CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 223.915 du 14 juin 2013

G./A.208.774/VI-19.973

En cause : **la société anonyme T.N.C.,**

ayant élu domicile chez
Mes Michel KAISER et
Sarah BEN MESSAOUD, avocats,
boulevard Louis Schmidt, n° 56,
1040 Bruxelles,

contre :

la société anonyme de droit public BPOST,

ayant élu domicile chez
Mes Kathleen DE HORNOIS et
Katrien KEMPE, avocats,
Berkenlaan, n° 8a,
1831 Diegem.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 10 mai 2013, la société anonyme T.N.C. sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision du 26 avril 2013, adoptée par Bpost attribuant un marché public de "fourniture et pose d'enseignes pour les bureaux et les points poste – Exterior Branding" à la société Neon Elite.

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 13 mai 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 6 juin 2013 à 10 heures 30.

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 Michel KAISER, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Mes Kathleen DE HORNOIS et Séverine RICHARD, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

Il est fait application du titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. EXPOSE DES FAITS

Le marché litigieux a fait l'objet de trois procédures successives de passation. La dernière, qui s'est déroulée selon une procédure négociée avec publicité, s'est clôturée par la décision d'attribution attaquée.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

Le premier moyen est pris de la violation :

" - des articles 10 et 11 de la Constitution;
- des articles 1er et 39, § 1er, 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;
- de l'article 27 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux;
- du cahier spécial des charges;
- des articles 2 et 3 la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- des principes généraux du droit d'égalité entre les soumissionnaires, de concurrence, de concurrence loyale et équitable et de loyauté;
- du principe général de droit patere legem quam ipse fecisti;
- du principe général de droit de comparaison effective des offres et de l'illégalité de l'acte quant aux motifs, du principe général de bonne administration de l'obligation de motivation matérielle, du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit et de l'erreur manifeste d'appréciation.

En ce que l'acte attaqué attribue le marché à un soumissionnaire dont l'offre n'est pas la plus intéressante au regard des critères d'attribution annoncés ou, à tout le moins, dont il n'apparaît pas que son offre soit la plus intéressante au regard des critères d'attribution annoncés,

Alors qu'en procédure négociée, le marché doit être attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière la plus intéressante, sur la base d'une motivation adéquate de l'appréciation de chacun des critères d'attribution."

Il est divisé en quatre branches. La première concerne le critère du prix tandis que la deuxième est relative au critère "concept et qualité".

La partie adverse réfute comme suit la thèse de la partie requérante :

" 29. Dans le premier moyen, la partie requérante allègue la prétendue violation de :
- des articles 10 et 11 de la Constitution;
- des articles 1er et 39, § 1er, 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;
- de l'article 27 de l'arrêté royal du 10 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux;
- des articles 2 et 3 la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- des principes généraux du droit d'égalité;
- du principe général de droit patere legem quam ipse fecisti;
- du principe général de droit de comparaison effective des offres et de l'illégalité de l'acte quant aux motifs, du principe général de bonne administration de l'obligation de motivation matérielle, du principe selon lequel toute décision administrative doit reposer sur des motifs exacts, pertinents et admissibles en droit et de l'erreur manifeste d'appréciation.

30. Le premier moyen peut être réduit à la thèse que l'acte attaqué attribue le marché à un soumissionnaire dont l'offre n'est -ou du moins n'apparaît- pas la plus intéressante au regard des critères d'attributions annoncés.

3.1.1.2. Réfutation du premier moyen
a) Préalable

31. Sur base de l'article 39, § 1 de la Loi sur les marchés publics, la partie adverse a le libre choix entre une adjudication, un appel d'offre ou une procédure négociée avec publicité préalable pour passer ses marchés. Dans les secteurs spéciaux, la procédure négociée avec publicité préalable est donc une procédure ordinaire comme les procédures dites «écrites». La raison de cette souplesse est bien connue et peut être retrouvé dans le 9ième considérant, in fine, de la Directive 2004/17/CE :

«Compte tenu de la nature des secteurs concernés par cette coordination, celle-ci devrait, tout en sauvegardant l'application des principes en question, créer un cadre pour des pratiques commerciales loyales et permettre un maximum de flexibilité.»

