet et détaillé de son atelier et présente du matériel performant, elle reçoit donc 100 points.

Les SPRL ASM et … mentionnent au travers de leur autorisation administratives transmises le descriptif du matériel utilisé, elles reçoivent dont chacune 50 points»

De même, pour «la qualité et l'adaptabilité du matériel», le Conseil attribue 100 points à la société ZENOBE et 0 points à la société ASM au terme de la motivation suivante :

«La SA ZENOBE fournit un descriptif complet et détaillé de son personnel et présente par le nombre de personnes affectées au marché, une meilleure adaptabilité que les autres soumissionnaires, elle reçoit donc 100 points.

Les SPRL ASM et … ne donnent aucune information sur le personnel dont elle dispose pour mener à bien le marché, elles reçoivent 0 points»

8. Il ressort clairement du libellé de ce critère et de la motivation figurant dans la décision du Conseil de Secteur Valorisation et Propreté que, par ce critère, l'AIVE entendait en réalité apprécier l'importance et la qualité tant du personnel que du matériel qui seraient affectés à l'exécution du marché.

Les critères visant à apprécier l'importance et la qualité du personnel et du matériel se rapportent à la personne du soumissionnaire et servent à vérifier sa capacité à exécuter le marché; ils constituent dès lors des critères de sélection.

Ils sont d'ailleurs repris aux points 3, 4 et 5 de l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, qui concernent les critères de sélection pouvant servir à la vérification de la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires dans les marchés de services.

L'AIVE a donc confondu critères de sélection et critères d'attribution.

Si besoin en était, cette confusion serait confirmée par le fait que, dans sa décision du 18 septembre, le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE a écarté l'offre de la société GUEBEL au stade de la sélection qualitative au motif que:

«la SPRL GUEBEL ne peut apporter suffisamment de garanties et de références permettant d'assurer la qualité du service».

La qualité du service a donc été appréciée tant au titre de la sélection qualitative qu'au titre du troisième critère d'attribution.

9. En érigeant en un critère d'attribution des éléments - moyens humains et matériels - qui auraient dû faire l'objet d'un ou de plusieurs critères de sélection, le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE a violé l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, les articles 68 à 74, 110, § 1, 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et la distinction entre les critères de sélection et d'attribution.

La décision du Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE du 18 septembre 2012 doit donc être suspendue. Il en va de même pour la décision du Conseil d'administration de l'AIVE du 19 septembre 2012 qui, approuvant cette décision, repose sur les mêmes motifs.".

La partie adverse répond que :

" a. Irrecevabilité du moyen pour défaut d'intérêt

6. La requérante n'a pas intérêt au moyen qu'elle soulève.

En effet, celle-ci a obtenu le maximum de points sur ce critère. Elle est même la seule à avoir obtenu une note positive pour ce critère, les autres offres ayant obtenue une note de 0 point.

Il s'ensuit qu'elle ne peut se plaindre de l'utilisation par la partie adverse d'un critère dont l'application la valorise davantage que s'il n'existait pas.

S'il fallait faire abstraction de ce critère, la cote globale de la requérante serait de 650 points, la note d'ASM restant inchangée. La décision d'attribution du marché à ASM resterait dès lors également inchangée.

Dans la thèse de la partie requérante, les éléments évalués dans ce critère auraient dû l'être lors de la sélection qualitative, de sorte qu'elle pourrait éventuellement voir renaître un intérêt au moyen si elle avait, concomitamment, critiqué la décision de sélection d'ASM, adjudicataire du marché.

Or, la partie requérante ne critique pas la décision de sélection qualitative d'ASM.

On ne voit dès lors pas quel intérêt la requérante aurait à soulever ce moyen, dès lors que, d'une part, l'application du critère dont elle critique la légalité la place dans une meilleure position que si ce critère n'existait pas, et, d'autre part, qu'elle ne critique pas la décision de sélection prise par la partie adverse sur base des éléments dont elle prétend qu'ils ont également été évalués au stade de la comparaison des offres au regard des critères d'attribution.

Partant, n'étant pas recevable, ce moyen ne peut être considéré comme sérieux.

b. Absence de sérieux du moyen

7. L'article 9 des clauses administratives du cahier spécial des charges (p. 7) fixe 4 critères d'attribution, comme suit :

«- le prix (500 points);

- la durée des délais d'exécution pour les réparations si inférieure à celle imposée par le cahier spécial des charges (200 points);

- la qualité et la fiabilité du service (200 points) - estimées en fonction des performances annoncées par les soumissionnaires et résultant de la qualité et de l'adaptabilité tant du matériel (100 points) que du personnel (100 points) qui seront affectés par le soumissionnaire à l'exécution du marché;

- la qualité rédactionnelle de l'offre : seront appréciés la présentation, le classement, la numérotation des pièces, la précision et l'adéquation des renseignements demandés … (100 points)».

Il est inexact d'affirmer, comme la requérante, que l'AIVE entendait, par le critère 3, en réalité apprécier l'importance et la qualité tant du personnel que du matériel qui seraient affectés à l'exécution du marché.

L'objet de ce troisième critère n'est pas contestable : il s'agit d'évaluer la qualité et la fiabilité du service.

En prétendant que l'AIVE entendait en réalité apprécier l'importance et la qualité tant du personnel que du matériel qui seraient affectés à l'exécution du marché au titre de ce critère, la requérante s'inscrit en faux par rapport au libellé même de ce critère. Partant, ce moyen manque en fait.

Par ailleurs, l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 prévoit, notamment, que «les critères d'attribution doivent être relatifs à l'objet du marché, par exemple, la qualité des produits ou prestations, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les caractéristiques environnementales, des considérations d'ordre social et éthique, le coût d'utilisation, la rentabilité, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution».

