CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 222.939 du 21 mars 2013

G./A.207.902/VI-19.894

En cause : **1. la société de droit français CERYX TRAFIC SYSTEM,**
2. la société de droit luxembourgeois QUATTRO,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne, représentée
par son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Mes Marc UYTTENDAELE et
Anne FEYT, avocats,
rue de la Source, n° 68,
1060 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 7 février 2013, la société de droit français CERYX TRAFIC SYSTEM et la société de droit luxembourgeois QUATTRO sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution "de la décision du 5 décembre 2012, par laquelle la REGION WALLONNE attribue à la société TRANSITEC le marché de services portant sur l'«aide à l'Administration pour l'étude de carrefours sur l'ensemble du territoire de la REGION WALLONNE», régi par le cahier spécial des charges n° 01.02.01-12E58".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 8 février 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 14 mars 2013 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., Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Mes André DELVAUX et Nathanaëlle MICHEL, avocats, comparaissant pour les parties requérantes et Me Anne FEYT, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^me^ 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

III. 1. Respectivement le 1er et le 5 septembre 2012, la Région wallonne a fait publier au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, un avis de marché relatif à la passation, par appel d'offres général, d'un marché de services portant sur l'"aide à l'administration pour l'étude de carrefours sur l'ensemble du territoire de la Région wallonne".

III. 2. Le marché est régi par le cahier spécial des charges n° 01.02.01-12E58.

Celui-ci contient le formulaire d'offre et l'inventaire-bordereau de prix.

L'objet du marché y est décrit en ces termes :

" Aide à l'administration pour l'étude de carrefours sur l'ensemble du territoire de la Région wallonne.

Sous ce vocable sont repris différents services à fournir par l'adjudicataire tels que :
- recueil des données de base (levé topographique et réalisation du plan de base, comptages);
- étude de la stratégie à mettre en place sur le carrefour en tenant compte des contraintes et objectifs (allant du choix de type de carrefour à la stratégie détaillée en cas de carrefour à feux avec générations de différentes variantes avec leurs avantages et leurs inconvénients afin que l'Administration puisse faire son choix);
- suite à cette phase et en cas de choix d'un carrefour à feux, la décision de faire réaliser le projet d'exécution sera ou non précédée d'une vérification de la stratégie proposée si des éléments pourraient avoir varié dans le laps de temps écoulé;
- le projet d'exécution du carrefour reprendra alors un plan d'implantation précis du matériel et des marquages ainsi que la description complète du fonctionnement nécessaire à la programmation du contrôleur de trafic;

- une aide à l'Administration sous forme de consultance et de prestations diverses liées à des problématiques de carrefours est également prévue dans le cadre de ce marché.
[…]".

III. 3. Les critères d'attribution sont fixés comme suit :

" Section II - Du choix en appel d'offre général ou restreint

Article 115
L'offre sera appréciée en fonction des trois critères d'attribution ci-après, mentionnés par ordre d'importance décroissante :
1. la qualité de sa méthodologie (60 %);
2. le prix (30 %);
3. la qualité de son support technique (10 %).

La qualité de sa méthodologie

Le soumissionnaire indiquera dans un document joint à son offre :
• comment il envisage le déroulement de chaque service et notamment les réunions de présentation et de validation;
• les éléments qui seront étudiés dans chacun de ces services;
• Pour les stratégies : comment il fonde son raisonnement, établit, vérifie et recoupe ses propositions, élabore ses choix, depuis les données de trafic et d'environnement jusqu'aux objectifs recherchés. Tout autre point analysé dans la stratégie sera explicité avec les critères de choix envisagés (coordination, priorité TC, ...)
• le type de logique de régulation qu'il envisage de proposer : par phases ou par lignes de feux et les raisons de ce choix selon le carrefour envisagé, les objectifs, …;
• comment il envisage de présenter les documents (exemples d'études réalisées tant dans la partie stratégie que pour le projet d'exécution);

Le prix

Le prix total tel qu'établi à l'aide de l'inventaire annexé au présent Cahier spécial des charges.