(DURVIAUX, A., La procédure négociée : spécificités, opportunités et contraintes - exposé du 6 mai 2010 à Bruxelles)

32. Une procédure négociée se caractérise par l'autorisation explicite de mener des négociations avec les soumissionnaires. Ces négociations peuvent porter sur les différents éléments du marché et peuvent donc être de nature financière, contractuelle ou technique. Cette liberté et flexibilité est néanmoins pas absolue, la directive secteurs spéciaux contient indirectement des précisions quant aux modalités procédurales de la procédure négociée avec publicité préalable.

33. D'abord, il y a l'obligation de publier un avis de marché et de respecter les délais pour la réception des candidatures. Puis, il y a également entre autres l'obligation d'établir un cahier spécial des charges, décrivant les besoins du pouvoir adjudicateur ainsi que l'obligation d'arrêter les critères d'attribution. Toutes ces règles n'ont que pour but d'entourer la procédure avec suffisamment de garanties pour permettre un traitement égal et objectif des intéressés au marché.

Ajoutant à cela les principes généraux de droit communautaire et les principes de bonne administration qui sont applicables, on peut conclure que tous les éléments sont en place pour garantir la mise en concurrence et le traitement égal, principes qui sont à la base de la réglementation marchés publics. Il n'y a donc pas de raison d'appliquer mutatis mutandis les règles strictes applicables aux procédures écrites, aux procédures négociées.

34. La manière dont la partie adverse a mené la procédure et a informé au préalable les soumissionnaires, non seulement la procédure en tant que telle, mais également les différents étapes prévues dans la négociation, les critères d'attribution, leur pondération ainsi que la pondération des sous-critères, démontrent que la procédure a été conduite en toute transparence et objectivité.

35. Sans être exhaustif, la partie adverse aimerait encore souligner les éléments suivants du dossier administratif qui démontrent la rigueur et la précision avec laquelle la comparaison des offres reçues a été faite :

- Le dossier administratif démontre qu'une évaluation intermédiaire a été faite sur base des critères d'attribution pour arriver à une short list; même si aucune information des soumissionnaires non-retenus sur la short list est requise, la partie adverse les en a informés (Pièce n° 20);
- Le dossier administratif démontre que la négociation a eu lieu en plusieurs tours, comme prévu maintenant expressément dans les directives, et que les négociations ont à chaque fois été préparées et évaluées par l'équipe multifonctionnelle d'achat de la partie adverse (Pièce n° 21-22);
- Même si la rédaction de rapports ou documents intermédiaires n'est pas légalement prescrite, la partie adverse a clairement utilisé cette technique pour objectiver l'évaluation des soumissionnaires (Pièce n° 24).

36. Sur base du dossier administratif, il peut dès lors prima facie déjà être constaté que la partie adverse a bien correctement appliqué les critères et leur pondération. L'exposé qui suit tend à élaborer une réponse plus précise aux différents arguments avancés par la requérante dans le cadre de la présente procédure.

b) Quant au développement du premier moyen

37. Nous constatons que la partie requérante ne fait que rappeler les principes généraux de droit applicables aux procédures de marché public. Il va de soi, que ces principes sont non seulement connus de la partie adverse mais également appliqués en l'espèce.

38. L'attribution du marché public contestée, a fait l'objet d'une procédure négociée avec publicité. Dans ce cadre, plusieurs fournisseurs/prestataires de services ont été sélectionnées conformément aux règles d'application au marché public pour commencer des négociations :

> «L'article 17, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, impose au pouvoir adjudicateur, dans le cadre de la procédure négociée, de consulter, si possible, plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix, mais lui permet de négocier les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux. » (C.E., arrêt n° 125.482 du 19 novembre 2003, S.A. DERRIKS)

39. La partie requérante souligne le fait que le marché doit être attribué au soumissionnaire ayant remis l'offre finale la plus intéressante au regard des critères d'attribution du marché. C'est en effet la manière dont a procédé la partie adverse. Comme le souligne les faits, la partie adverse a, suite à la comparaison d'offres, déterminé l'offre économiquement la plus intéressante à savoir, celle de Néon Elite. Cette attribution fait d'ailleurs l'objet d'une décision largement motivée, qui parcourt un à un les critères d'attributions préalablement partagés à la lumière des

offres finales qui lui ont été soumises, ainsi que la réponse y apportée par chaque candidat :