Prévoir, comme l'a fait la partie adverse, que les offres seraient évaluées sur base de la qualité et de la fiabilité du service était donc légalement admissible.

L'autorité de tutelle n'a, à cet égard, pas exercer son pouvoir d'annulation (pièce n° 3).

Ce que critique, en réalité, la partie requérante, c'est la méthode d'évaluation de ce critère.

Or, dès lors que la partie adverse entendait comparer les offres sur la base de la qualité et de la fiabilité du service, il n'était manifestement pas déraisonnable qu'elle évalue les performances annoncées par les soumissionnaires et résultant de la qualité et de l'adaptabilité tant du matériel que du personnel qui seront affectés par le soumissionnaire à l'exécution du marché.

Cette méthode doit être bien comprise.

Elle a pour but d'évaluer la qualité et la fiabilité du service en fonction des performances annoncées par les soumissionnaires. C'est en effet ces performances que doivent démontrer tant la qualité et l'adaptabilité tant du matériel que du personnel qui seront affectés par le soumissionnaire. Or, en évaluant ce critère sur base de performances annoncées, ce critère aboutit bien à évaluer la qualité intrinsèque des offres, c'est-à-dire la qualité des services qui seront fournis, puisqu'il s'agit d'évaluer les performances annoncées.

En évaluant de cette manière le critère qualité et fiabilité du service, la partie adverse ne visait pas à évaluer l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché. Il est partant inexact de soutenir que la partie adverse a confondu critères de sélection et d'attribution et, plus particulièrement, que «les critères visant à apprécier l'importance et la qualité du personnel et du matériel se rapportent à la personne du soumissionnaire et servent à vérifier sa capacité à exécuter le marché» (sic.)

Le renvoi fait par la requérante aux points 3, 4 et 5 de l'article 71 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 ne permet pas d'infléchir cette position.

Il faut, tout d'abord, constater que la partie adverse n'a nullement demandé que les soumissionnaires fournissent une déclaration mentionnant les techniciens ou les services techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise du prestataire de services, en particulier de ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité, ni

une déclaration mentionnant les effectifs moyens annuels du prestataire de services et l'importance de ses cadres pendant les trois dernières années, ni une déclaration mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour l'exécution des services.

Elle a en effet précisément demandé que les soumissionnaires annoncent les performances qu'ils atteindraient en terme de qualité et de fiabilité du service. Ces performances devaient être appréciées à l'aune de la qualité et de l'adaptabilité tant du matériel que du personnel qui seront «affectés» à l'exécution du marché. Ceci différencie la méthode d'évaluation employée des déclarations susvisées qui renvoient au personnel ou au matériel à disposition de l'entreprise sans exiger qu'ils soient affectés à l'exécution du marché.

La mise en œuvre de ce critère confirme cette lecture du cahier spécial des charges. En pratique, les soumissionnaires ont en effet reçu des points en fonction du matériel et des personnes qu'ils mettent à disposition pour l'exécution du marché.

L'argument tiré de l'écartement de la SPRL GUEBEL n'est pas de nature à modifier cette conclusion.

Tout d'abord, il faut souligner que le passage cité par la requérante dans sa requête n'est pas correctement reproduit. Dans son avis du 18 septembre 2012, le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE a écarté l'offre de la société GUEBEL au stade de la sélection qualitative, non pas au motif que «la SPRL GUEBEL ne peut apporter suffisamment de garanties et de références permettant d'assurer la qualité du service» (sic., p. 7 de la requête), mais au motif que «la SPRL GUEBEL FRERES ne peut apporter suffisamment de garanties et de références permettant d'assurer un service de qualité», ce qui n'a, évidemment, pas la même portée.

Il s'en suit qu'il est inexact d'affirmer que «la qualité du service» aurait été appréciée tant au titre de la sélection qualitative qu'au titre du troisième critère d'attribution.

Par ailleurs, les soumissionnaires ont été évalués sur base des éléments transmis dans l'offre, éléments qui de par leur nature ne présentent aucune redondance avec la sélection qualitative telle que décrite dans le cahier spécial des charges.

La capacité technique du soumissionnaire devait en effet être justifiée par (article 8.3. des clauses administratives du cahier spécial des charges, p. 7) :

- une liste non exhaustive des principales prestations effectuées pendant les trois dernières années, leur montant, leur date et leurs destinataires, publics ou privés, en Belgique;
L'attention des soumissionnaires est spécialement attirée sur le fait que le présent appel d'offres général s'adresse exclusivement aux entreprises pouvant faire la preuve d'une expérience reconnue dans des services de ce genre, en Belgique ou à l'étranger. Ainsi les soumissionnaires apporteront-ils, autant que possible, par des attestations récentes émanant d'autorités publiques ou d'organismes privés, la preuve qu'ils ont donné satisfaction dans des réparations de conteneurs.

- une description technique du type et de la mise en œuvre des peintures anticorrosives et de finition retenues par le Soumissionnaire.

- une description des mesures mises en œuvre pour gérer les déchets provenant de leur activité professionnelle en conformité avec la législation en vigueur.
Le soumissionnaire fournira également une copie de toutes leurs autorisations administratives nécessaires (ainsi que, le cas échéant, les autorisations de leurs sous-traitants) pour assurer les travaux de réparation tels que décrits dans le présent

Cahier spécial des charges (autorisation d'exploiter : atelier de soudage, cabine de sablage, cabine de peinture,…).