La qualité de son support technique

Le soumissionnaire indiquera dans un document joint à son offre, le support informatique qu'il utilise dans ses études de régulation (logiciels de calcul, de dessin, de simulation). Une attention particulière sera accordée aux possibilités de modifications des documents fournis".

III. 4. Le 24 octobre 2012, quatre offres ont été déposées : celles de CERYX-QUATTRO, d'EGIS, de TECHNUM et de TRANSITEC.

III. 5. Le 5 décembre 2012, la partie adverse a décidé que l'offre déposée par la société TRANSITEC était régulière, conforme à toutes les clauses et conditions du cahier spécial des charges et qu'elle était la plus intéressante.

Elle a décidé dès lors d'attribuer le marché à cette société.

Il s'agit de la décision attaquée.

Le rapport d'analyse des offres est joint à la décision d'attribution du 5 décembre 2012 dont il fait partie intégrante.

Selon ce rapport, les offres ont été analysées sur la base suivante :

1. Evaluation de la méthodologie (60 %) :
   - Stratégie : recueil des objectifs et contraintes (sur 10)
   - Stratégie : génération des variantes et choix (sur 10)
   - Type de régulation envisagé (sur 10)
   - Projet d'exécution : contenu des dossiers de régulation (sur 10)
   - Organisation des études (sur 10)
   - Documents de stratégie (sur 5)
   - Documents : projet d'exécution (sur 5).

2. Le prix (30 %) : le soumissionnaire le moins cher a reçu la cote maximale et le plus cher 50 % de la cote maximale, les soumissionnaires intermédiaires ont reçu une cote entre 50 et 100 % de la cote maximale inversement proportionnelle au montant de leur offre.

3. Le support technique (10 %).

Les points totaux obtenus par les soumissionnaires sont les suivants :

	Max	CERYX-QUATTRO	EGIS	TECHNUM	TRANSITEC
Méthodologie	60	$36^{2/3}$	$34^{2/3}$	$43^{2/3}$	54
Prix	30	30,00	20,44	15,00	24,64
Support technique	10	$7^{2/3}$	7,00	8,00	$7^{2/3}$
TOTAL général	100	74,33	62,10	66,67	86,31
CLASSEMENT	1 à 4	2	4	3	1

III. 6. Selon les requérantes, la décision d'attribution leur a été transmise par courrier recommandé daté du 17 janvier 2013 mais remis à la poste le 23 janvier 2013 et reçu par elles le 25 janvier 2013.

Ce courrier accordait un délai de dix jours pour introduire un recours en suspension d'extrême urgence.

Par courrier du 28 janvier 2013, la partie adverse a fait savoir aux requérantes ce qui suit :

" Une erreur s'étant glissée dans notre courrier du 17 janvier dernier (voir annexe), le délai à prendre en compte pour l'introduction des recours est de 15 jours calendriers et non de 10.

De plus, deux des trois récépissés de dépôt d'envois recommandés nous sont revenus avec un cachet portant la date du 23 janvier 2013. Nous vous informons donc qu'afin de respecter le prescrit de l'article 65/11 de la loi du 23 décembre 1993 relative aux marchés publics, le délai d'attente prévu par cette disposition est prolongé jusqu'au 7 février 2013".

IV. EXTREME URGENCE

Les requérantes font valoir que la décision attaquée leur a été communiquée par courrier recommandé daté du 17 janvier 2013, envoyé le 23 janvier 2013, en sorte que le délai de quinze jours expirait le jeudi 7 février 2013, jour de l'introduction de la requête.

Elles ajoutent que la décision leur a été notifiée par courrier recommandé uniquement, en violation de l'article 65/8, alinéa 2 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services qui prévoit que l'autorité adjudicatrice effectue immédiatement cette communication par télécopieur ou par un courrier électronique ou tout autre moyen électronique et, le même jour, par lettre recommandée, en manière telle que le délai de quinze jours prévu par l'article 65/23, § 3, de la loi du 24 décembre 1993 précitée n'a pas encore commencé à courir.