> «L'article 17, § 1er, de la loi du 24 décembre 1993, auquel renvoie l'article 39, § 1er, de la même loi, définit la procédure négociée comme étant celle par laquelle le "pouvoir adjudicateur consulte plusieurs entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires de services de son choix et négocie les conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux". Il ressort de cette disposition que l'autorité dispose dans le cadre de cette procédure d'une ample marge d'appréciation. Sans doute la décision qu'elle prend lorsqu'elle décide d'attribuer le marché n'échappe pas à l'obligation de motivation qu'impose la loi du 29 juillet 1991. Cette motivation est suffisante dès lors qu'elle fait apparaître les raisons qui ont déterminé l'autorité. La décision d'attribution fait ressortir à suffisance que le pouvoir adjudicateur a examiné les offres par rapport aux critères pondérés dès lors qu'elle précise pour chacun des critères la notation obtenue par chacune des offres et les motifs de cette notation.» (C.E., arrêt n° 218.926 du 17 avril 2012, SA VENTURIS – [...]).

40. La partie requérante prétend également – quod non – que la partie adverse n'aurait pas respecté les règles d'attribution qu'elle s'est elle-même fixées dans le cahier spécial des charges. Les faits (tel qu'énoncés) ci-dessus démontrent clairement que tel n'est pas le cas et que la partie adverse a scrupuleusement suivi le planning de procédure qu'elle s'était fixé dans le cahier des charges, et ce sans aucune divergence.

41. Par ailleurs, la partie adverse a adressé aux candidats des critères d'attribution (et même dans certains cas des sous-critères) objectifs, clairs, précis et pondérés en début de procédure. Ces critères étaient donc connus de tous dès l'origine et leur respect était imposé à tous de la même façon. Ces critères d'attribution énoncés clairement dans le cahier des charges, n'ont pas été modifiés en cours de procédure, et ont au contraire été utilisés tout au long de la procédure comme outil d'évaluation, suivant une pondération constante. Les parties disposaient en outre de la possibilité de demander des éclaircissements sur les critères le cas échéant. Chaque candidat soumissionnaire disposait donc de critères objectifs -qu'il savait également applicables aux autres candidats - pour remettre son offre. Aucun manquement aux principes d'égalité et de concurrence ne peut par conséquent être invoqué en ce qui concerne l'établissement et l'utilisation des critères d'attribution.

42. La requérante insiste à plusieurs reprises sur le fait qu'un pouvoir adjudicateur est tenu de sélectionner l'offre la plus intéressante et économiquement la plus avantageuse. Votre conseil pourra constater par lui-même que la partie adverse a fixé pour le marché en question des critères objectifs, appropriés et en corrélation avec l'objet du marché. Les critères utilisés étant :

1. le prix (en tenant compte du TCO) 35 %

Prix de livraison, sans montage ni installation sur place
Prix de livraison, montage et installation sur place y compris

2. l'appréciation du concept et de la qualité 30 %

Solidité
Facilité de montage
Facilité d'entretien
Finition favorisant la facilité d'utilisation

3. les facteurs opérationnels 25 %

Planning (délai de livraison/délai d'installation)

Système de suivi (modèle de collaboration/structure du projet)
Contrat d'entretien

4. l'exhaustivité de la gamme	5 %
5. le délai de garantie	5 %

C'est naturellement que ceux-ci permettaient de sélectionner l'offre économiquement la plus avantageuse. C'est d'ailleurs dans l'intérêt premier de la partie adverse de sélectionner le candidat présentant l'offre la plus intéressante.

43. Gardons en outre à l'esprit, que tout pouvoir adjudicataire, donc également la partie adverse, dispose d'un certain pouvoir d'appréciation dans le cadre de la sélection des critères. Les critères utilisés ont été nécessaires à départager les candidats et ont permis d'atteindre un juste classement, après de sérieuses négociations, départageant les candidats soumissionnaires sur base de critères d'attributions connus et acceptés par les soumissionnaires.

Nous ne pouvons dès lors que nous étonner que le choix des critères semble être remis en question par la partie requérante, dans la mesure où outre le fait de lui être connus dès le départ, en soumettant une offre, la partie requérante a également accepté le contenu du cahier des charges, et dès lors le choix des critères.