Aucun des documents demandés n'avait pour but d'évaluer la qualité du service, et ne se confondait avec ceux qui pouvaient être transmis pour démontrer les performances que les soumissionnaires atteindraient en terme de qualité et de fiabilité du service. Il est par conséquent inexact d'affirmer que la qualité du service aurait été appréciée tant au titre de la sélection qualitative qu'au titre du troisième critère d'attribution.

Partant, ce moyen n'est pas sérieux.".

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Sans qu'il soit besoin de déterminer si le moyen est recevable, il suffit de constater, prima facie, qu'il n'apparaît pas sérieux. En effet, le critère contesté était libellé, comme suit, par l'article 9 des clauses administratives du cahier spécial des charges:

" - la qualité et la fiabilité du service (200 points) - estimées en fonction des performances annoncées par les soumissionnaires et résultant de la qualité et de l'adaptabilité tant du matériel (100 points) que du personnel (100 points) qui seront affectés par le soumissionnaire à l'exécution du marché;".

Il en ressort que la partie adverse a voulu déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse en ayant égard à la qualité et à la fiabilité du service sur la base des performances des soumissionnaires résultant de la qualité et de l'adaptabilité tant du matériel que du personnel.

Ce critère d'attribution est lié essentiellement à l'appréciation de la qualité du service et non à l'évaluation de l'aptitude des soumissionnaires.

Enfin, la circonstance que la partie adverse n'ait pas sélectionné la société coopérative à responsabilité limitée GUEBEL FRERES en raison du fait qu'elle ne pouvait démontrer son aptitude à fournir un service de qualité, n'atteste pas que la partie adverse aurait réalisé une confusion entre les opérations de sélection et d'attribution.

Cette société n'a pas été sélectionnée parce qu'elle n'a pas prouvé son aptitude à exécuter le marché et non en raison du fait que la qualité de son offre était insuffisante.

V. DEUXIEME MOYEN

V. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un deuxième moyen pris de "la violation des principes de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de la transparence et de bonne administration".

Elle soutient que :

" 10. Ce moyen concerne la décision du Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE du 18 septembre 2012 et la décision du Conseil d'administration de l'AIVE du 19 septembre 2012 qui «prend acte et pour autant que de besoin approuve les avis et propositions de décision adoptés par le Conseil de Secteur le 18 septembre 2012».

11. Le point 5, quatrième alinéa, des clauses administratives du cahier spécial des charges, p. 5, indique :

«Les soumissionnaires sont censés, lors du dépôt de leur offre, être parfaitement au courant de la nature et de l'ampleur des fournitures et prestations à accomplir. En cas d'attribution du marché, ils ne pourront revendiquer aucune modification ou adaptation du prix du marché qui adviendrait par suite d'une connaissance imparfaite de la nature et de l'ampleur du marché ».

Bizarrement, le métré récapitulatif joint au cahier spécial des charges n'indique aucune quantité, que ce soit présumée ou forfaitaire (voir p. 35 et suivantes du CSC).

Ces quantités sont cependant connues du pouvoir adjudicateur puisque le marché en cause est le même que celui qu'il a attribué à la société ASM en 2008, lequel a donné lieu à des bordereaux de prix et à des factures.

Ces données sont également indispensables aux soumissionnaires afin qu'ils puissent établir leurs prix de manière correcte. Certaines prestations contiennent en effet des fournitures; or, le prix de ces fournitures varie en fonction de l'importance des commandes qu'en fait le soumissionnaire auprès de ses fournisseurs.

A plusieurs reprises, la société ZENOBE a demandé à l'AIVE de lui communiquer ces quantités, mais celle-ci a toujours refusé de les communiquer.

12. En ne communiquant pas les quantités présumées aux soumissionnaires, l'AIVE a rompu l'égalité entre ceux-ci. Ainsi qu'il a été dit au point précédent, ces quantités sont connues de la société ASM qui a obtenu le marché antérieur, lequel a donné lieu à des bordereaux et des factures, et a pu établir ses prix en toute connaissance de cause. En revanche, les autres soumissionnaires n'ont aucun moyen de les connaître.

Selon une jurisprudence constante du Conseil d'Etat, lorsque l'égalité est rompue du fait qu'un des soumissionnaires a été l'adjudicataire du marché précédent, il importe au pouvoir adjudicateur de rétablir l'égalité en fournissant aux autres soumissionnaires les informations qui sont en possession du précédent adjudicataire du fait de l'exécution de ce marché.

Ainsi le Conseil d'Etat a-t-il jugé dans un arrêt du n° 219.175 du 4 mai 2012 :

«Il n'est pas contesté qu'à raison de l'expérience qu'elle avait acquise en exécutant le marché correspondant à la précédente phase de réhabilitation du site concerné, la société SITA REMEDIATION occupait une situation de fait plus confortable que celle des autres soumissionnaires dans le cadre de la procédure d'attribution du marché litigieux. Face à une telle inégalité de fait qui ne pouvait être totalement annihilée, la partie adverse se devait, à tout le moins, d'organiser la procédure d'attribution du marché dans des conditions telles que les entreprises intéressées puissent déposer utilement une offre. Ainsi, était-elle notamment tenue de communiquer à ces entreprises les informations dont elle disposait et à l'égard desquelles la société SITA REMEDIATION pouvait être avantagée , et de leur laisser un délai suffisant pour leur permettre de rédiger et déposer leurs offres.»

A défaut, le pouvoir adjudicateur viole le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et le principe de la transparence. Il nuit en outre au principe de bonne administration en empêchant le soumissionnaire d'établir ses prix de manière correcte, ce qui peut avoir des conséquences dommageables pour le pouvoir adjudicateur.

13. En refusant de communiquer les quantités présumées afférentes au présent marché, l'AIVE a donc violé les principes de l'égalité de traitement, de la transparence et de bonne administration.

