

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.532 du 21 mai 2013

G./A.208.547/VI-19.954

En cause : **la société anonyme T.P.F. UTILITIES,**

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Nathalie FRANCOIS, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles,

contre :

la Province de Liège,

ayant élu domicile chez
Me Emmanuelle BERTRAND, avocat,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège.

Partie intervenante :

la société anonyme COFELY SERVICES,

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL et
Isabelle VAN KRUCHTEN, avocats,
chaussée de La Hulpe, n° 178,
1170 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 15 avril 2013, la société anonyme T.P.F. UTILITIES sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du Collège provincial de Liège du 28 mars 2013 d'attribuer à la s.a. COFELY SERVICES le marché public de services relatif à la conduite, la surveillance, l'entretien, le dépannage et la garantie totale des installations électriques, sanitaires, de chauffage, de climatisation et de ventilation du Bâtiment «Le Charlemagne», pour la période du 1^{er} avril 2013 au 31 mars 2023, aux conditions de son offre du 12 décembre 2012, pour un montant annuel de 137.238,63 € hors TVA, soit 166.058,74 € TVA comprise."

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

La société anonyme COFELY SERVICES a, par une requête introduite le 2 mai 2013, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Une ordonnance du 19 avril 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 7 mai 2013 à 11 heures.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Bruno LOMBAERT, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Isabelle VAN KRUCHTEN, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, 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

Le marché litigieux consiste dans la conduite, la surveillance, l'entretien, le dépannage et la garantie totale des installations électriques, sanitaires, de chauffage, de climatisation et de ventilation du Bâtiment "Le Charlemagne".

Il s'agit d'un marché de services – entretien et réparation – passé par appel d'offres général avec publicité européenne.

Selon la décision attaquée du 28 mars 2013, l'offre de la partie requérante est classée avant-dernière, c'est-à-dire en troisième position, et présente un écart de 15,01 points par rapport à celle de l'attributaire du marché.

IV. RECEVABILITE DU RECOURS

La partie adverse, suivie par la partie intervenante, fait valoir que la partie requérante n'a pas intérêt au recours dès lors qu'elle ne démontre pas l'irrégularité des offres des autres soumissionnaires. Elles contestent aussi l'intérêt aux moyens soulevés.

La requérante, qui a participé à un appel d'offres, dont la candidature a été sélectionnée et dont l'offre a été jugée régulière, a intérêt à agir contre la décision d'attribution du marché litigieux.

V. REQUETE EN INTERVENTION

Par une requête introduite le 2 mai 2013, la société anonyme COFELY SERVICES demande à intervenir dans la présente procédure.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt à intervenir dans le cadre de cette procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties requérante et intervenante

La partie requérante prend un premier moyen :

- " de la violation des articles 16, 65/4 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 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des articles 88, § 2, 89, 110, §§ 2 et 3, 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 [...], du cahier spécial des charges, des principes généraux de bonne administration, du principe d'égalité et de concurrence, du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit (ou de motivation matérielle), de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'excès de pouvoir;

En ce que la partie adverse a omis de vérifier la normalité du prix proposé par l'attributaire désigné;

Alors que ce prix semble manifestement anormal au vu du contenu de la proposition formulée par l'attributaire dans son offre et valorisée dans le rapport d'évaluation des offres joint à la décision d'attribution attaquée, spécialement en ce qui concerne la mise à disposition d'une équipe de trois personnes spécifiquement affectées au bâtiment Charlemagne.

En telle sorte que la partie adverse a violé les dispositions reprises au moyen en ne procédant pas à un examen attentif des prix de l'attributaire (ou, le cas échéant, en prenant en compte dans l'évaluation des offres une proposition non formulée dans l'offre de l'attributaire)".