44. En ce qui concerne la méthode de cotation utilisée, la partie requérante semble prôner la méthode de la règle de 3. Il s'agit en effet d'une méthode possible mais pas la seule. D'autres méthodes permettent également de conduire à un classement qui reflète l'écart entre les offres, dont celle utilisée par la partie adverse. Cette méthode de cotation est d'ailleurs annoncée dans le cahier des charges au point 1.9 (voir ci-dessous pour de plus amples développements).

45. Nous comprenons que par souci d'efficacité la partie requérante a exposé son moyen en différentes branches. Par facilité pour votre conseil, nous reprenons la même subdivision dans la réfutation du moyen.

i. Première branche

46. Conformément au cahier spécial des charges, la partie adverse a évalué les offres sur base notamment du «prix». Ce critère compte pour 35 % de l'évaluation des offres.

47. Remarquons préalablement que le critère d'attribution «prix», comprend non seulement le prix tel que proposé dans les différentes offres, mais englobe également le coût total de possession (CTP, en anglais total cost of ownership (TCO)).

48. Nous nous permettons également d'attirer l'attention de votre Conseil sur le fait que le critère «prix» est subdivisé en deux «sous-critères» (Prix de livraison sans montage et installation sur place et prix de livraison montage et installation sur place y compris), lesquels ont évidemment impacté sur le classement tant du premier tour que du second tour.

49. En qui concerne la méthode de cotation, la partie requérante déduit indûment que «la méthode de cotation doit donc consister en une règle de trois».

Le prix étant un élément quantitatif, le cahier des charges indique clairement que s'agissant de (sous)critères, tel que le prix, entraînant une évaluation d'aspects quantitatifs «les différences en pourcentage effectives seront prises en considération lors de l'évaluation [… alors que] pour les autres (sous)critères - qui entraînent une évaluation d'aspect qualitatif - le meilleur candidat obtiendra le score maximum.» (Pièce n° 15)

En d’autres termes, contrairement à ce que la partie requérante prétend, le prix est un élément évalué en pourcentage qui n’amène pas systématiquement à l’attribution du score maximal à l’un des soumissionnaires.

50. La motivation de l’acte énonce clairement comment la partie adverse a opéré la comparaison entre les différentes offres, tant au premier tour qu’au deuxième tour (Pièce n°19) :

Premier tour
«Les prix comparés, sont les prix à l'unité en moyenne par article. Etant donné que les prix soumis étaient pour 2 scénarios càd scénario 1 - fourniture des enseignes; scénario 2 - fourniture et pose d'enseignes, et ce respectivement pour les quantités de pièces par 1,3,5,10 et 20, la comparaison de prix s'est effectuée sur la base de l'unité prix moyen par article et cela pour chacun des deux scénarios. Ainsi le prix moyen a été calculé comme suit : (1xP1 + 3xP3 + 5xP5 + 10xP10 + 20xP20)/39, où P1 représente le prix unitaire offert pour 1 pièce, P3 = prix unitaire pour 3 pièces, etc.

Lors de l'évaluation des prix offerts on a tenu compte des deux scénarios et ceci selon la planification créée en interne par bpost qui démontre que les commandes se dérouleront principalement pour la livraison et l'installation des éléments (scénario 2).

En conséquence les offres ont été comparées sur base d'une commande moyenne de 10 % selon le scénario 1 et de 90 % selon le scénario 2.

Sur cette base, NEON ELITE a obtenu le score le plus élevé (35 %), suivi par les sociétés SPLEN (33,9 %) et TNC (30 %). SAYCOM (25,9 %), PETRUS NEON (24 %) et OTM (22 %).»

Deuxième tour

«Ce critère a été évalué par analogie avec le mode d'évaluation du premier tour, c'est-à-dire sur la base du prix moyen du scénario de 1 et 2 (90 %) (10 %). Pendant les négociations les soumissionnaires ont fourni des informations supplémentaires afin de pouvoir prendre en compte le Total Cost of Ownership (TCO) incl. les quantités de commandes qui peuvent varier de 1 à 200 pièces et les frais de stockage.

En ce qui concerne les prix pour livraison et montage pour les points poste et bureaux de poste, nous voyons une amélioration avec les premières offres. Les soumissionnaires ont tous, baissé les prix, obtenant les notes suivantes: TNC a obtenu le meilleur score (32 %), suivi par NEON ELITE (30 %) et puis SAYCOM (28 %).»