Il y a donc lieu de suspendre la décision du Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE du 18 septembre 2012, ainsi que la décision du Conseil d'administration de l'AIVE du 19 septembre 2012 qui, approuvant cette décision, repose sur les mêmes motifs.".

La partie adverse répond que :

" 9. La requérante n'apporte pas la preuve qu'elle a sollicité les informations qu'elle réclame. Ayant accepté de remettre offre, elle ne peut, aujourd'hui, après que le résultat de l'analyse des offres soit connu, prétendre ne pas avoir été complètement et correctement informée de l'ampleur du marché.

Par ailleurs, il eût été impossible au pouvoir adjudicateur de communiquer les quantités se rapportant aux postes du métré. Pour rappel, le marché porte sur la réparation de conteneurs; il s'agit d'un marché à bordereaux de prix, les quantités n'étant pas connues à l'avance. Il n'est en effet pas possible de prévoir d'une année à l'autre la nature exacte des prestations ou à tout le moins leur quantité, compte tenu de l'objet même du marché. La vétusté du parc de conteneur faisant son oeuvre, des prestations ayant lieu en 2011 seront différentes de celles à effectuer en 2013 ....

En outre, on peut douter que ces données étaient «indispensables» aux soumissionnaires afin qu'ils puissent établir leurs prix de manière correcte.

Aucun des soumissionnaires ayant remis offre n'en a fait expressément et formellement la demande.

La requérante ne démontre par ailleurs pas concrètement, par exemple par la production de tableaux chiffrés, que la connaissance de quantités présumées ou forfaitaires pour les postes prévus au métré eut réellement pu avoir une influence sur le prix des fournitures. Le prix de ces fournitures n'était par ailleurs pas le seul élément déterminant pour le calcul du prix du marché, s'agissant d'un marché de services.

On peut également attendre d'un professionnel réalisant un chiffre d'affaires tel que celui de la requérante – 1.200.000 EUR – d'une part qu'il dispose déjà d'accords avec des fournisseurs lui permettant d'assurer ses prestations au meilleur prix dans l'intérêt de ses clients, accords qu'un marché comme celui en cause n'affectera que légèrement et, d'autre part, qu'il puisse déposer une offre de prix compte tenu de sa connaissance du marché et des informations communiquées par le pouvoir adjudicateur. Ce dernier a en effet indiqué oralement à ZENOBE, lors d'une réunion d'information qui s'est déroulée le 27 juin 2012, le nombre de conteneurs réparés par an, soit 254, mais également un ordre de grandeur approximatif de certaines réparations (entre 50-60 peintures, ...). Sur base de ces éléments, tout professionnel pouvait remettre prix, ce que la requérante et les trois autres soumissionnaires ont pu valablement faire, sans qu'une offre ne soit accusée d'afficher un prix anormalement haut ou bas, ce que la partie requérante ne soutient pas d'ailleurs.

Il s'ensuit que la partie adverse n'a pas rompu l'égalité de traitement existant entre soumissionnaires, chacun ayant reçu les mêmes informations. ASM n'était pas avantagée par le fait qu'elle s'était vu attribuer un marché similaire antérieurement, puisqu'elle était incapable de prévoir à l'avance l'ampleur des réparations et le nombre de containers à réparer.

Enfin, l'arrêt n° 219.175 du 4 mai 2012 de Votre Conseil n'est pas pertinent en l'espèce. Les faits l'ayant précédé sont en effet différents, de sorte qu'il n'est pas permis de se prévaloir de sa conclusion. Dans cet affaire, il n'était pas question de l'attribution d'un marché similaire à un marché ayant été exécuté antérieurement, mais d'un marché faisant suite à l'arrêt d'un autre marché différent dans son objet. En outre, la partie requérante omet de mentionner que Votre Conseil a, en définitive, rejeté le moyen qui se fondait sur le principe d'égalité appliqué à la communication d'informations permettant aux soumissionnaires de déposer leur offre. Les requérantes se plaignaient de ce que le manque d'information ou la communication d'information tardives leur laissait trop peu de temps pour finaliser leur offre. Votre Conseil y a répondu en affirmant que «Les parties requérantes restent en défaut de démontrer concrètement en quoi ce délai supplémentaire n'était pas suffisant et en quoi cette communication tardive leur a fait grief», mais aussi qu'«elles restent toutefois en défaut de démontrer concrètement en quoi, au-delà de cette brièveté relative, le délai imparti aux entreprises est intrinsèquement insuffisant. Ainsi, n'indiquent-elles notamment pas pour quelles démarches complémentaires, qu'elles estimaient devoir accomplir, elles n'ont pas disposé du temps suffisant. On aperçoit d'autant moins ce caractère insuffisant que cinq offres, toutes déclarées régulières, ont pu être déposées dans ce délai».

Or, en l'espèce, la requérante reste en défaut de démontrer en quoi, concrètement, l'absence de communication des informations qu'elle sollicite, si elle avait été possible, quod non, lui aurait permis de déposer une offre lui permettant d'être mieux valorisée dans le cadre de la comparaison des offres.

Le moyen n'est donc pas sérieux.".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le marché public litigieux a pour objet "la réparation de conteneurs pour les Parcs à conteneurs". Il n'apparaît pas possible que la partie adverse, qui ne connaît pas l'avenir, ait été en mesure de déterminer combien de conteneurs seront endommagés dans les trois années suivant l'attribution du marché et devront être réparés.

Le fait qu'elle connaissait le nombre de conteneurs ayant été réparés, dans le cadre de l'exécution du marché public précédent, n'implique nullement qu'elle puisse savoir combien de conteneurs devront être réparés à l'avenir.