La partie intervenante fait valoir que la requérante n'a pas intérêt au premier moyen. Elle estime qu'en toute hypothèse, la requérante échoue à démontrer que l'erreur prétendument commise par la partie adverse pourrait avoir une incidence sur le classement des offres.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Un soumissionnaire dont l'offre a été sélectionnée et jugée régulière a intérêt à contester la régularité de l'offre de l'adjudicataire même si un autre soumissionnaire, dont il ne critique pas la régularité de l'offre, est classé avant lui en deuxième position.

En effet, si le moyen devait être jugé sérieux, l'exécution de la décision d'attribution serait suspendue et le pouvoir adjudicateur, à moins qu'il n'y renonce, devrait reprendre la procédure au stade de la régularité des offres déposées.

La requérante propose un prix nettement inférieur, environ 29 % de différence, à celui de l'adjudicataire. En l'espèce, ce qu'elle critique c'est la compréhension de la motivation de la décision attaquée. La problématique concerne l'interprétation des termes suivants :

" En terme humain, la note [de l'attributaire du marché] prévoit d'affecter un chef d'équipe et une équipe de deux techniciens à notre site. Elle précise également qu'un second chef d'équipe et une seconde équipe de deux techniciens sont désignés en suppléance"

figurant dans le rapport relatif à l'évaluation des offres auquel se réfère la décision attaquée. Les parties se livrent à des interprétations subtiles de ces termes de manière à établir ou non une incidence de cet élément sur le prix proposé dans les offres. En extrême urgence, il n'y a pas lieu de trancher entre pareilles interprétations qui de toute façon n'ont pas directement trait à la critique alléguée, à savoir le prix anormalement bas de l'offre de la société attributaire du marché litigieux.

Le premier moyen n'est pas sérieux.

VII. SECOND MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un second moyen :

" de la violation des articles 16, 65/4 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 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux, du cahier spécial des charges, des principes généraux de bonne administration, du principe *pater legem quam ipse fecisti*, du principe d'égalité et de concurrence, du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit (ou de motivation matérielle), du cahier spécial des charges et de ses précisions ultérieures, de l'erreur manifeste d'appréciation, de l'excès de pouvoir.

En ce que, première branche, pour les critères d'attribution relatifs à la «valeur intrinsèque de la proposition» et à la «consommation d'énergie», aucun soumissionnaire n'a obtenu le maximum des points;

Alors que la partie adverse a indiqué, préalablement à la remise des offres, dans les réponses communiquées aux soumissionnaires potentiels que, pour l'ensemble des critères, le soumissionnaire proposant la meilleure offre recevrait le maximum des points;

En ce que, seconde branche, pour le critère de «consommation d'énergie», il n'est pas possible de comprendre à la lecture du rapport d'attribution pourquoi trois soumissionnaires se voient octroyer une cotation identique. Il n'est partant pas possible pour les soumissionnaires de s'assurer du respect par la partie adverse du critère annoncé dans le cahier des charges ainsi que de la correcte prise en compte des différences de consommation d'énergie entre les offres;

En ce que, troisième branche, l'offre de la partie requérante ne se voit octroyer que 6 points pour le critère relatif au «planning de transformation»;

Alors que l'offre de la partie requérante propose les remplacements des équipements avec 3.507 jours d'avance, ce qui selon la méthode de calcul indiquée dans le rapport d'attribution, donne un résultat de 6,37 points;

Et en ce que, quatrième branche, l'offre de l'attributaire, la société Cofely Services, se voit attribuer le maximum des points pour le critère de «qualité organisationnelle du soumissionnaire et de méthodologie d'intervention» notamment parce que son offre prévoit qu'un chef d'équipe et une équipe de deux techniciens seront affectés spécifiquement au bâtiment Charlemagne (ce qu'aucun des autres soumissionnaires n'a prévu);

Alors que cet engagement, apparemment, formulé dans l'offre de Cofely Services est impossible à respecter pour le prix de l'offre de cette même société; que si cet engagement n'est pas formulé comme tel dans l'offre de Cofely Services, c'est à tort que la partie adverse a valorisé cette offre en lui octroyant le maximum des 25 points pour ce critère;

En telle sorte qu'en n'appliquant pas la méthode de cotation annoncée préalablement à la remise des offres, en l'appliquant mal et en ne motivant pas à suffisance l'évaluation des offres et les points revenant à chacune au regard de chaque critère, la partie adverse a violé les dispositions reprises au moyen".

