

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.826 du 11 juin 2013

G./A.203.659/VI-19.491

En cause : **la société anonyme AIR LIQUIDE BENELUX,**

ayant élu domicile chez
Me Hervé DECKERS, avocat,
rue Courtois, n° 32,
4000 Liège,

contre :

le centre wallon de recherches agronomiques,

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

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 1^{er} février 2012, la société anonyme AIR LIQUIDE BENELUX demande l'annulation de "la décision prise par le CENTRE WALLON DE RECHERCHES AGRONOMIQUES, lui notifiée le 5 décembre 2011, et par laquelle celui-ci décide d'attribuer à la société PRAXAIR le marché n° CRAW/D5CA/2011/006 ayant pour but la fourniture de gaz d'analyses et la maintenance des installations de délivrance des gaz au CRA-W".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Les mémoires en réponse et en réplique ont été régulièrement échangés.

Le dossier administratif a été déposé.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a rédigé un rapport.

Le rapport a été notifié aux parties. Elles ont déposé des derniers mémoires.

Une ordonnance du 2 avril 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 8 mai 2013.

M. le Conseiller d'Etat, Paul LEWALLE, a exposé son rapport.

Me Muriel GOFFIN, loco Me Hervé DECKERS, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Emmanuelle BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Christian AMELYNCK, 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. CONFIDENTIALITE DES OFFRES

L'offre de la société requérante ainsi que celle de la société anonyme PRAXAIR contiennent, selon la partie adverse, des informations confidentielles qu'il convient à son estime de ne pas porter à la connaissance de l'autre partie.

En application de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, il y a lieu de traiter comme confidentielles l'offre de la requérante et celle de la société PRAXAIR.

IV. EXPOSE DES FAITS

IV. 1. Le 17 juin 2011, un avis de marché de fournitures ayant pour objet la livraison de gaz d'analyse et la maintenance des installations de délivrance des gaz au centre wallon de recherches agronomiques a été publié au Bulletin des adjudications.

Le centre wallon de recherches agronomiques est un organisme d'intérêt public doté de la personnalité juridique, classé parmi les organismes de la catégorie A énumérés à l'article 1^{er} de la loi du 16 mars 1954 relative au contrôle de certains organismes d'intérêt public.

IV. 2. Le mode d'attribution du marché est celui de l'appel d'offres général.

IV. 3. Quatre critères ont été fixés en vue de déterminer l'offre régulière la plus intéressante :

- la qualité technique de l'offre : 50 points;
- les services offerts : 20 points;
- les délais de livraison : 20 points;
- le prix: 10 points.

IV. 4. Le 18 août 2011, deux offres ont été recueillies par les services de la partie adverse.

Il s'agissait de l'offre de la requérante et de celle de la société PRAXAIR.

IV. 5. Un rapport d'attribution a été rédigé par les services de la partie adverse.

Les deux offres ont été sélectionnées et considérées comme régulières.

A l'issue de l'analyse des deux offres au regard des critères d'attribution, les services de la partie adverse ont accordé une note globale de 90/100 à la requérante et de 91,22/100 à la société PRAXAIR.

Selon le rapport d'attribution, il a été proposé dès lors d'attribuer le marché à la société PRAXAIR qui a remis l'offre régulière la plus intéressante.

IV. 6. Par un courrier du 30 novembre 2011, le Ministre Wallon des Travaux Publics, de l'Agriculture, de la Ruralité, de la Nature, des Forêts et du Patrimoine a marqué son accord pour l'attribution du marché à la société PRAXAIR, au montant de 161.895 euros hors taxe sur la valeur ajoutée.

IV. 7. Par un courrier du 5 décembre 2011, les services de la partie adverse ont fait savoir à la requérante que son offre n'avait pas été retenue, qu'il lui était loisible de demander une copie de la décision motivée d'attribution et qu'un recours était ouvert contre celle-ci devant le Conseil d'Etat.

Le même jour, la partie adverse a fait savoir à la société PRAXAIR que son offre du 18 août 2011 avait été approuvée.

IV. 8. Par un courrier du 14 décembre 2011, la requérante a demandé une copie de la décision motivée d'attribution.

Celle-ci lui a été notifiée par un courrier daté du 19 décembre 2011.