Enfin, la partie adverse indique, sans être contredite par la requérante, avoir informé la société ZENOBE du nombre approximatif de conteneurs qui avaient été réparés par an dans le cadre de l'exécution du marché public précédent.

Il n'apparaît donc pas que la partie adverse ait discriminé les soumissionnaires. Le moyen n'est pas sérieux.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un troisième moyen pris de la violation "des articles 1er, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 16 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des articles 110, § 2 et 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, ainsi que du devoir de minutie, des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, de transparence et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elle soutient que :

" 14. Ce moyen concerne la décision du Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE du 18 septembre 2012 ainsi que la décision du Conseil d'administration de l'AIVE du 19 septembre 2012 qui «prend acte et pour autant que de besoin approuve les avis et propositions de décision adoptés par le Conseil de Secteur le 18 septembre 2012».

15. Le deuxième critère d'attribution portait sur «la durée des délais d'exécution pour les réparations si inférieure à celle imposée par le cahier spécial des charges» et valait 200 points (voir p. 7 du CSC).

Dans le cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur n'a pas indiqué la durée maximale du délai de réparation.

La question lui ayant été posée par la société ZENOBE, l'AIVE a, le 17 juillet 2012, complété la page 16 du cahier spécial des charges comme suit (pièce 3) :

«Le délai de réparation (délai d'exécution) est fixé à 5 jours ouvrables par conteneur, soit un total de 10 jours ouvrables pour l'enlèvement de 2 containers mis en réparation.
Ce délai débute le lendemain de la demande de mise en réparation des 2 conteneurs et ce jusqu'à la réception des travaux et approbation des travaux demandés».

Première branche : absence de motivation de la cote attribuée à la société ZENOBE

16. Dans le cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur n'a pas indiqué la façon dont serait évaluée la cote relative au délai de réparation ni la formule qui serait utilisée pour ce faire, au contraire de ce qu'il a fait pour le prix.

17. La société ZENOBE a proposé un délai de 7 jours, la société ASM un délai de 4 jours et la société LUXMAINTENANCE un délai de 10 jours.

La société ASM, qui a proposé le délai le plus court, a obtenu le maximum des points, soit 200 points, et la société LUXMAINTENANCE, qui a proposé le délai le plus long, a obtenu 0 points, soit le minimum des points.

Quant à la société ZENOBE, elle a obtenu 114 points sans que cette cote soit explicitée par le Conseil.

Aucune méthode de calcul ne permet de comprendre cette cote.

18. Il y a donc lieu de suspendre la décision du Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE du 18 septembre 2012 pour défaut de motivation et violation des articles 1er, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, de l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 ainsi que des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de transparence.

Il en va de même pour la décision du Conseil d'administration de l'AIVE du 19 septembre 2012 qui, approuvant cette décision, repose sur les mêmes motifs.

Deuxième branche : insuffisance manifeste du délai proposé par la société ASM

19. Ainsi qu'il résulte du point précédent, la société ASM a proposé un délai d'exécution de 4 jours.

A supposer que ce délai concerne bien deux containers comme exigé par le rectificatif apporté au cahier spécial des charges le 17 juillet 2012, ce délai est manifestement insuffisant et ne correspond évidemment pas à la réalité.

En effet, la procédure de réparation se déroule comme suit : une fois le problème signalé à l'adjudicataire, celui-ci doit

1) aller chercher les containers à Habay-la-Neuve et les ramener dans son atelier;
2) examiner les containers et envoyer au maître d'ouvrage toutes les informations concernant les réparations (voir p. 15 du CSC);
3) obtenir l'accord du maître d'ouvrage sur les réparations, celui-ci disposant d'un délai de 24 heures pour ce faire (voir p. 15 du CSC);
4) sabler les conteneurs pour enlever la rouille et la peinture (voir poste 1, p. 16 du CSC);
5) les réparer;
6) les enduire de trois couches de peinture qui doivent être apposées à intervalles de 5 à 16 heures;
7) les ramener à l'AIVE à Habay-la-Neuve.

Il est manifeste que toutes ses opérations ne peuvent être sérieusement réalisées en 4 jours sur deux containers, d'autant que, selon son bilan social, la société ASM ne dispose que de 1,8 ETP (équivalent temps plein) autre qu'employé (voir pièce 8, p. 13/15).

Pour ces raisons, le délai proposé par la société ASM et qui lui a valu 200 points sur 1000 est manifestement irréaliste.

20. Dans ces conditions, en attribuant le marché à la société ASM alors que celle-ci proposait un délai qui, manifestement, ne correspondait pas à la réalité, le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE a violé son devoir de minutie, le principe de bonne administration, le principe de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires, l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, les articles 110, § 2 et 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 et a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Pour ces raisons, il y a donc lieu de suspendre la décision du Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE du 18 septembre 2012 ainsi que la décision du Conseil d'administration de l'AIVE du 19 septembre 2012 qui, approuvant cette décision, repose sur les mêmes motifs.".

La partie adverse répond que :

" Première branche

11. L'article 9 des clauses administratives du cahier spécial des charges (p. 7) fixe 4 critères d'attribution, comme suit :

«- le prix (500 points);
- la durée des délais d'exécution pour les réparations si inférieure à celle imposée par le cahier spécial des charges (200 points);
- la qualité et la fiabilité du service (200 points) – estimées en fonction des performances annoncées par les soumissionnaires et résultant de la qualité et de l'adaptabilité tant du matériel (100 points) que du personnel (100 points) qui seront affectés par le soumissionnaire à l'exécution du marché;
- la qualité rédactionnelle de l'offre : seront appréciés la présentation, le classement, la numérotation des pièces, la précision et l'adéquation des renseignements demandés … (100 points)».

