

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.166 du 27 juin 2013

G./A.209.015/VI-19.985

En cause : **la société privée à responsabilité limitée B.T.G.-
BELGISCHE TECHNISCHE GASSEN-G.T.B.-GAZ
TECHNIQUE BELGE,**

ayant élu domicile chez
Mes Jan GHYSELS et
Kris WAUTERS, avocats,
chaussée de la Hulpe, n° 187,
1170 Bruxelles,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA,

ayant élu domicile chez
Mes Olivier LOUPPE et
Jean LAURENT, avocats,
rue Defacqz, n° 78,
1060 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 29 mai 2013, la société privée à responsabilité limitée B.T.G. – BELGISCHE TECHNISCHE GASSEN- G.T.B. – GAZ TECHNIQUE BELGE, sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision du conseil d'administration de la société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA du 26 mars 2013 attribuant le marché public de "fourniture d'oxygène, de protoxyde d'azote et autres types de gaz pour les besoins de la clinique Princesse Paola de Marche a été attribué à la S.A. AIR LIQUIDE pour un montant de 323.803,56 euros".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 5 juin 2013, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 24 juin 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 Pierre BOLLAND, loco Mes Jan GHYSELS et Kris WAUTERS, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Jean LAURENT, avocat, 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 consiste en un marché "à bordereau de prix". La procédure de passation est celle de l'appel d'offre général. Il a fait l'objet, notamment d'une publicité européenne.

L'acte attaqué se fonde sur deux rapports, le premier, étant un rapport technique établi par un pharmacien, le second, étant un rapport d'adjudication établi par le directeur des achats de la partie adverse incluant les conclusions du rapport technique.

IV. PREMIER MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

Le premier moyen est pris de la violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, 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 services publics, du cahier spécial des charges, du principe général du traitement égal (des soumissionnaires) et de son corollaire, le principe général de transparence, de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou les motifs.

La requérante critique le contenu du seul rapport technique. Selon elle, la décision attaquée se base entièrement sur ce rapport. Or, dans celui-ci, pour ce qui

concerne les deuxième, troisième et quatrième critères d'attribution, les offres ont été comparées par rapport à différents "sous-critères" de ces critères alors que les avis de publication ne font pas état de "sous-critères". Elle soutient aussi que ces "sous-critères" ne correspondent pas au contenu des critères et qu'ils contiennent des éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation.

La partie adverse réfute, comme suit, ce premier moyen :

- " 1. La décision du conseil d'administration de la partie adverse du 26 mars 2013 se fonde tant sur le rapport d'adjudication joint en annexe et signé par Monsieur Guillaume que sur le rapport technique de Monsieur Clinquart.

Les critères d'attribution sont les suivants :

- le coût d'exploitation comprenant le prix des gaz, le chômage des bouteilles, les frais d'installation et de mise en service, la mise à disposition des équipements de stockage et de vaporisation, la location des installations, le coût de reprise des tanks ainsi que les redevances de maintenance pour 50 % des points;
- la valeur technique et qualité des fournitures proposées : pour 20 % des points;
- le délai d'approvisionnement garanti : pour 20 % des points;
- les services proposés : pour 10 % des points.

Le rapport d'adjudication de Monsieur Guillaume opère une classification en se référant au rapport technique de Monsieur Clinquart pour les trois derniers critères.

Le rapport d'adjudication détaille les quatre critères d'attribution.

Le cahier spécial des charges détaille les fournitures nécessaires à l'exécution du marché dans une annexe E.

L'article III.9.1 des clauses techniques du CSC définit le mode de gestion du stockage avec système de télésurveillance des installations de l'oxygène en vrac.

L'article III.9.2 des clauses techniques (page 32) prévoit une variante non obligatoire permettant un système de traçabilité des bouteilles.

En l'espèce, la partie requérante prétend que des sous-critères d'attribution auraient fait l'objet de cotation alors qu'ils n'étaient pas prévus dans les documents de marché.

Cette thèse ne peut être suivie.

L'article 16 de la loi prévoit que «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.»

L'article 115 al. 2 prévoit que tous les critères d'attribution sont mentionnés dans le cahier spécial des charges dans l'ordre décroissant de la valeur qui leur est attribuée.

Tel est bien le cas en l'espèce.