V. RECEVABILITE

V. 1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse oppose que la requérante produit le procès-verbal de la réunion de son conseil d'administration du 18 janvier 2012, aux termes duquel celui-ci a "décidé d'introduire un recours en annulation contre [la décision du centre wallon de recherches agronomiques] devant le Conseil d'Etat, et donne mandat à cet effet à Maître Hervé DECKERS, avocat", qu'elle ne dépose pas ses statuts, tels que publiés, qu'elle doit justifier la validité du mandat donné à son conseil pour introduire le présent recours en annulation, que, plus particulièrement, elle doit s'expliquer quant à la signature de trois des quatre personnes figurant au procès-verbal du conseil d'administration du 18 janvier 2012, que la requérante ne dépose pas non plus la décision de l'assemblée générale ordinaire au cours de laquelle ont été désignés les administrateurs, que, selon la décision publiée aux annexes du Moniteur belge le 7 juillet 2011, les administrateurs nommés au moment du dépôt de la requête étaient Diederick LUIJTEN, Jean-Luc LABAT, Jacques ETHEVENIN et Christine GEORGE, qu'on ne trouve pas trace de la désignation de Ronnie CHALMERS, mentionné comme président du conseil d'administration, que les administrateurs sont repris nominativement selon le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 18 janvier 2012, que leurs noms ne sont, par contre, pas mentionnés au-dessous des signatures apposées au bas de ce document, étant simplement mentionné "un administrateur" et "le Président", ce qui ne permet pas de vérifier si un mandat d'introduire la présente procédure a été valablement donné à son conseil.

B. Mémoire en réplique

La requérante réplique que, par un courrier du 12 février 2012, le greffe lui a demandé la production d'une copie des statuts en vigueur ainsi que de l'acte de désignation de ses organes, que, par un courrier recommandé du 15 février 2012, elle a transmis au greffe la copie du procès-verbal de la réunion tenue le 18 janvier 2012 par son conseil d'administration, la copie des statuts coordonnés et la copie de l'acte

de désignation de ses organes, que le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 18 janvier 2012 ayant donné mandat à Me Hervé DECKERS en vue d'introduire le présent recours est signé par l'ensemble des administrateurs de la société, qu'aux termes de l'article 20 des statuts coordonnés de la société, le conseil d'administration a les pouvoirs les plus étendus pour gérer les affaires sociales et faire tous les actes de disposition ou d'administration qui rentrent dans l'objet social, que l'alinéa 3 de cette disposition vise expressément les pouvoirs du conseil d'administration de "transiger et compromettre sur tous intérêts sociaux, proroger toute juridiction, renoncer au droit d'appel ou à des prescriptions acquises, plaider tant en demandant qu'en défendant, se désister de toutes actions, renoncer à toutes demandes, transiger, compromettre même en constituant des arbitres amiables compositeurs", qu'ainsi, le conseil d'administration est bien l'organe compétent pour introduire le recours en annulation contre la décision attaquée et la décision du conseil d'administration du 18 janvier 2012 est parfaitement régulière.

La requérante produit un extrait des publications destinées aux annexes du Moniteur belge daté du 13 février 2012 mentionnant le nom des administrateurs, lesquels sont ceux qui figurent sur le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 18 janvier 2012.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

En l'espèce, la partie adverse soulève une exception d'irrecevabilité tirée de ce que le recours introduit pour la partie requérante par des personnes physiques qui étaient sans qualité pour la représenter n'est pas recevable.

L'article 522, § 2, du Code des sociétés est rédigé en ces termes :

" Le conseil d'administration représente la société à l'égard des tiers et en justice, soit en demandant, soit en défendant. Toutefois, les statuts peuvent donner qualité à un ou plusieurs administrateurs pour représenter la société, soit seuls, soit conjointement. Cette clause est opposable aux tiers. [...]"

Le pouvoir de représentation en justice ainsi conféré selon les modalités prévues par l'article 522, § 2, précité implique celui de prendre la décision d'agir en justice.

La requérante a joint aux pièces de la procédure les statuts coordonnés de la société AIR LIQUIDE BENELUX, l'acte de désignation des organes compétents et le procès-verbal de la réunion du conseil d'administration du 18 janvier 2012 au cours

de laquelle il a été décidé d'introduire le présent recours en annulation et de donner mandat à cet effet à son conseil.