Le 17 juillet, un erratum a été transmis aux entreprises ayant demandé copie du cahier spécial des charges. Il est rédigé comme suit :

«En page 16 du cahier spécial des charges

Ajouter ce paragraphe après le second paragraphe des «clauses contractuelles et techniques applicables au marché» en page 16 :

«Le délai de réparation (délai d'exécution) est fixé à 5 jours ouvrables par conteneur, soit un total de 10 jours ouvrables pour l'enlèvement de 2 conteneurs mis en réparation.
Ce délai débute le lendemain de la demande de mise en réparation des 2 conteneurs et ce jusqu'à la réception des travaux et approbation des travaux demandés.»

La SPRL ASM présente un délai d'exécution de 4 jours, qui est donc inférieur aux 10 jours maximum imposés par le cahier spécial des charges. Cette offre affiche le délai le plus court et a été créditée de ce fait du maximum de points, soit 200 points.

LUXMAINTENANCE ne propose pas d'amélioration du délai et ne reçoit donc pas de point.

La SA ZENOBE présente un délai d'exécution de 7 jours, qui est donc inférieur aux 10 jours maximum imposés par le cahier spécial des charges. Elle s'est vu créditée d'un nombre de points calculé proportionnellement, eu égard aux délais d'exécution, par rapport à la proposition la plus intéressante, soit 114 points (200 points x 4/7).

Certes, ni la décision du comité de secteur, ni la décision du conseil d'administration de la partie adverse ne précise que le calcul des points attribués l'a été proportionnellement au nombre de jours affichés dans la meilleure offre.

L'obligation de motivation formelle ne le requerrait cependant pas. En effet, celle-ci oblige seulement les autorités administratives à indiquer dans leurs actes administratifs les motifs qui permettent à leur destinataire de comprendre la décision. S'agissant d'une décision attribuant un marché sur appel d'offres, elle doit permettre au soumissionnaire évincé de comprendre pour quelles raisons son offre n'a pas été jugée la plus avantageuse.

La seule lecture des délais sur lesquels se sont engagés les autres soumissionnaires, en particulier, ASM, permet à la requérante de comprendre pour quels motifs elle n'a pas obtenu le maximum de points pour ce critère, proposant un délai plus long qu'ASM.

Une lecture simple de l'avis du comité de secteur permet également de comprendre comment la cote de la requérante sur ce critère a été calculée. La cotation des offres se doit d'être calculée en comparant entre eux les délais annoncés par les différents soumissionnaires. Dans ce cadre, la partie adverse se devait d'attribuer à chaque offre un nombre de points traduisant fidèlement la différence existant entre les délais proposés. Il était donc logique qu'elle attribue à la requérante pour ce critère une cote établie proportionnellement au nombre de jours distinguant la meilleure offre de celle examinée.

Cette cotation n'est qu'une conséquence logique de l'obligation de comparaison des offres entre elles. Il n'a dès lors pas paru nécessaire à la partie adverse de le mentionner dans le corps du texte des actes attaqués, d'autant que le rapport d'analyse des offres le mentionnait clairement.

12. En toute hypothèse, on peine à voir quel pourrait être l'intérêt de la requérante à cette branche du moyen dès lors qu'une réfection des actes attaqués sur ce point ne lui permettrait pas de se voir attribuer le marché, et qu'elle ne critique pas l'absence d'énonciation de cette méthode dans les documents du marché.

Partant, cette branche manque de sérieux.

Seconde branche

13. La requérante n'a pas intérêt à cette branche du moyen.

A la suivre, le délai proposé par ASM pour la réalisation des réparations serait irréaliste. Ce faisant, l'offre d'ASM comporterait des éléments qui ne concordent pas avec la réalité. Elle aurait, dans la thèse de la requérante, quod non, donc du être écartée, comme le permet l'article 110, § 2, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996.

Or, force est de constater que la requérante ne critique nullement la décision de la partie adverse déclarant l'offre d'ASM régulière. Partant, elle n'est pas recevable à critiquer l'appréciation faite par la partie adverse d'un élément de l'offre d'un autre soumissionnaire dont elle pouvait critiquer la régularité, ce qu'elle n'a pas fait. En admettant de par son attitude que l'offre d'ASM n'était pas entâchée d'irrégularité, elle s'est privée de la possibilité de pouvoir invoquer le caractère prétendument irréaliste des délais annoncés dans l'offre d'ASM.

L'attitude de la requérante est par ailleurs contradictoire, ce qui dénie tout sérieux à cette branche du moyen. Si l'offre d'ASM annonçait véritablement des délais irréalistes, la requérante devait critiquer la régularité de son offre. En n'agissant pas de la sorte, elle a admis le constat de régularité posé sur cette offre par la partie adverse. Elle ne peut plus, dès lors, critiquer l'appréciation faite sur cette offre dans

le cadre de l'examen du critère «délai» au motif que les délais annoncés seraient irréalistes.

14. En toute hypothèse, les délais annoncés ne sont pas irréalistes.

Pour preuve, nombreuses prestations ont ainsi été réalisés dans un délai inférieur à 4 jours en 2012, nous en citons ici quelques-unes à titre exemplatif :

- 2 conteneurs (réparations et peintures complète sur l'un + réparations et remplacement des IPN = grosses interventions) envoyés le 2/07/2012, facturé le 6/07/2012 après retour dans les ateliers d'AIVE, soit moins de 4 jours pour 2 conteneurs (factures 253 et 255);

- 1 conteneur (réparations et peinture complète) envoyé le 27/08/2012, facturé le 30/08/2012 après retour dans les ateliers d'AIVE, soit moins de 3 jours pour 1 conteneur (facture 321);

- 1 conteneur envoyé le 19/07/2012, facturé le 20/07/2012 après retour dans les ateliers d'AIVE, soit moins de 1 jours pour 1 conteneur (facture 283);

- 1 conteneur envoyé le 5/09/2012, facturé le 7/09/2012 après retour dans les ateliers d'AIVE, soit moins de 2 jours pour 1 conteneur (facture 339).