B. Note d'observations

La partie adverse conteste l'intérêt au moyen de la requérante. En effet, selon elle, la requérante n'expose pas en quoi les griefs qu'elle formule pourraient, à les supposer fondés, avoir une incidence sur le classement de son offre.

Plus particulièrement en ce qui concerne la première branche du second moyen, elle fait valoir, calculs à l'appui de sa thèse, que même dans l'hypothèse de l'octroi des cotations maximales au soumissionnaire ayant déposé l'offre la plus intéressante, la partie requérante aurait conservé son classement mais cette fois, avec une différence de 17 points par rapport à l'attributaire du marché. Par ailleurs, elle soutient qu'elle n'a pas, après l'ouverture des offres, renoncé à l'application de règles de notation qu'elle aurait édictées, dès lors que les précisions apportées à ce sujet n'émaneraient pas d'un organe compétent.

Pour ce qui concerne la deuxième branche du second moyen, la partie adverse rappelle qu'il ne revient pas au Conseil d'Etat de juger de l'opportunité de l'appréciation qu'elle a émise. Elle souligne le caractère incomplet des offres, dont celles de la requérante et de la partie intervenante, ce qui a justifié qu'elle retransche 5 points à chacune de ces offres. Elle précise ce qui suit :

" - D'une part, dans l'exercice de l'appréciation qu'elle a faite des offres, la partie adverse pouvait parfaitement analyser les propositions des soumissionnaires concernant les prévisions de consommations d'énergie dans leur globalité et en conséquence, octroyer le même nombre de points aux soumissionnaires proposant du matériel peu énergivore. Cette méthode d'analyse n'est aucunement critiquable et relève de son pouvoir discrétionnaire.

En ce sens, le Conseil d'Etat a jugé qu'il n'existait pas une et une seule technique de comparaison des offres, spécialement en appel d'offres ou en procédure négociée et le pouvoir adjudicateur dispose d'une compétence discrétionnaire en la matière.

- D'autre part, aucun de ces trois soumissionnaires - en ce donc comprise la requérante - n'a remis un calcul complet et précis des consommations d'énergies. Les chiffres présentés se traduisent pour l'essentiel en de seules économies exprimées en euros, en pourcentages, voire en estimations. Très peu d'informations sont communiquées en KWH, et ce alors qu'il s'agit là des données généralement transmises aux fins d'apprécier de telles économies. Du fait de la fluctuation du coût des énergies, les données consistant à quantifier les économies en euros sont peu pertinentes sur le long terme.

Dès lors, les offres n'étaient pas suffisamment détaillées pour permettre - comme semble le vouloir la partie requérante - à la partie adverse d'établir un calcul mathématique des économies d'énergie obtenues en fonction du matériel proposé par ces soumissionnaires.

La partie adverse a, donc, uniquement eu la possibilité de les appréhender, de manière comparative, sur base du matériel proposé."

Quant à la troisième branche du second moyen, la partie adverse argue de l'irrecevabilité de cette branche au motif que, même à suivre la thèse de la requérante, la différence de points n'aurait pas d'incidence sur le classement de l'offre. Elle se réfère au rapport d'évaluation selon lequel "Par son choix technique, la firme ne respecte pas la date limite imposée par le remplacement des éjecto-convecteurs" pour justifier qu'il n'y avait pas lieu de faire une règle de trois.

Enfin, pour la quatrième branche du moyen, elle renvoie à son argumentation en réfutation du premier moyen.