Selon l'article 21, alinéa 3, des statuts de la société requérante, "les actions judiciaires, sauf délégation spéciale, sont intentées ou défendues, au nom de la société, poursuites et diligences du président du conseil ou de deux administrateurs, sans avoir à justifier de pouvoirs".

L'article 15 des mêmes statuts dispose que "la société est administrée par un conseil composé de trois membres au moins. Le nombre des administrateurs est fixé par l'assemblée générale".

L'article 18, alinéas 3 et 4, prévoit que :

" Le conseil d'administration ne peut valablement délibérer que si la majorité simple de ses membres est physiquement présente.
Les délibérations sont prises à la majorité simple des administrateurs présents ou représentés.
[...]".

Il ressort des pièces de la procédure que le conseil d'administration de la société requérante s'est réuni le 18 janvier 2012, qu'il a décidé d'introduire le présent recours en annulation et que, lors de cette réunion, étaient présents et ont signé en tant qu'administrateurs, messieurs LUIJTEN, ETHEVENIN, GEORGE et CHALMERS, celui-ci en qualité de président du conseil d'administration.

La société requérante a produit une copie de deux documents déposés au greffe du tribunal de commerce de Liège le 13 février 2012, soit postérieurement à l'introduction du recours, en vue d'une publication aux annexes du Moniteur belge.

Toutefois, la publication du 19 juillet 2011 rend opposable aux tiers la nomination des administrateurs LABAT, ETHEVENIN, LUIJTEN et GEORGE. Cette nomination vaut jusqu'à l'assemblée générale appelée à approuver les comptes 2011, laquelle a eu lieu le 15 mai 2012.

La décision d'ester a donc été signée valablement par trois des quatre administrateurs de la requérante, soit la majorité simple au sens des statuts.

L'exception d'irrecevabilité ne peut dès lors être accueillie.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un premier moyen "de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, de l'erreur de fait, de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'absence de motivation adéquate".

Elle fait valoir que, par la décision attaquée, la partie adverse lui attribue une note de 17/20 pour ce qui concerne les "délais de livraison" et de 20/20 à la société PRAXAIR, qu'en application des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991, les actes administratifs doivent faire l'objet d'une motivation formelle, laquelle consiste en l'indication, dans l'acte, des considérations de droit et de fait servant de fondement à la décision, que cette motivation doit être adéquate et ne peut être entachée d'une erreur, que la décision attaquée mentionne que le "maximum des points est attribué au délai le plus court", que la partie adverse a considéré que le délai le plus court était celui proposé par la société PRAXAIR en motivant sa décision en ces termes :

" PRAXAIR propose la possibilité pour le CRAW de faire un «stock tampon» dans leur magasin situé à Naninne (Namur). Ce service permet d'être livré dans les 24 heures.
Dans les «vrais» cas d'urgence, PRAXAIR est dans la possibilité de livrer la bouteille nécessaire dans les heures qui suivent l'appel. Sans aucun frais supplémentaires",

et que l'acte attaqué mentionne encore que :

" AIR LIQUIDE propose des livraisons «express» dans un délai de 24 heures".

La requérante soutient que dans l'offre qu'elle a adressée à la partie adverse, elle mentionnait :

" Pour assurer un service rapide et de proximité, nous vous proposons d'organiser les livraisons des sites situés à Gembloux par notre distributeur BAUDOUIN VERGOTE. Celui-ci dispose d'un parc de bouteilles correspondant à vos besoins. Les livraisons sont généralement programmées chaque mercredi; toutefois, à votre demande, des livraisons peuvent être réalisées dans un délai de 24 heures",

que le cahier des charges mentionnait seulement sur ce point :

" Les délais de livraison seront détaillés précisément.
Les conditions de livraison «en urgence» des bouteilles seront clairement décrites".