Contrairement à ce qu'annonce la requérante, la procédure de réparation qu'elle décrit peut se dérouler dans un délai de 4 jours :

1) Aller chercher les conteneurs à Habay et les ramener
= J 0 à 8h00, arrivée à 9h10 (le transporteur étant basé à Etalle)

2) Examen des conteneurs et envoyer la fiche technique au MO
= J 0 à 10h00

3) Obtenir l'accord du MO max 24h
= J +1 à 10 h00 (rem. bien souvent le pouvoir adjudicateur répond dans l'heure)

4) sablage
= 3h soit par conteneur, J + 1 à 17h00

5) réparation
= variable soit, si une journée est nécessaire, J + 2 à 17h00

6) mise en peinture 3 couches à intervalles de 1h (cf. fiche technique de la peinture proposée par ASM dans son offre)
= J + 3 à 14h00 (situation la plus favorable)

7) retour des conteneurs
= 1h10, soit le 3ème jour dans l'après-midi ou le 4ème jour dans la journée.

Enfin, la requérante ne démontre pas que l'entreprise ASM ne dispose que d'1,8 ETP.

Rien n'empêcherait le cas échéant ASM de faire appel à des travailleurs intérimaires ou d'engager du personnel supplémentaire en 2013 si besoin en était pour respecter ses délais.

Partant, cette branche du moyen, comme ce moyen dans son ensemble, manque de tout sérieux.".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

Il apparaît de façon évidente que la cote attribuée à la requérante pour le délai de réparation, l'a été sur la base d'une règle de trois. La société A.S.M. qui a proposé le délai le plus court, a obtenu la cote maximale. La requérante, qui a proposé un délai plus long que celui de cette société, a reçu une cote inférieure et proportionnelle à la valeur de son offre sur ce point.

La requérante pouvait aisément comprendre la décision attaquée à ce sujet sans qu'une motivation plus étendue eût été requise.

La première branche n'est pas sérieuse.

B. Quant à la seconde branche

La détermination du délai minimal requis pour réparer des conteneurs, implique une appréciation technique à laquelle il n'appartient pas au Conseil d'Etat de procéder. En toutes hypothèses, il n'est nullement manifeste qu'un délai de quatre jours pour la réparation de conteneurs soit insuffisant.

La seconde branche n'est pas sérieuse.

VII. QUATRIEME MOYEN

VII. 1. Arguments des parties

La requérante soulève un quatrième moyen pris de "l'erreur manifeste d'appréciation et de la contradiction de motifs, de la violation des articles 1er, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services ainsi que des principes d'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de transparence".

Elle soutient que :

" 21. Ce moyen concerne la décision du Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE du 18 septembre 2012 et la décision du Conseil d'administration de l'AIVE du 19 septembre 2012 qui «prend acte et pour autant que de besoin approuve les avis et propositions de décision adoptés par le Conseil de Secteur le 18 septembre 2012».

22. L'article 9 des clauses administratives du cahier spécial des charges, p. 7, prévoyait un quatrième critère : «la qualité rédactionnelle de l'offre», valant 100 points. Il précisait en outre que seraient appréciés au titre de ce critère la présentation, le classement, la numérotation des pièces, la précision et l'adéquation des renseignements demandés.

Dans sa décision (p. 4/5), le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE attribue 100 points à chacune des offres au motif que «toutes les offres sont bien présentées, les pièces correctement classées, et numérotées ce qui permet une analyse aisée de chaque document».

23. Cette appréciation est incorrecte à différents égards.

Tout d'abord, lors de la séance d'ouverture des offres, le représentant de la société ZENOBE a pu constater de visu une claire différence de qualité de présentation entre l'offre de cette société et les autres offres, dont celles de la société ASM.

Ensuite, il ressort de la motivation figurant dans la décision du Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE concernant le troisième critère – qualité et fiabilité du service - que la société ASM n'a pas joint de descriptif du matériel utilisé mais s'est contenté de remettre une ou des autorisations administratives.

De plus, la société ASM n'a remis aucun document concernant son personnel (et pour cause, puisque, d'après son bilan social (pièce 8, p. 13/15) elle n'emploie qu'1,8 ETP autre qu'employé, ce qui est insuffisant pour exécuter le marché).

Dans ces conditions, il est clair que le degré de précision et d'adéquation des renseignements demandés n'était pas le même dans les deux offres de sorte que les deux sociétés ne pouvaient obtenir la même cote.

24. En attribuant la même cote aux sociétés ZENOBE et ASM pour le critère de la qualité rédactionnelle de l'offre, le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE a donc commis une erreur manifeste d'appréciation et a violé les principes de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de la transparence.

A tout le moins, sa décision est affectée d'une contradiction de motifs de sorte qu'elle viole [les[articles 1er, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 et l'article 65/5 de la loi du 24 décembre 1993.

Il y a donc lieu de suspendre cette décision ainsi que la décision du Conseil d'administration de l'AIVE du 19 septembre 2012 qui, approuvant cette décision, repose sur les mêmes motifs.".

La partie adverse répond que :

" 16. L'article 9 des clauses administratives du cahier spécial des charges, p. 7, prévoyait un quatrième critère : «la qualité rédactionnelle de l'offre», valant 100 points. Il précisait en outre que seraient appréciés au titre de ce critère la présentation, le classement, la numérotation des pièces, la précision et l'adéquation des renseignements demandés.