De la motivation il ressort que la méthode utilisée pour le premier tour se base tel qu’annoncé dans le cahier des charges sur deux scénarios, qui ont été pondérés comme suit : (i) fourniture d’enseignes (90 %) et (ii) fourniture et pose d’enseignes (10 %). Cette pondération est restée inchangée au deuxième tour.

De la motivation il ressort également que la méthode utilisée n’est pas qualitative, mais quantitative de sorte que les candidats se sont vu attribués des pourcentages correspondant à l’évaluation effective, c’est à dire réelle de leur offre et non comme la partie requérante le prétend, par attribution du maximum à celui qui avait remis le meilleur prix et par évaluation des autres offres «en fonction de la différence avec la meilleure offre» et l’attribution «de points en application d’une règle de trois». C’est par hasard que, lors du premier tour, le pourcentage effectif de l’offre de la partie intéressée coïncidait avec le pourcentage maximalement attribuable (soit 35 %). (pièces n° 19 et n° 23) C’est donc à tort que la partie

requérante insinue «que la partie adverse n'a pas appliqué le même système de cotation à l'issue de la deuxième comparaison des offres».

51. Suite aux négociations intervenues entre le premier et deuxième tour, les soumissionnaires ont non seulement baissé le prix de leur offre, mais également affiné leur prix de sorte que le CTP puisse mieux être pris en considération. Le classement du second tour n'est donc pas uniquement opéré sur le prix, tel que semble le prétendre la partie requérante, mais prend également en considération le CTP, tel qu'annoncé dans le cahier des charges au point 1.9. En effet lors du premier tour, l'analyse de prix s'est formée sur la base d'une liste «de prix à l'unité en moyenne par article». Avec l'avancée des négociations, la quantité d'articles nécessaires pour la livraison et l'installation des enseignes s'est précisée. De prime abord, la partie requérante paraissait offrir la meilleure offre concurrentielle en termes absolus, du fait que l'addition de tous les éléments constitutifs du prix amenait au prix le moins élevé. En considération des quantités réellement nécessaires, sur base de cas réels, il est cependant apparu que la livraison et la pose d'enseignes nécessitait un plus grand nombre d'éléments constitutifs auxquels la partie requérante attribuait dans son offre un prix plus élevé, et inversement une moins grande proportion d'éléments à un niveau de prix moins élevé. En d'autres termes, en application de la pondération réelle des éléments constitutifs nécessaires, et donc en considération du CTP, la partie requérante ne paraissait plus présenter l'offre la plus avantageuse quant à l'ensemble des éléments constitutifs du prix réel.

52. Par conséquent, ni les critères d'évaluation, ni la méthode d'évaluation n'ont changé entre le premier et le second tour. La différence en pourcentage est due à l'information disponible - objet de l'évaluation - qui a nécessairement évolué au gré des négociations entre le premier et le second tour.

Notons que lors d'une procédure négociée avec phase dite «BAFO», la partie adverse est obligée de prendre en considération l'acquis des négociations et la dernière offre introduite par les soumissionnaires :

«Dès lors qu'il résulte d'une disposition du cahier spécial des charges qu'à la suite des négociations, une seule offre modifiée et définitive peut être déposée par les soumissionnaires et que c'est cette offre définitive qui doit être analysée par l'autorité adjudicatrice au regard des critères d'attribution pour identifier l'offre la plus avantageuse économiquement ainsi qu'en conséquence l'adjudicataire, l'autorité s'est obligée par cette disposition à respecter cette procédure en vue de désigner l'adjudicataire. En n'identifiant pas ce dernier sur la base d'un examen de l'offre définitive des soumissionnaires déposée à la suite des négociations mais en le désignant après avoir analysé une troisième offre remise à la suite de la réouverture des négociations clôturées, l'autorité adjudicatrice a méconnu les obligations qu'elle s'était imposées par le cahier spécial des charges. En tant qu'il est pris de la violation du principe général de transparence ainsi que de la règle exprimée par l'adage "patere legem quam ipse fecisti", le moyen est sérieux.»
(C.E., arrêt n° 212.877 du 29 avril 2011, SA GROUPE DE BOECK)

53. Finalement, la partie adverse s'interroge sur l'intérêt de la partie requérante à invoquer cette première branche, étant donné qu'au terme du second tour, celle-ci a obtenu le meilleur score.