Elle affirme que, par la décision attaquée, la partie adverse attribue la note maximale à la société PRAXAIR au motif que le service offert par celle-ci "permet d'être livré dans les 24 heures", que dans sa propre offre, un délai identique était mentionné puisqu'il est expressément précisé que "Toutefois, à votre demande, des livraisons peuvent être réalisées dans un délai de 24 heures", que la partie adverse ne tient pas compte, dans son appréciation, de ce que la livraison des produits se fera par l'intermédiaire du distributeur BAUDOUIN VERGOTE, établi à Gembloux et qu'elle ne justifie pas à suffisance, dans l'acte attaqué, la note maximale qu'elle a accordée à la société PRAXAIR, alors que les délais de livraison en urgence tant pour elle que pour la société PRAXAIR étaient identiques, soit dans les vingt-quatre heures.

B. Mémoire en réponse

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse affirme que la motivation formelle de la décision d'attribution est contenue dans le rapport d'attribution qui lui est joint, que le tableau comparatif qui figure dans ce rapport fait apparaître que la différence de points entre les deux soumissionnaires provient du sous-critère de la livraison en urgence et ce à concurrence de 6 points, que, pour ce sous-critère, la société PRAXAIR a obtenu 6 points sur 6 alors que la société AIR LIQUIDE en a obtenu 3, que la différence de points est expressément justifiée par les termes : "dans les «vrais» cas d'urgence, Praxair est dans la possibilité de livrer la bouteille nécessaire dans les heures qui suivent l'appel. Sans aucun frais supplémentaires", que la société AIR LIQUIDE ne propose pas, dans son offre, une livraison aussi rapide dans les cas d'urgence avérée, que la motivation formelle de l'acte attaqué est limpide quant aux raisons pour lesquelles l'offre de la requérante reçoit, quant à ce sous-critère, une note inférieure à celle de la société PRAXAIR, que la requérante ne peut prétendre ignorer que son offre ne contient pas, contrairement à celle de la société PRAXAIR, une modalité de livraison en urgence permettant de satisfaire le client "dans les heures qui suivent l'appel", que cette motivation formelle permet à la requérante de comprendre pourquoi elle n'a reçu que 3 points sur six quant à ce sous-critère, qu'accessoirement, si la société requérante propose une livraison dans les vingt-quatre heures, c'est uniquement au bénéfice "des sites situés à Gembloux" et non pour le site situé à Libramont et qu'elle exige en outre le paiement de frais supplémentaires pour les livraisons en urgence.

La partie adverse soutient encore, d'une part, qu'elle aurait dû ajouter, dans la motivation formelle de sa décision que la livraison dans les vingt-quatre heures proposée par la société AIR LIQUIDE ne concernait pas tous les sites

d'implantation du CRA-W mais uniquement les immeubles sis à Gembloux, que cette motivation formelle incomplète est cependant à l'avantage de la requérante puisqu'une réserve importante de son offre n'est pas soulignée, qu'elle n'a donc pas intérêt à critiquer la motivation formelle sur ce point et que, d'autre part, l'article 3.5 du cahier spécial des charges précise que "le soumissionnaire est censé avoir inclus dans ses prix tous les frais et impositions généralement quelconques, à l'exception de la taxe sur la valeur ajoutée", qu'en contradiction avec cette précision, la requérante prévoit un supplément pour les livraisons standard et les livraisons express, que le pouvoir adjudicateur a sanctionné cette irrégularité substantielle de l'offre de la société AIR LIQUIDE, liée à des frais supplémentaires à payer pour chaque livraison, par une simple diminution de points, qu'il a commis une erreur dans l'examen des offres mais à l'avantage de la requérante, dont l'offre aurait dû, en réalité, être écartée et qu'en recevant 3 points sur 6 pour ce sous-critère, la requérante a bénéficié d'un traitement exagérément favorable.