C. Requête en intervention

En substance, la partie intervenante développe comme suit une thèse selon laquelle la partie requérante n'a pas intérêt à ce second moyen :

" 26. Pour avoir intérêt au moyen, la partie requérante doit en effet établir non seulement la prétendue illégalité de la décision, mais également que l'illégalité lui a causé grief (voyez le numéro 17).

27. Or quand bien même il faudrait considérer que les critiques de la partie requérante seraient *prima facie* fondées – quod non –, elle ne pourrait prétendre à l'attribution du marché. La partie requérante reste en défaut d'établir, de manière certaine et évidente, qu'en l'absence des prétendues erreurs d'appréciation et de cotation qu'elle invoque, son offre aurait été classée en première position. COFELY va, au contraire, démontrer que la partie requérante n'a pas intérêt à la critique : l'offre de TPF est classée en troisième position et a obtenu 69,50 points sur 100. L'offre de COFELY a obtenu 84,51 points sur 100. Il existe donc une différence entre les offres de 15,01 points."

Pour l'essentiel, la partie intervenante se rallie à la position de la partie adverse.

En ce qui concerne la seconde branche, elle est cependant d'avis que la motivation contenue dans le rapport d'attribution permet de s'assurer de l'examen minutieux des offres par la partie adverse. Elle développe son point de vue comme suit :

" En effet, les trois soumissionnaires qui n'ont pas déposé de tableau avec les futures consommations d'énergie, mais qui ont déposé une note, indiqué les choix techniques et correctement évalué les gains d'énergie – dont la partie requérante – ont obtenu la même cotation.

A lire la partie adverse, cette manière de procéder dans l'analyse des offres semble s'être définie à la lecture de celles-ci. Il ressort en effet de la note d'observations de la partie adverse que celle-ci s'est rendu compte que les soumissionnaires n'auraient pas déposé de tableau avec les futures consommations d'énergie effectives.

En outre, cette motivation permet de s'assurer que les soumissionnaires ont été traités de manière égale."

Dans la troisième branche du second moyen, la partie intervenante soutient que le non-remplacement de certains matériels peut, en toute hypothèse, être pris en considération dans l'évaluation de plusieurs critères d'attribution; elle cite un arrêt à l'appui de sa thèse.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

En ce qui concerne la première branche, il y a lieu de considérer sur la base du dossier administratif et *prima facie*, que le directeur en chef – architecte était compétent pour répondre aux questions des participants aux visites. Ces réponses, contrairement à ce qu'avance la partie adverse, ne consistent pas à modifier un critère d'attribution mais à préciser un élément d'évaluation non annoncé dans le cahier spécial des charges, en abrégé C.S.C.

Il n'est pas pertinent de recalculer les notations en fonction des critiques de la requérante, celles-ci ne portant, par ailleurs, pas sur l'attribution de ses propres notes. En effet, ce que critique la requérante, c'est la méthode d'évaluation. La critique relative à la recevabilité de cette branche, soutenue tant par la partie adverse que par la partie intervenante, est donc elle aussi dénuée de pertinence.

La première branche est recevable.

Elle est aussi sérieuse puisqu'en n'accordant pas le maximum de points aux soumissionnaires ayant déposé l'offre la plus favorable au regard des critères "valeur intrinsèque de la proposition" et "consommation d'énergie", la partie adverse a violé les principes généraux de bonne administration dont les principes de légitime confiance, d'égalité et de transparence.

La seconde branche du second moyen concerne le critère de la "Consommation d'énergie".

Le C.S.C., qui prévoit 15 points pour ce critère, dispose que "Le soumissionnaire produira un tableau reprenant les prévisions de consommation d'énergie envisagées ainsi qu'une note explicative y relative".