Dans sa décision (p. 4/5), le Conseil de Secteur Valorisation et Propreté de l'AIVE attribue 100 points à chacune des offres au motif que «toutes les offres sont bien présentées, les pièces correctement classées, et numérotées ce qui permet une analyse aisée de chaque document».

La requérante soutient que lors de la séance d'ouverture des offres, son représentant a pu constater de visu une claire différence de qualité de présentation entre l'offre de cette société et les autres offres, dont celles de la société ASM.

La requérante n'explique pas et ne démontre pas en quoi il existerait une différence de qualité de présentation des offres. En toute hypothèse, cette appréciation relève du pouvoir d'appréciation de la partie adverse, sans préjudice du contrôle des erreurs manifestes d'appréciation.

La requérante soutient que le degré de précision et d'adéquation des renseignements demandés n'était pas le même dans les deux offres au motif que la société ASM n'a pas joint de descriptif du matériel utilisé mais s'est contenté de remettre une ou des autorisations administratives et que la société ASM n'a remis aucun document concernant son personnel. ASM et ZENOBE ne pouvaient dès lors obtenir la même cote pour ce critère; leurs offres devaient aboutir à une appréciation différente.

La requérante se méprend sur la portée du dernier critère d'attribution.

Ce critère est intitulé «la qualité rédactionnelle de l'offre». Le cahier spécial des charges prévoit qu'y : «seront appréciés la présentation, le classement, la numérotation des pièces, la précision et l'adéquation des renseignements demandés … (100 points)».

Il ressort des actes attaqués que toutes les offres sont bien présentées, les pièces correctement classées et numérotées ce qui permet une analyse aisée de chaque élément.

La partie adverse a pu considérer, sans pouvoir être contredit sur ce point, sous réserve du contrôle des erreurs manifestes, que la requérante n'établit pas, que pour la présentation, le classement et la numérotation des pièces, toutes les offres présentaient les mêmes qualités. Elle a donc pu valablement apprécier ses offres de la même manière et leur attribuer la même cotation.

La partie adverse n'aurait pas pu en outre considérer que les offres pouvaient faire l'objet d'une analyse aisée de chaque élément sans considérer implicitement que les renseignements indiqués dans les offres étaient précis et adéquats.

La requérante soutient que le degré de précision et d'adéquation des renseignements demandés n'était pas le même dans les deux offres de sorte au motif qu'il manquerait certains documents dans l'offre d'ASM. Ce faisant, la requérante confond la complétude de l'offre avec le caractère adéquat et précis des renseignements y mentionnés. Or, seuls ces éléments étaient annoncés dans l'énoncé du critère 4. Ce critère n'avait pas pour objectif d'évaluer la complétude de l'offre.

Cela ne veut pas dire que le défaut de production de certains documents pour le personnel et le matériel n'a pas été apprécié négativement dans le chef d'ASM. Celle-ci s'est vue attribuer une moins bonne cote pour le troisième critère d'attribution.

La partie adverse n'a donc pas commis d'erreur manifeste d'appréciation, ni violé les principes de l'égalité de traitement entre les soumissionnaires et de la transparence. Sa décision n'est pas davantage affectée d'une contradiction de motifs.

17. En toute hypothèse, la requérante n'a pas intérêt au moyen, dès lors que sa critique ne pourrait tout au plus porter que sur la précision et l'adéquation des renseignements demandés. Or, à supposer qu'il faille attribuer une cote moindre à ASM, cette modification des notes ne lui permettrait pas d'obtenir une cote supérieure à celle d'ASM compte tenu de la bonne appréciation, même partielle, quod non, de l'offre d'ASM pour ce critère, de sorte qu'elle ne pourrait se voir attribuer le marché.

Partant, ce moyen, pas plus que tous les autres, ne peut être sérieux.".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le quatrième critère était libellé, comme suit, par l'article 9 des clauses administratives du cahier spécial des charges :

" - la qualité rédactionnelle de l'offre : seront appréciés la présentation, le classement, la numérotation des pièces, la précision et l'adéquation des renseignements demandés … (100 points) ".

Le fait que la société A.S.M. n'aurait pas joint de descriptif du matériel utilisé et n'aurait pas remis de document concernant son personnel, n'implique pas que les pièces qu'elle a communiquées, n'aient pas été aussi bien présentées, classées et numérotées que celles fournies par ses concurrents.

Cette circonstance n'emporte pas davantage que les informations, contenues dans les pièces présentées par la société A.S.M., n'étaient pas aussi précises et en adéquation avec les renseignements demandés que les informations communiquées par ses concurrents.

Enfin, concernant le constat que le représentant de la société ZENOBE aurait effectué quant à la différence de qualité de présentation entre l'offre de cette société et les autres offres, il s'agit d'une allégation de la requérante dont elle n'établit pas la réalité.

Le moyen n'est pas sérieux.

VIII. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

Les offres des soumissionnaires, transmises à la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, peuvent être soustraites, à ce stade, à la consultation des parties, sans que ne soient affectées la régularité de la procédure ou les exigences du procès équitable, et ce sans préjudice de l'appréciation qui pourrait être portée par le Conseil d'Etat sur la nécessité éventuelle de les porter à la connaissance des parties à un autre stade de la procédure.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres des soumissionnaires, transmises à la partie adverse dans le cadre du marché public litigieux, sont soustraites, à ce stade de la procédure, à la consultation des parties.

Article 3.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le sept novembre deux mille douze par :

M. Yves HOUYET, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Mme Caroline HUGÉ, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ. Yves HOUYET.