C. Mémoire en réplique et dernier mémoire

Dans son mémoire en réplique et dans son dernier mémoire, la requérante fait valoir que, par la décision attaquée, la partie adverse attribue la note maximale à la société PRAXAIR au motif que le service offert par celle-ci "permet d'être livré dans les 24 heures", que, dans son offre, un délai identique était mentionné puisqu'il était expressément précisé que : "Toutefois, à votre demande, des livraisons peuvent être réalisées dans un délai de 24 heures", que la partie adverse ne tient pas compte, dans son appréciation, de ce que la livraison des produits se fera par l'intermédiaire de son distributeur BAUDOUIN VERGOTE, établi à Gembloux, que, partant, la partie adverse ne justifie pas à suffisance, dans l'acte attaqué, la note maximale qu'elle a accordée à la société PRAXAIR, que les délais de livraison en urgence tant pour elle que pour la société PRAXAIR étaient identiques, soit dans les 24 heures, que, dans son mémoire en réponse, la partie adverse ne précise pas ce qu'il y aurait lieu d'entendre par "les vrais cas d'urgence", ni, par ailleurs, en quoi son offre n'aurait pas satisfait aux conditions du cahier spécial des charges dans des conditions identiques à celles de la société PRAXAIR, que le cahier spécial des charges se limitait à requérir des soumissionnaires qu'ils précisent les délais de livraison "en urgence", sans plus de précision, qu'il n'était fait mention ni de la nécessité de livrer dans un délai déterminé ou un nombre d'heures fixé, ni de faire une différence entre des vrais cas d'urgence et d'autres qui ne le seraient pas, que le rapport d'attribution mentionne que si la société PRAXAIR est en mesure de livrer la bouteille nécessaire dans les heures qui suivent l'appel, il n'est précisé ni que ce service serait rendu dans un délai inférieur à vingt-quatre heures ni qu'elle propose des livraisons express, qui peuvent intervenir dans un tel délai.

La requérante conclut que la partie adverse ne motive pas de manière suffisamment claire, précise et sans la moindre ambiguïté en quoi il y aurait lieu de traiter plus favorablement l'offre de la société PRAXAIR, visant les vrais cas d'urgence, que celle de la société AIR LIQUIDE visant les cas de livraisons express dans un délai de vingt-quatre heures.

D. Dernier mémoire de la partie adverse

Dans son dernier mémoire, la partie adverse réaffirme que l'offre de la société PRAXAIR est claire quant aux délais de livraison, que cette société propose de maintenir un stock de mélanges dans son magasin de Naninne aux fins d'assurer une capacité de livraison de ces mélanges dans les vingt-quatre heures, que ce stock-tampon permet de ramener le délai normal de livraison à vingt-quatre heures quel que soit le gaz considéré, que l'utilisation dans l'offre de cette société de l'expression "vrais cas d'urgence" est parfaitement compréhensible alors que l'offre de la requérante ne comprend pas de modalités de livraisons aussi efficaces, celle-ci ne proposant de livraison dans les vingt-quatre heures que pour les sites situés à Gembloux et non pour celui de Libramont.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

La décision d'attribution d'un marché public doit, pour être régulière quant à ses motifs, reposer sur une comparaison des offres.

Elle peut se fonder sur un rapport d'analyse qui évalue deux offres concurrentes et qui, pour chaque élément de chacune d'elles correspondant aux critères d'attribution, en expose les points forts et les points faibles en soulignant leurs différences ou leurs similitudes.

Pour être régulièrement motivée, la décision d'attribution doit faire apparaître ces motifs et ceux-ci doivent être adéquats.

Dans la procédure d'appel d'offres, le pouvoir adjudicateur dispose d'un pouvoir d'appréciation lorsqu'il choisit l'offre la plus intéressante au regard des critères d'attribution définis par le cahier spécial des charges.

Le Conseil d'Etat ne peut substituer son appréciation des offres à celle du pouvoir adjudicateur au regard des critères prévus.

Il ne peut censurer les éventuelles erreurs d'appréciation commises par le pouvoir adjudicateur que si celles-ci sont manifestes.

En l'espèce, le troisième critère d'attribution est énoncé dans les termes suivants à l'article 2.6 du cahier spécial des charges :

- " Les délais de livraison (20 points) divisé ainsi :
 - Gaz normal (7);
 - Gaz spéciaux – mélanges (7);
 - En «urgence» (6)".

L'article 5.2 du cahier spécial des charges précise que "les délais de livraison seront détaillés précisément" et que "les conditions de livraison «en urgence» des bouteilles seront clairement décrites".

Le rapport d'attribution fait apparaître qu'en ce qui concerne ce troisième critère, le maximum des points a été attribué au délai le plus court.

La requérante et la société attributaire ont obtenu pour les deux premiers sous-critères le maximum des points, soit, à chaque fois, 7 points sur 7.

Par contre, pour le troisième sous-critère, la société attributaire a obtenu le maximum des points, soit 6 points sur 6, alors que la requérante n'en a obtenu que trois.