Le rapport d'analyse des offres est motivé comme suit :

" d) Consommations d'énergie (15 points)

SA T.P.F. UTILITIES :

La SA T.P.F. UTILITIES ne présente pas un tableau avec les futures consommations d'énergie mais inclut un tableau reprenant les économies d'énergie estimées et une note explicative pour la production de froid, le système de ventilation et la production de chaud. Les gains pris en compte ont été correctement évalués et les choix techniques permettront effectivement des économies d'énergie.

Une cote de 10 points sur 15 a été attribuée à la SA T.P.F. UTILITIES pour ce critère.

• SA IMTECH BELGIUM :

La SA IMTECH BELGIUM ne présente pas un tableau avec les futures consommations d'énergie mais inclut une note explicative sur les économies pour la production de froid, le système de ventilation, la production de chaud et les ventilo-convecteurs. Les gains pris en compte ont été correctement évalués et les choix techniques permettront effectivement des économies d'énergie.

Une cote de 10 points sur 15 a été attribuée à la SA IMTECH BELGIUM pour ce critère.

La SA DALKIA présente un tableau avec les futures consommations d'énergie mais n'inclut pas de note explicative permettant de vérifier la cohérence des gains pris en considération. Les choix techniques permettront des économies d'énergie moindres que les autres propositions.

Une cote de 5 points sur 15 a été attribuée à la SA DALKIA pour ce critère.

• SA COFELY SERVICES :

La SA COFELY SERVICES ne présente pas un tableau avec les futures consommations d'énergie mais inclut une note explicative complète sur les économies pour la production de froid, le système de ventilation, la production de chaud et les ventilo-convecteurs. Les gains pris en compte ont été correctement évalués et les choix techniques permettront effectivement des économies d'énergie.

Une cote de 10 points sur 15 a été attribuée à la SA COFELY SERVICES pour ce critère."

D'une part, cette motivation ne permet pas de savoir quel soumissionnaire a proposé l'offre la plus intéressante, méritant donc le maximum des points, du point de vue de la consommation d'énergie. D'autre part, il s'agit d'une appréciation de la qualité formelle des offres – documents fournis – et d'une vérification de l'exactitude des données. Rien dans la motivation n'est relatif aux différentes solutions proposées par les soumissionnaires. La seconde branche est recevable, la partie adverse ayant ici aussi mal interprété l'argumentation du requérant, et sérieuse.

Dans la troisième branche du second moyen, qui est relative au "planning de transformation", il y a lieu de relever qu'il n'est pas contesté que la partie requérante n'a pas programmé le remplacement des éjecto-convecteurs mais leur réparation.

Mais la partie adverse ne conteste pas que si la règle de trois avait été appliquée au planning de la requérante, celle-ci aurait obtenu 6,37 points au lieu de 6 points.

Quant à la quatrième branche, il y a déjà été répondu sous le premier moyen.

Il y a lieu de décider que les première et deuxième branches sont en tout cas sérieuses.

VIII. CONFIDENTIALITE

Les parties requérante et intervenante demandent que soit respecté le caractère confidentiel de leurs offres.

La partie adverse demande également que les offres des soumissionnaires soient traitées comme confidentielles, en faisant valoir que leur communication dans le cadre de la procédure porterait atteinte au secret des affaires et de concurrence.

Prima facie, ces demandes peuvent être acceptées.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme COFELY SERVICES dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du collège provincial de Liège du 28 mars 2013 d'attribuer à la société anonyme COFELY SERVICES le marché public de services relatif à la conduite, la surveillance, l'entretien, le dépannage et la garantie totale des installations électriques, sanitaires, de chauffage, de climatisation et de ventilation du Bâtiment "Le Charlemagne", pour la période du 1^{er} avril 2013 au 31 mars 2023, aux conditions de son offre du 12 décembre 2012, pour un montant annuel de 137.238,63 euros hors T.V.A., soit 166.058,74 euros TVA comprise.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Les offres des sociétés T.P.F. UTILITIES et COFELY SERVICES demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 6.

Les dépens sont réservés.

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

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M. Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE.

Odile DAURMONT.