En son rapport, Monsieur Clinquart n'a invoqué aucun sous-critère mais bien une mise en évidence de certains aspects extraits des offres.

Comme le rappelle la doctrine, «la comparaison des offres et l'énoncé des motivations sous-jacentes au classement établi impliquent nécessairement la mise en évidence de certains aspects extraits des offres et l'attribution de points à ces aspects pour en permettre le classement. Qualifier des éléments mis en évidence en suite de la comparaison des offres de sous-critères d'attribution rendrait impossible tout processus de comparaison»

En l'espèce, Monsieur Clinquart n'a fait que mettre en évidence des aspects des offres liés aux critères et a émis des considérations eu égard à chacun de ces aspects de manière à pouvoir effectuer un classement et donner une cotation pour chaque critère.

Il ne s'agit donc pas de sous-critères.

2. Quant au prix, cela ne fait pas l'objet d'une critique.

3. Quant à l'aspect technique, il indique que :

«Voir rapport de Monsieur Clinquart en annexe.

L'offre retenue techniquement est la 2^o proposition de la firme Air Liquide.

Les 2^o propositions sont supérieures aux 1^o propositions : traçabilité des bouteilles nous permet une gestion plus efficace de l'utilisation des bouteillers. Moins de chômage des bouteilles.

5 points sont enlevés à l'offre de base par rapport à chaque variante.»

Il indique en sus que l'offre 2^o d'Air Liquide comprend la traçabilité des bouteilles et deux tanks : un de 10.000 litres et un second de 3.000 litres.

Le rapport de Monsieur Clinquart applique correctement les critères d'attribution.

Pour la valeur technique, il détaille :

- le système de qualité, en spécifiant : «BTG et Linde : information lacunaire;
- la production en spécifiant : «Air Liquide possède plusieurs sites de production situés en Belgique, ce qui constitue une garantie supplémentaire d'approvisionnement»
- la capacité de l'installation en vrac, en spécifiant : «Air Liquide et Messer : documentation claire et précise. Linde : documentation trop faible et pas assez précise»
- bouteilles : monographie + fiche technique, en spécifiant : «pas de différence significative»
- bouteilles caractéristiques, en spécifiant : «BTG : offre la plus claire et la plus précise, mentionnant l'équipement des bouteilles en raccord DIN. Air liquide et Messer : raccords Afnor mais possibilité de fournir des raccords intermédiaires Afno-DIN. Linde pas de réponse précise».

Ces éléments sont clairement des mise en évidence des spécificités des offres et ont fait l'objet d'un examen donnant lieu à une appréciation avec des + et des commentaires écrits.

Ils justifient raisonnablement que 19 points soit donnés à Air Liquide et 16 à BTG.

Les éléments relatifs au système de qualité, à la production, au vrac, aux bouteilles ressortissent à la valeur technique et à la qualité des fournitures proposées de sorte qu'il s'agit bien d'une mise en évidence des éléments contenus dans l'offre.

4. Quant au délai d'approvisionnement garanti, cela est également clair.

Quant au stock d'oxygène en vrac, il est indiqué que «Air liquide est le seul soumissionnaire qui s'engage clairement quant au seuil mentionné»

Quant aux procédures d'urgence, il est indiqué que «Air liquide et Messer s'engagent à réagir rapidement. Air liquide précise la livraison dans les 6 h. BTG est moins précis. Linde mentionne une livraison dans les 12h»

Ces éléments justifient raisonnablement que 19 points soit donnés à Air Liquide et 13 à BTG.

Les éléments relatifs au stock en vrac et aux procédures d'urgence ressortissent au délai d'approvisionnement garanti de sorte qu'il s'agit bien d'une mise en évidence des éléments contenus dans l'offre.

5. Quant aux services proposés, il est notamment indiqué que :

- système de télésurveillance : «Air liquide et Messer, documentation claire et précise. Linde précise que leur système est sensible aux intempéries et que la responsabilité du stock minimal incombe à l'institution.»
- Traçabilité des bouteilles : les 4 soumissionnaires répondent de la même manière.
- Sécurité et information : «Formations : documentation lacunaire concernant l'aspect sécurité»

Ces éléments justifient raisonnablement que 8 points soit donnés à Air Liquide et 6 à BTG.