Le rapport d'attribution, pour lequel aucune confidentialité n'est alléguée dans le cadre de la présente procédure, justifie l'octroi du maximum des points pour le sous-critère "en urgence" à la société attributaire, et de seulement 3 points à la société requérante, en ces termes :

- " Délai de livraison chez Praxair :
 - Gaz purs : dans les 24 heures
 - Pour les mélanges : 5 - 6 semaines, 8 semaines pour le SF6.Praxair propose la possibilité pour le CRAW de faire un «stock tampon» dans leur magasin situé à Naninne (Namur). Ce service permet d'être livré dans les 24 heures.
Dans les «vrais» cas d'urgence, Praxair est dans la possibilité de livrer la bouteille nécessaire dans les heures qui suivent l'appel. Sans aucun frais supplémentaires.
Délai de livraison chez Air Liquide :
 - Pour les mélanges de 4 à 8 semaines.Air liquide propose des livraisons «express» dans un délai de 24 heures".

Le rapport d'attribution fait apparaître que la partie adverse a évalué les deux offres concurrentes et a exposé, en rapport avec le sous-critère "urgence", les points forts et les points faibles de chacune des offres.

La requérante n'établit pas que l'appréciation de la partie adverse aurait été manifestement erronée.

Il n'est pas déraisonnable en effet d'attribuer le maximum des points à la société attributaire parce qu'elle peut, dans les cas d'urgence avérée, effectuer la livraison dans les heures qui suivent l'appel, sans frais supplémentaires, alors que la société requérante ne propose que des livraisons express dans un délai de vingt-quatre heures et contre paiement.

En exposant les raisons pour lesquelles elle a préféré l'offre de la société attributaire à celle de la société requérante, la partie adverse a suffisamment justifié la décision attaquée.

Il ne lui incombait pas d'indiquer en outre les motifs de ses motifs.

Les documents transmis à la requérante lui ont permis de comprendre les raisons pour lesquelles son offre n'avait pas été retenue.

Le rapport d'attribution fait ressortir la manière dont le critère en cause a été noté ainsi que les résultats obtenus par les deux soumissionnaires.

Le premier moyen n'est pas fondé.

VII. SECOND MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante prend un second 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, du principe de proportionnalité et du principe de sécurité juridique".

Elle affirme que la partie adverse lui attribue une note de 5/10 pour ce qui concerne "les prix", que le critère du prix représente 10/100 du total des points visant l'attribution du marché litigieux, qu'aux termes 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 :

" En appel d'offres général ou restreint, le marché doit être attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus intéressante, en tenant compte des critères d'attribution qui doivent être mentionnés dans le cahier spécial des charges ou, le cas échéant, dans l'avis de marché. 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 conditions d'ordre social et étique, 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.
[...]".

qu'en règle, le prix est un critère fondamental de la notion de marché public, qu'il est au centre de toutes les procédures d'attribution de ces marchés, qu'il constitue un élément essentiel de leur exécution, que le Conseil d'Etat a admis le caractère prépondérant du prix dans le cadre des appels d'offres généraux, qu'en l'espèce le critère du prix n'intervient qu'à concurrence de 10/100, c'est-à-dire de manière marginale, qu'il existe en conséquence une disproportion entre les critères d'attribution retenus par la partie adverse au détriment du critère du prix, que la partie adverse ne précise pas pour quel motif le critère du prix devrait être, en l'espèce, réduit à sa plus simple expression et que la décision attaquée est contraire à l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 ainsi qu'au principe de proportionnalité et de sécurité publique et qu'elle avait remis un prix plus favorable que celui remis par la société PRAXAIR.