On peut admettre que, dans ces conditions, l'extrême urgence est suffisamment établie.

V. PREMIER MOYEN

V.1. Thèses des parties

Les requérantes prennent un premier moyen "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 110 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, de l'article 115 des conditions administratives du cahier spécial des charges y relatif, du principe patere legem quam ipse fecisti, du principe de l'égalité entre les soumissionnaires, et de son corollaire, le principe de transparence et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elles font valoir que la Région wallonne a attribué, par décision du 5 décembre 2012, le marché à la société TRANSITEC, sur la base du critère d'attribution "qualité de sa méthodologie" (60 points), détaillé en sept sous-critères :

- Stratégie : recueil des objectifs et contraintes (sur 10)
- Stratégie : génération des variantes et choix (sur 10)
- Type de régulation envisagé (sur 10)
- Projet d'exécution : contenu des dossiers de régulation (sur 10)
- Organisation des études (sur 10)
- Documents de stratégie (sur 5)
- Documents : projet d'exécution (sur 5),

alors que ces sous-critères et leur pondération n'étaient pas prévus par le cahier spécial des charges et qu'elles n'ont pas pu rédiger leur offre en connaissance de cause.

Elles font état de l'arrêt du 24 janvier 2008, Lianakis, C-532/06, pt 45, par lequel la Cour de justice de l'Union européenne a répondu à une question préjudicielle en ces termes :

" l'article 36, paragraphe 2, de la directive 92/50, lu à la lumière du principe d'égalité de traitement des opérateurs économiques et de l'obligation de transparence qui en découle, s'oppose à ce que, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur fixe ultérieurement des coefficients de pondération et des sous-critères pour les critères d'attribution mentionnés dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché".

Elles se réfèrent à un arrêt du Conseil d'Etat n° 213.722 du 7 juin 2011, selon lequel :

" il n'est pas contestable que de tels sous-critères et leur pondération sont des éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation (C.J.C.E., 24 novembre 2005, ATI EAC, précité); qu'en n'indiquant pas de tels sous-critères et leur pondération dans le cahier spécial des charges ou l'avis de marché, la partie adverse a méconnu l'obligation de publicité qui découle de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 précitée",

ainsi qu'à un arrêt n° 216.344 du 18 novembre 2011, aux termes duquel :

" 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.

[…]

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".

Les requérantes soutiennent que les sous-critères doivent être énoncés dans le cahier spécial des charges, que la partie adverse ne pourrait prétendre que le descriptif du critère d'attribution "qualité de sa méthodologie" vaut énonciation des sous-critères d'attribution qu'elle a utilisés lors de l'analyse des offres, que le descriptif de la qualité de la méthodologie figurant dans le cahier spécial des charges ne correspond pas aux sous-critères tels qu'énoncés dans le rapport d'analyse des offres, qu'il présente de façon générale ce qu'il faut entendre par "méthodologie" dans le cas d'espèce sans faire référence à la façon de recueillir les objectifs et contraintes, de générer des variantes et des choix, au contenu d'un dossier de régulation, ou à l'organisation concrète des études.

Elles affirment qu'elles ne pouvaient prévoir, lors de la préparation de leur offre, que celle-ci serait évaluée sur des aspects aussi précis de sa méthodologie, d'autant que l'article 115 du cahier spécial des charges annonçait le critère d'attribution "méthodologie" de façon générale, et qu'elles ont été surprises par les sous-critères.