Par conséquent, la première branche du premier moyen n'est pas fondée.

ii. Deuxième branche

54. Conformément au cahier spécial des charges, la partie adverse a évalué les offres sur base d'un second critère, «concept et qualité». Ce critère compte pour 30 % de l'évaluation des offres. Nous nous permettons d'attirer l'attention de votre Conseil sur le fait que le critère «concept et qualité» est subdivisé en quatre

«sous-critères» (i) solidité, (ii) facilité de montage, (iii) facilité d'entretien, et (iv) finition favorisant la facilité d'utilisation), lesquels ont évidemment impacté sur le classement tant du premier tour que du second tour.

55. La partie requérante a offert la possibilité à tous les soumissionnaires de soumettre un prototype à l'appui de leur offre, ce que tant la partie requérante et la partie intéressée ont fait. Ces prototypes ont d'ailleurs été expliqués lors d'une présentation orale (cfr. Faits).

Par la suite, les trois soumissionnaires sélectionnés sur la short list, ont été invités à une phase de négociations, au cours de laquelle, tel que décrit dans les faits, de nombreux échanges d'informations sont intervenus, ce qui explique l'évolution dans l'appréciation des prototypes soumis.

56. En aucun cas, contrairement à ce que la partie requérante semble prétendre, la partie intéressée, ni d'ailleurs quelconque partie, n'a eu l'occasion de «modifier son prototype en cours de négociations postérieurement à l'établissement de la short list».

La partie adverse n'a fait qu'examiner et apprécier l'information complémentaire, toujours eu égard aux critères d'attribution qu'elle s'était fixée initialement dans le cahier des charges. C'est donc bien l'information complémentaire obtenue qui justifie l'évolution de cotation entre les deux tours. Il ne s'agit donc pas, comme le prétend la partie requérante, «d'un revirement de position», mais d'un simple affinement des informations et à partir de là affinement de la cotation.

Remettre en cause l'évolution de la cotation, telle que la partie requérante semble systématiquement le faire, va en l'encontre même du principe de la procédure négociée et de l'organisation de la procédure en plusieurs phases. La phase de négociation est justement faite pour départager les candidats en fonction des négociations et des évolutions constatées au cours de cette phase.

57. En outre, en qualifiant la cotation de «manifestement surévaluée», tel que le fait la partie requérante, cette dernière s'immisce dans le pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur, qui n'est certes pas total, mais tout de même certain. Quiconque est mieux placé que le pouvoir adjudicateur, à savoir en l'espèce la partie adverse, pour juger de la qualité et du concept en fonction des besoins qui sont les siens ?

Contrairement à ce que la partie requérante soutient, l'évaluation de tous les critères, dont ceux de «la facilité d'entretien» et de «la finition favorisant la facilité d'utilisation», ont été évalués de manière proportionnée et rationnelle (pièce n° 19) :

«Facilité d'entretien

Pour évaluer ce sous-critère, les différents soumissionnaires ont été invités à expliquer davantage la composition de leur prototype. On a également tenu compte des matériaux utilisés, de la composition de ces matériaux et comment les matériaux pourraient influencer l'entretien du prototype.

II s'est avéré que TNC, pour tous ces aspects, a offert la meilleure proposition. La solution d'impression à l'intérieur du plexy a été très bien accueillie. PETRUS NEON avait une bonne proposition avec structure fermée, mais le film imprimé sur le dessus montrait des défauts. NEON ELITE, qui a également offert un élément fermé ne pouvait pas convaincre assez puisque un côté seulement était attaché avec une bande. Malgré le fait que SAYCOM a également soumis une impression identique comme TNC, ils ont marqué moins bien sur les autres éléments càd le dégradé était moins prononcé et de plus, pas résistant aux UV. Par contre SPLEN

sur l'ensemble ne parvenait pas à convaincre l'équipe technique, parce que la stabilité dimensionnelle ainsi que le choix des matériaux ne convenaient pas.

OTM n'a pas remis de prototype, la facilité d'entretien de la solution proposée a été évaluée sur base de l'information technique décrite dans l'offre. Sur cette base et le fait que les instructions d'entretien complémentaires n'étaient pas reprises, la facilité d'entretien a été évaluée comme la moins favorable.

L'évaluation des résultats qui précèdent a abouti à ce qui suit: TNC 5 %, PETRUS NEON 4,5 %, NEON ELITE 4 %, SAYCOM 3,5 %, SPLEN 3 % et OTM 1,5 %.