B. Mémoire en réponse et dernier mémoire

Dans son mémoire en réponse et son dernier mémoire, la partie adverse oppose d'abord que la requérante n'a pas d'intérêt au moyen, qu'elle ne critique pas l'octroi d'une note de 0/5 pour le sous-critère "énoncé du prix tel qu'au point 3.5", qu'elle ne pourrait du reste pas le faire puisque son offre comprend une série de prix additionnels pour les livraisons et pour les "frais de chômage mensuel" alors que ces prix additionnels devraient être compris dans l'offre de base, que le pouvoir adjudicateur a octroyé une note de 0/5 pour ce sous-critère, qu'il a commis, de ce point de vue, une erreur que la requérante n'a aucun intérêt à dénoncer, que les prix additionnels mentionnés dans son offre ne devaient pas avoir pour résultat la simple diminution de la note relative au sous-critère en cause mais l'écartement de son offre pour irrégularité substantielle, que les "prix additionnels" réclamés par la requérante rendaient impossible la comparaison effective des offres sur le plan du prix, qu'avec une note de 0/5 pour le sous-critère relatif à la "manière dont le prix est énoncé", la requérante s'en tire très bien, qu'elle ne critique pas la note qui lui a été attribuée pour ce sous-critère et pour le critère général du prix, qu'elle n'a aucun intérêt à prétendre que le prix devait faire l'objet d'une pondération plus importante, qu'une telle

pondération du critère du prix aurait rendu son offre encore moins intéressante et aurait, a fortiori, abouti à l'attribution du marché à la société PRAXAIR.

La partie adverse soutient encore, en de longs développements, que le moyen n'est pas fondé, que l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 lui laisse un pouvoir d'appréciation important lors de la détermination des critères d'attribution en appel d'offres, qu'il place le critère du prix sur pied d'égalité avec onze autres critères, envisagés à titre purement indicatif, que, selon la jurisprudence du Conseil d'Etat, "le pouvoir adjudicateur qui recourt à la procédure d'appel d'offres en vue de l'attribution d'un marché choisit librement les critères d'attribution et l'importance relative qu'il accordera à chacun d'entre eux en vue de déterminer l'offre qui lui apparaîtra la plus intéressante", que tant les directives européennes que la législation belge laissent aux pouvoirs adjudicateurs la liberté de choix des critères d'attribution dans la procédure d'appel d'offres, que les pouvoirs adjudicateurs ne sont pas tenus de retenir comme critère d'attribution celui du prix et que, lorsqu'ils le choisissent, les législations européenne et belge ne précisent pas comment l'intégrer dans les autres critères d'attribution, qu'aucune disposition législative ni aucun principe général de droit ne permet d'affirmer que le prix doit nécessairement être le critère d'attribution principal dans le cadre d'un appel d'offres, qu'il existe des marchés pour lesquels les prix sont fixés réglementairement, ce qui signifie que les offres doivent être départagées sans qu'il soit fait référence à ce critère, que la seule ligne directrice que doit nécessairement suivre le pouvoir adjudicateur dans le cadre d'un appel d'offres est que les critères d'attribution soient "relatifs à l'objet du marché" et qu'ils permettent de choisir l'offre "économiquement la plus avantageuse" ou "la plus intéressante", que s'agissant d'un marché visant à la fourniture de gaz d'analyses et à la maintenance d'installations de délivrance de gaz, le pouvoir adjudicateur a pu estimer, sans commettre d'erreur manifeste d'appréciation que les différences de prix entre fournisseurs ne sont généralement pas très importantes et conclure qu'il est inutile d'accorder à ce critère une importance prédominante, que le pouvoir adjudicateur a par ailleurs pu se fier à sa connaissance des prix pratiqués en la matière qui lui permet de déceler facilement les prix anormaux et d'écarter une offre qui tenterait de spéculer sur le caractère relativement peu important du critère du prix, que la requérante critique l'importance relative du critère du prix mais ne tente pas de démontrer que les autres critères d'attribution énoncés sont dénués de pertinence au regard de l'objet du marché ou reçoivent une attention à ce point démesurée qu'ils empêchent le pouvoir adjudicateur de choisir l'offre économiquement la plus avantageuse.

La partie adverse entend souligner l'importance qu'elle a accordée au critère de la qualité technique de l'offre, divisé en 4 sous-critères, faisant eux-mêmes l'objet de 26 sous-divisions, que la décomposition de ce critère démontre que

l'importance primordiale que lui a accordée le pouvoir adjudicateur est parfaitement réfléchi, que l'importance relative accordée aux "services offerts" et aux "délais de livraison", chacun notés sur 20 points, ne fait pas l'objet d'une critique précise de la requérante, que, pour le surplus, le pouvoir adjudicateur ne doit pas motiver en la forme les critères d'attribution et leur pondération, que la requérante ne peut prétendre ne pas avoir compris, à la lecture du cahier spécial des charges, la portée de chaque critère d'attribution et sa pondération précise, que les principes de transparence et d'égalité de traitement des soumissionnaires ont été respectés et qu'en conséquence, en plus d'être irrecevable, le moyen est non fondé.