Elles soutiennent encore, sur la base d'un arrêt C-331/04 du 24 novembre 2005 de la Cour de justice de l'Union européenne, en cause de ATI EAC Srl e Viaggi di Maio Snc et consorts, que la pondération des sous-critères devait figurer de le cahier spécial des charges, que le pouvoir adjudicateur aurait pu déterminer la pondération des sous-critères d'attribution après l'ouverture des offres, pour autant que cette manière de procéder ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché, qu'elle ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation et qu'elle n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments de nature à avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires. Elles estiment qu'en l'espèce, ces trois conditions cumulatives ne sont pas remplies, qu'elles ignoraient, au moment de la préparation de leur offre, que des aspects précis de celle-ci seraient pris en considération à hauteur de 10 ou de 5 points sur 60 lors de l'évaluation des offres, la pondération de ces sous-critères n'étant

pas prévisible. Elles ajoutent que la surprise est d'autant plus grande que la partie adverse n'a pas fixé le même nombre de points pour chaque sous-critère, recourant à cinq sous-critères à 10 points et à deux sous-critères à 5 points et que si la pondération avait été portée à leur connaissance, elles auraient rédigé leur offre en conséquence.

Elles affirment que le rapport d'analyse des offres fait apparaître que leur offre est acceptable mais qu'elle aurait pu être plus fouillée sur des aspects visés par les sous-critères.

Elles concluent que la partie adverse était tenue de fixer ces sous-critères d'attribution et leur pondération dans l'avis de marché ou dans le cahier spécial des charges.

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose au premier moyen que la méthode d'évaluation du critère "la qualité de sa méthodologie" qu'elle a appliquée était largement prévisible au regard de la description du marché et du critère contenu dans le cahier spécial des charges. Elle fait valoir que le passage de l'article 115 de celui-ci relatif à "la qualité de sa méthodologie" ne présente pas "de façon générale ce qu'il faut entendre par «méthodologie» dans le cas d'espèce", contrairement à ce que soutiennent les requérantes, mais que ce passage a pour objet d'indiquer aux parties quels étaient les éléments des services offerts qui devaient faire l'objet de développements particuliers dans un document joint à l'offre afin de permettre son évaluation au regard du critère "la qualité de sa méthodologie" et qu'il énonce clairement les éléments à prendre en considération pour évaluer les offres et identifier la plus avantageuse.

La partie adverse présente un tableau tendant à faire apparaître la correspondance entre ces subdivisions, le développement de la source d'évaluation et la partie II du cahier spécial des charges - description du marché.

Elle soutient que les mentions du rapport d'analyse des offres, que les requérantes qualifient de sous-critères, ne sont rien d'autre que des subdivisions prévisibles du critère "la qualité de sa méthodologie" telles qu'annoncées par le cahier spécial des charges et directement en rapport avec l'objet du marché, que les requérantes pouvaient et même devaient prévoir, lors de la préparation de leur offre, que celle-ci serait évaluée sur des aspects précis de la méthodologie, qu'elles ne pouvaient ignorer que le critère "la qualité de sa méthodologie" serait évalué sur 60 points, qu'elles savaient également quel était l'objet du marché et qu'elles avaient pu prendre connaissance tant de la description de son objet que des éléments à partir desquels "la qualité de sa méthodologie" serait examinée. La partie adverse relève qu'elles ne prétendent pas qu'elle aurait commis une erreur manifeste d'appréciation

en répartissant les 60 points de la manière exprimée dans le rapport d'analyse des offres, que la subdivision opérée dans ce rapport paraissait utile à l'analyse et était à tout le moins nécessaire pour une notation objective de "la qualité de sa méthodologie". Elle estime que, en "détaillant" les différents éléments de sa notation globale, elle n'a ni modifié les critères d'attribution du marché tels que définis dans le cahier spécial des charges, ni ajouté des éléments qui, s'ils avaient été connus des requérantes, auraient influencé la préparation de leur offre, ni omis de prendre en considération des éléments qui auraient pu être discriminatoires à leur encontre ou à l'encontre d'un autre soumissionnaire.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le premier moyen oblige à rechercher, prima facie, si, en l'espèce, "tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative [étaient] connus [des] soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres".

Dans cette recherche, l'exigence de transparence doit être prise en compte, mais interprétée de manière raisonnable.