Finition favorisant la facilité d'utilisation

La comparaison des prototypes a également montré que TNC (5 %) avec sa meilleure finition, en raison des matériaux utilisés, la composition du prototype et la performance en général, a obtenu le meilleur résultat. SAYCOM (5 %) a offert un équivalent alternatif et a utilisé des meilleures vis. PETRUS NEON (4 %), NEON ELITE (3,5 %) et SPLEN (3 %) n'ont pas utilisé les matières prescrites. La qualité des matériaux utilisés par eux était moins bonne et a conduit à une finition moins conviviale. Malgré l'utilisation de ce matériel alternatif, le prototype de PETRUS NEON a été conçu comme assez convivial, alors que le prototype du NEON ELITE était évalué comme modérément facile à utiliser et celui de SPLEN comme le moins convivial.

OTM n'a pas remis de prototype, la facilité d'utilisation de la solution proposée a été évaluée sur base de l'information décrite dans l'offre. Sur cette base et le fait que les instructions d'utilisation sur base des éléments dibond, la facilité d'utilisation a été évaluée comme moins. OTM a obtenu 1.5 %.»

58. Il est en outre important de noter que le prototype de la partie intéressée s’est distingué par rapport aux autres, et plus particulièrement par rapport à celui de la partie requérante, notamment par l’utilisation d’une structurée fermée et hermétique, ce qui présente des avantages techniques en matière de facilité d’entretien et de facilité d’utilisation. Les échantillons (parties spécifiques des prototypes), tels que joints au dossier administratif, démontrent la distinction entre les solutions proposées.

De ce fait, le nettoyage de l’enseigne est simplifié et moins fréquent. De plus la partie hermétique empêche l’incrustation de poussière et d’insectes à l’intérieur de l’enseigne. La structuration du logo et de la plaque arrière sous la forme d’un élément préfabriqué et séparable du reste de l’enseigne, facilite également l’entretien et les éventuelles réparations nécessaires. Le modèle proposé par la partie intéressée, de par la structuration du logo et de la plaque arrière, augmente également la solidité générale de l’enseigne, en évitant une éventuelle déformation. Finalement l’utilisation d’une plaque arrière offre la propagation d’un éclairage uniforme, ce qui diminue voir éradique tout risque de sur-chauffage du logo proprement dit.

59. Finalement, la partie adverse s’interroge une fois de plus sur l’intérêt de la partie requérante à invoquer cette deuxième branche, étant donné qu’au terme du second tour, celle-ci a obtenu le meilleur score.

Par conséquent, la deuxième branche du premier moyen n’est pas fondée."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

A. Recevabilité des deux premières branches du premier moyen.

La partie adverse soutient que la requérante n'a pas intérêt à ces branches. Elle fait valoir que pour le critère prix, la requérante a obtenu 32 % alors que l'attributaire n'a obtenu que 30 % et que pour le critère "concept et qualité", il en est de même : 28 % pour la requérante et 27,5 % pour l'adjudicataire.

La partie adverse perd cependant de vue qu'à la suite des modifications des scores intervenues entre la première analyse et l'analyse finale faite par elle, l'adjudicataire avait 0,5 % en plus que la requérante au premier tour, pour ces deux critères, tandis qu'au deuxième tour, l'adjudicataire avait 4% de plus.

Ces modifications entre la première analyse et l'analyse finale ont donc bien une répercussion sur le score final des deux soumissionnaires en cause. Les deux premières branches du premier moyen sont dès lors recevables.

B. Première branche du premier moyen

La partie requérante se méprend en partie sur la portée du cahier spécial des charges lorsqu'elle affirme que la notation des offres en fonction de leur différence en pourcentage devait nécessairement conduire à la mise en œuvre d'une règle de trois. En effet, le cahier spécial des charges dispose que, pour les critères entraînant une évaluation quantitative, les différences en pourcentage effectives seront prises en considération, ce qui peut conduire à un autre résultat qu'une application stricte d'une règle de trois.

Cependant, l'examen des deux tableaux de notation, c'est-à-dire le tableau ayant permis de retenir les trois meilleures offres parmi les six offres en lice initialement en vue du tour suivant et le tableau final, ainsi que la motivation accompagnant ce second tableau ne permettent pas de comprendre comment la partie adverse attribue, au premier tour, 35/35 à l'offre la moins chère et 30/35 à l'offre de la requérante pour, au tour final et après nouvelles négociations, attribuer 32/35 à l'offre de la requérante qui est devenue la moins chère après ces nouvelles négociations.