C. Mémoire en réplique et dernier mémoire

Dans son mémoire en réplique et son dernier mémoire, la requérante soutient qu'en ce qui concerne son intérêt au moyen, la partie adverse se prévaut à tort de l'erreur qu'elle aurait commise en n'écartant pas son offre pour irrégularité substantielle, que, dans la mesure où cette offre n'a effectivement pas été écartée, il n'y a pas lieu d'avoir égard à cet argument, que la partie adverse omet de préciser que dans le cadre de l'appel d'offres ayant pour objet la fourniture de gaz d'analyse et la maintenance des installations de délivrance des gaz au centre wallon de recherches agronomiques, qui précédait directement l'appel d'offres général ayant conduit à la décision attaquée, la partie adverse avait considéré qu'il convenait d'accorder 30 points au critère du prix, que c'est ce que renseigne le point 2.6 du cahier spécial des charges n° CRAW/D5CA/2010/004 du 29 avril 2010, que les autres critères étaient alors la qualité technique (45 points), les services offerts (15 points) et les délais de livraison (10 points), que s'agissant d'un appel d'offres identique à celui ayant conduit à la décision attaquée, il ôte toute pertinence aux arguments développés par la partie adverse pour justifier le fait que dans le cadre du marché litigieux, le critère du prix a été ramené à 10 points, qu'on ne comprend pas que pour un même marché de fournitures, et en l'espace de douze mois, la partie adverse ait décidé de modifier, dans une mesure aussi importante, la ventilation des points attribués aux différents critères, que les motifs invoqués par la partie adverse ne font pas apparaître pourquoi celle-ci considérerait que le critère du prix devait recueillir 30 points en 2010 alors que ce même critère ne devait plus recueillir que 10 points en 2011 et qu'elle verse à son dossier complémentaire le cahier spécial des charges du marché de 2010.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La requérante reproche à la partie adverse, autorité adjudicatrice, d'avoir introduit une disproportion flagrante entre les critères d'attribution, en n'attachant au critère du prix que 10 points sur 100 alors que, selon elle, il s'agit d'un critère

essentiel dans le cadre d'un appel d'offres et que le marché litigieux a été attribué sur appel d'offres général

Il faut rappeler que l'article 2.6 du cahier spécial des charges, applicable au marché litigieux définit et pondère en ces termes le quatrième critère d'attribution :

- " Le prix (10 points) divisé comme suit :
- Le prix global proposé (5);
 - L'énoncé du prix tel qu'au point 3.5 (5)".

Selon le rapport d'attribution, la requérante a obtenu le maximum de points pour le premier sous-critère et 0 point pour le second, soit un total de 5 points sur 10.

La société PRAXAIR a obtenu 4,72 points pour le premier sous-critère et 5 points pour le second, soit un total de 9,72 points sur 10.

La partie adverse observe à juste titre dans son mémoire en réponse que la requérante ne critique pas la note qu'elle a reçue en ce qui concerne le sous-critère "énoncé du prix tel qu'au point 3.5", soit 0/5.

Au demeurant, elle n'aurait pu émettre utilement une telle critique puisque son offre comprend des coûts supplémentaires non inclus dans son montant global, contrairement à ce qui est exigé au point 3.5 du cahier spécial des charges.

La requérante est dès lors sans intérêt à critiquer la pondération des critères d'attribution.

A supposer que le critère du prix eût fait l'objet d'une pondération plus importante, l'offre de la requérante eût été moins intéressante encore que celle de la société PRAXAIR puisque l'écart entre les notations eût été plus grand.

Le second moyen n'est pas recevable.

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

Article 1^{er}.

Il y a lieu de traiter les offres comme confidentielles.

Article 2.

La requête est rejetée.

Article 3.

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 VI^e chambre, le onze juin deux mille treize par :

M^{me} Odile DAURMONT,
MM. Paul LEWALLE,
David DE ROY,
M^{me} Caroline HUGÉ,

Président de chambre,
Conseiller d'Etat,
Conseiller d'Etat,
Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.