Prima facie, on ne peut exiger d'un pouvoir adjudicateur qu'il établisse dans le cahier spécial des charges et ses annexes le relevé en tout point exhaustif des travaux, fournitures ou, comme en l'espèce, des services attendus des soumissionnaires.

C'est dans cette perspective que s'inscrit, prima facie, l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 24 novembre 2005, C-331/04 dont il ressort notamment que :

" […] les articles 36 de la directive 92/50 et 34 de la directive 93/38 doivent être interprétés en ce sens que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'une commission d'adjudication accorde un poids spécifique aux sous-éléments d'un critère d'attribution établis d'avance, en procédant à une ventilation, entre ces derniers, du nombre de points prévus au titre de ce critère par le pouvoir adjudicateur lors de l'établissement du cahier des charges ou de l'avis de marché, à condition qu'une telle décision :

- ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché;
- ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation;
- n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires".

En l’espèce, on ne voit pas que, dans le cahier spécial des charges, le pouvoir adjudicateur ait choisi la méthodologie comme un premier critère sans autre spécification.

Il ressort en effet de l’article 115 du cahier spécial des charges que, quant à la qualité de la méthodologie, le soumissionnaire devait indiquer, dans un document joint à son offre :

" • comment il envisage le déroulement de chaque service et notamment les réunions de présentation et de validation;
• les éléments qui seront étudiés dans chacun de ces services;
• Pour les stratégies : comment il fonde son raisonnement, établit, vérifie et recoupe ses propositions, élabore ses choix, depuis les données de trafic et d'environnement jusqu'aux objectifs recherchés. Tout autre point analysé dans la stratégie sera explicité avec les critères de choix envisagés (coordination, priorité TC,...);
• le type de logique de régulation qu'il envisage de proposer : par phases ou par lignes de feux et les raisons de ce choix selon le carrefour envisagé, les objectifs, …;
• comment il envisage de présenter les documents (exemples d'études réalisées tant dans la partie stratégie que pour le projet d'exécution)".

La mise en regard du cahier spécial des charges, pages 3 à 13, et du rapport d’analyse des offres ne permet pas de suivre les requérantes en ce qu’elles affirment que le descriptif de la qualité de la méthodologie figurant dans le cahier spécial des charges ne correspond pas aux "sous-critères" énoncés dans le rapport d’analyse des offres et qu’il présente de façon générale ce qu’il faut entendre par "méthodologie" sans faire référence à la façon de recueillir les objectifs et contraintes, de générer des variantes et des choix, au contenu d’un dossier de régulation ou à l’organisation concrète des études.

En admettant, avec les requérantes, que les sept subdivisions introduites aux pages 1 à 6 du rapport d’analyse des offres pour ce qui concerne l’évaluation de la méthodologie constituent, compte tenu notamment de leur pondération respective, des sous-critères et non des subdivisions du critère "qualité de la méthodologie", le tableau présenté par la partie adverse aux pages 12, 13 et 14 de sa note d’observations paraît, prima facie, établir une correspondance suffisante entre le critère du cahier spécial des charges et les sous-critères du rapport d’analyse des offres.

Il n’apparaît pas, prima facie, que la partie adverse ait pris une décision qui modifierait les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, contiendrait des éléments qui, s'ils avaient été connus des soumissionnaires lors de la préparation de leur offre, auraient pu influencer cette préparation, ou aurait été adoptée en prenant en compte des éléments de nature discriminatoire envers l'un des soumissionnaires.

La structure de l'offre des requérantes, dans sa partie relative à la méthodologie, pages 14 et suivantes, permet d'apercevoir, prima facie, qu'il leur a été possible de tenir compte des attentes de la partie adverse, en particulier pour ce qui concerne le recueil des données et l'étude de la stratégie.

On ne peut suivre les requérantes en ce qu'elles affirment à l'appui de leur moyen "qu'elles ignoraient, au moment de la préparation de leur offre, que des aspects précis de celle-ci seraient pris en considération à hauteur de 10 ou de 5 points sur 60 lors de l'évaluation des offres, la pondération de ces sous-critères n'étant pas prévisible".