L'explication de la partie adverse est particulièrement lacunaire dans la mesure où elle expose que c'est "par hasard" que le pourcentage effectif de l'offre de NEON ELITE coïncidait avec le pourcentage maximal attribuable mais ne dépose aucune note de calcul, même à titre confidentiel, permettant de s'assurer de cette affirmation.

Si l'on peut facilement concevoir que les prix proposés évoluent à la suite de négociations, il est plus difficile de comprendre que l'offre la moins chère du dernier tour n'obtienne pas la même évaluation que celle présentant la même caractéristique lors de l'établissement du premier tableau.

Il y a encore lieu d'observer, pour ce qui concerne l'intérêt à la branche, que l'octroi de la notation maximale à la partie requérante en raison de son prix le moins élevé est de nature à augmenter son score de trois points, ce qui suffit pour lui permettre de passer devant NEON ELITE dont la notation finale demeure inconnue en raison de l'absence d'une motivation formelle permettant de comprendre la "distribution" du tour final.

La première branche du premier moyen est sérieuse en ce qu'elle est prise de la violation de la loi du 29 juillet 1991.

C. Deuxième branche du premier moyen

La notation de l'offre finalement retenue a été augmentée de deux points après que "les soumissionnaires ont été invités à fournir des informations supplémentaires concernant les matériaux utilisés", que "ces spécifications détaillées ont servi à expliquer davantage le concept et la qualité du prototype livré" et que "cette information supplémentaire a conduit à la clarification du produit".

Cette motivation formelle très générale ne permet pas de comprendre quelle influence sur les sous-critères d'attribution "solidité" et "facilité de montage" ont pu avoir ces "spécifications détaillées" qui demeurent inconnues et invérifiables.

En ce qu'elle est prise de la violation de la loi du 29 juillet 1991, la deuxième branche est sérieuse.

V. BALANCE DES INTERETS

V. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse expose ce qui suit :

" Quant à la balance des intérêts, la partie adverse souhaite invoquer qu'un retard dans l'exécution des prestations et l'absence d'un contrat cadre visées par l'objet du marché a déjà un impact sur le bon fonctionnement des services publics assuré par la partie adverse.

Pour l'instant, l'équipement de nouvelles enseignes sur les points de vente, est assuré par des contrats ad hoc, à conclure point de vente par point de vente. Il en va de soi que ceci ne permet pas à la partie adverse de fonctionner d'une manière efficace et qualitative et de répondre dynamiquement aux besoins internes. Ceci ne permet pas non plus à la partie adverse de développer une stratégie à long terme avec un seul fournisseur dans le cadre d'un contrat cadre à long terme.

La mission de service public assurée par la partie adverse est donc essentiellement perturbée par la non-exécution immédiate du contrat de marché public".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dans l'état actuel, un marché en cours a le même objet que le marché litigieux. Aucune fin de ce marché n'est précisée de sorte que l'équipement des points de vente ne paraît pas perturbé outre mesure.

La circonstance que le contrat en cours ne permet pas de fonctionner d'une manière efficace et qualitative en répondant dynamiquement aux besoins internes n'est pas une conséquence de la suspension de l'exécution de l'acte attaqué mais bien du contenu du contrat en cours.

Enfin, lorsque la suspension est prononcée pour un vice de motivation formelle, la décision motivée peut être refaite à brève échéance sans qu'il soit besoin de relancer une procédure complète.

Il n'y a pas lieu dès lors de ne pas ordonner la suspension de l'exécution de l'acte attaqué.

VI. CONFIDENTIALITE DES PIECES

En application de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993, les pièces indiquées dans la requête et dans la note d'observations resteront confidentielles à ce stade de la procédure.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est suspendue l'exécution de la décision du 26 avril 2013, adoptée par Bpost attribuant un marché public de "fourniture et pose d'enseignes pour les bureaux et les points poste – Exterior Branding" à la société Neon Elite.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

Les pièces relatives aux offres des différents soumissionnaires demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

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 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VIe chambre, le quatorze juin deux mille treize par :

Mme	Odile DAURMONT,	Président de chambre,
M.	Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé, Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE. Odile DAURMONT.