Les requérantes restent en défaut d'établir que l'absence de connaissance de cette pondération aurait eu un effet négatif concret sur l'élaboration de leur offre.

Le premier moyen ne peut être qualifié de sérieux.

VI. DEUXIEME MOYEN

VI. 1. Arguments des parties

Les requérantes prennent un deuxième moyen "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 110 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, de l'article 115 des conditions administratives du cahier spécial des charges y relatif, du principe patere legem quam ipse fecisti, du principe de l'égalité entre les soumissionnaires et de son corollaire, le principe de transparence et de l'erreur manifeste d'appréciation", soit en termes identiques à la formulation du premier moyen.

Elles affirment que, lors de l'analyse des offres au regard du critère d'attribution portant sur le prix, la partie adverse a utilisé une méthode qui n'était pas prévue par le cahier spécial des charges, que le soumissionnaire le moins cher a reçu la note maximale et le plus cher 50 % de la note maximale, que les soumissionnaires intermédiaires ont reçu une note entre 50 et 100 % de la note maximale inversement proportionnelle au montant de leur offre alors que, eu égard à l'article 115 du cahier spécial des charges et au rapport d'analyse des offres, la méthode d'analyse du critère d'attribution relatif au prix dénature le critère d'attribution. Elles estiment que la partie adverse a minimisé l'importance du critère prix lors de l'analyse des offres, en choisissant une méthode inadéquate et font valoir qu'en octroyant 30 points à l'offre qui proposait le prix le plus bas et 15 points à l'offre qui proposait le prix le plus élevé,

les deux autres soumissionnaires obtenant respectivement 20,44 points pour la société EGIS et 24,64 points pour la société TRANSITEC, elle a gommé les importantes différences de prix entre soumissionnaires alors que l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée représentent des montants allant du simple au double et que l'offre des requérantes, dont le prix est de loin le plus bas (88.805,00 euros H.T.V.A.), obtient à peine plus de points que l'adjudicataire, la société TRANSITEC qui offre un prix de 110.355,00 euros.

Elles concluent qu'en choisissant une telle méthode d'évaluation du critère prix, la partie adverse a violé le principe d'égalité entre soumissionnaires et a commis une erreur manifeste d'appréciation.

Dans sa note d'observations, la partie adverse affirme qu'un pouvoir adjudicateur peut choisir librement la méthode d'analyse du prix pour autant qu'il ne commette pas, ce faisant, d'erreur manifeste d'appréciation et/ou n'avantage pas un soumissionnaire en violation du principe d'égalité. Elle relève que si les requérantes laissent entendre que cette méthode a été choisie dans le but de diminuer les écarts entre les soumissionnaires, elles n'en apportent pas de preuve. Elle fait valoir que si d'autres méthodes d'analyse de prix, tout aussi classiques, dont elle développe deux exemples, avaient été appliquées, le résultat n'aurait pas été sensiblement différent, que choisir une autre méthode d'analyse du prix, moins favorable à la société TRANSITEC, n'aurait eu aucune incidence significative sur la note globale attribuée à chacun des soumissionnaires, que l'attribution du marché n'en aurait pas été modifiée et que l'exemple cité par les requérantes pour démontrer que la méthode d'analyse du prix choisie viole les dispositions et principes invoqués au moyen est sans aucun rapport avec la situation d'espèce.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

On ne voit pas que la méthode de pondération des prix appliquée par la partie adverse ait été prévue par le cahier spécial des charges.

Elle n'en est pas pour cela irrégulière.

Le rapport d'analyse des offres mentionne que :

" Afin d'attribuer une côte [sic] au prix remis par les différents soumissionnaires, il a été décidé que le soumissionnaire le moins cher recevrait une cote maximale alors que le plus cher recevrait une cote équivalent à 50 % de la cote maximale.
Les soumissionnaires intermédiaires recevront une cote entre 50 et 100% de la cote maximale inversement proportionnelle au montant de leur offre".

Selon le même rapport, c'est la requérante qui a remis le prix le moins élevé, soit 88.805,00 euros, ce qui lui a valu 30 points, soit la note maximum, tandis que la société TRANSITEC, attributaire du marché, avec un prix de 110.355,00 euros, soit supérieur de 21.550,00 euros, obtenait 24,64 points.

Prima facie, les requérantes restent en défaut d'établir qu'en choisissant cette méthode d'évaluation du critère prix, la partie adverse aurait méconnu le principe d'égalité entre soumissionnaires ou commis une erreur manifeste d'appréciation.

C'est inexactement qu'elles soutiennent que l'offre la plus basse et l'offre la plus élevée représentent des montants présentant une différence allant du simple au double, alors qu'elles s'élèvent respectivement à 88.805,00 euros, étant le prix offert par les sociétés CERIX TRAFIC SYSTEM et QUATTRO, et à 149.130,00 euros, étant celle de la société TECHNUM.

Prima facie, on n'aperçoit pas ce qui empêchait la partie adverse d'accorder à l'offre présentant le prix le plus bas le maximum des points affectés au critère prix, à celle présentant le prix le plus cher la moitié de la cote maximale et à celles présentant des prix intermédiaires un nombre de points entre 50 et 100 % de la cote maximale calculé en proportion inverse du montant de leur offre.

Prima facie encore, c'est à juste titre que la partie adverse fait valoir que si elle avait choisi une autre méthode d'analyse du prix parmi celles classiquement retenues par les pouvoirs adjudicateurs, moins favorable à la société TRANSITEC attributaire du marché, dont elle développe un exemple aboutissant à reconnaître à celle-ci 22,7 points et un autre aboutissant à lui attribuer 24,14 points, ce choix n'aurait eu aucune incidence significative sur la note globale attribuée à chacun des soumissionnaires, compte tenu de la notation de l'offre des requérantes et de celle de la société TRANSITEC par rapport aux autres critères, ainsi qu'il ressort du tableau figurant à la fin du rapport d'analyse des offres.

Le deuxième moyen n'est pas sérieux.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Arguments des parties

Les requérantes prennent un troisième moyen "de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes

administratifs et des articles 65/4, 65/5 et 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services".

Elles affirment que la motivation de la décision attaquée fait apparaître que, alors que le critère "qualité de sa méthodologie" a été analysé sur la base de sept sous-critères, la décision d'attribution ne fait état que de six sous-critères, qu'elle ne fait pas référence au sous-critère "Projet d'exécution : contenu des dossiers de régulation", noté sur 10 points, et qu'en conséquence, la motivation de la décision d'attribution du 5 décembre 2012 est inexacte en fait.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dans sa note d'observations, la partie adverse oppose, à juste titre, que les requérantes ont identifié une erreur de pure forme dans la motivation de l'instrumentum de la décision d'attribution, qu'elles n'ont jamais été induites en erreur ni sur la portée ni sur les motifs qui fondent formellement cette décision comme l'établissent les développements de leur premier moyen, qu'elles n'auraient d'ailleurs pas pu raisonnablement se méprendre sur le caractère de pure forme de l'erreur dans les motifs de la décision d'attribution qui renvoient au rapport d'analyse des offres et que ce rapport qui était annexé à la décision d'attribution lors de sa notification ne comporte pas d'erreur dans l'expression de l'examen des offres au regard du critère "la qualité de sa méthodologie".

Le troisième moyen ne paraît pas sérieux.

Aucun des trois moyens de la requête n'apparaissant sérieux, il n'y a pas lieu d'examiner si les conséquences négatives de l'éventuelle suspension pourraient l'emporter sur leurs avantages.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

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 3.

Les dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge des parties requérantes, à concurrence de 175 euros chacune.

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

MM. Paul LEWALLE, Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX, Greffier.

Le Greffier, Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX. Paul LEWALLE.