La télésurveillance, la traçabilité, la sécurité et l'information ressortissent aux services proposés de sorte qu'il s'agit bien d'une mise en évidence des éléments contenus dans l'offre."

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Seul le contenu du rapport technique est l'objet de contestation par la partie requérante.

Les critères d'attribution figurant au cahier spécial des charges sont les suivants :

- le coût d'exploitation comprenant le prix des gaz, le chômage des bouteilles, les frais d'installation et de mise en service, la mise à disposition des équipements de stockage et de vaporisation, la location des installations, le coût de reprise des tanks ainsi que les redevances de maintenance pour 50 % des points;
- la valeur technique et la qualité des fournitures proposées : pour 20 % des points;
- le délai d'approvisionnement garanti : pour 20 % des points;
- les services proposés : pour 10 % des points.

Il ressort du rapport technique que les critères d'attribution n° 2 à n° 4 y ont été examinés et "divisés" en rubriques.

Ainsi, le critère d'attribution "technique et qualité des fournitures proposées" est divisé en cinq rubriques, la première étant "système qualité et certificats", la deuxième, "production", la troisième "vrac", la quatrième "bouteille : monographie + fiche technique" et la cinquième "bouteilles : caractéristiques".

Le critère d'attribution "délai d'approvisionnement garanti" est divisé en deux rubriques "engagement sur le stock d'oxygène vrac" et "procédure d'urgence".

Le quatrième critère d'attribution "services proposés" est divisé en trois rubriques, soit : "système de télésurveillance", "système de traçabilité des bouteilles", "sécurité et formation".

En l'espèce, les différentes rubriques du rapport technique constituent des sous-critères d'attribution : en effet, l'ensemble des offres est systématiquement analysé au regard de ces rubriques et une notation est apportée pour chaque offre au regard de chaque rubrique.

Il s'agit bien de sous-critères d'attribution.

Le recours à des sous-critères d'attribution n'est pas en soi prohibé pour autant que les principes d'égalité de traitement et de transparence soient respectés. A défaut d'annonce dans les documents du marché de sous-critères d'attribution, il n'est pas interdit à une autorité adjudicatrice de spécifier plus en détail un critère préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires et de lui accorder une pondération. Il faut toutefois que ces sous-critères d'attribution correspondent en substance aux critères connus des soumissionnaires et répondent à trois conditions, étant, la non-modification des critères d'attribution préalablement définis, l'absence d'éléments qui, connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation, et que la détermination n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers un des soumissionnaires.

A l'inverse de ce qu'affirme la partie requérante, la simple absence de publicité préalable pour les "rubriques" qu'il y a lieu d'appeler "sous-critères d'attribution" n'est pas en soi révélatrice de la violation des principes d'égalité et de transparence. Il faut rechercher si, en l'espèce, tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance relative étaient connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres. Dans cette recherche, l'exigence de transparence doit être prise en compte, mais interprétée de manière raisonnable. Prima facie, on ne peut exiger d'un pouvoir adjudicateur qu'il établisse

dans le cahier spécial des charges et ses annexes le relevé exhaustif des travaux, fournitures ou services attendus des soumissionnaires.

La partie adverse ne propose, dans sa note d'observations, aucun lien entre les sous-critères d'attribution et les dispositions du cahier spécial des charges permettant de rencontrer les conditions de correspondance, d'absence de modification du critère d'attribution, d'influence sur la préparation et de discrimination.

Au sein du critère d'attribution n° 2, le sous-critère d'attribution "production" et son explication tenant en la précision des lieux de production ne correspond pas aux conditions précitées. Il ne se déduit d'aucune disposition du cahier spécial des charges que la valeur technique et la qualité des fournitures, critère d'attribution annoncé au cahier spécial des charges, puisse être "spécifiée" sous ce sous-critère d'attribution, par ailleurs apparemment discriminatoire puisqu'il valorise une production en Belgique par Air Liquide sans que n'apparaissent de raisons suffisantes à cette fin et que les clauses techniques du cahier spécial des charges imposent seulement une durée du délai d'approvisionnement dans les six heures (cahier spécial des charges – page 18) sans que la production ne soit également visée dans la rubrique "III.3. Description technique des fournitures des fluides en bouteille" (cahier spécial des charges – pages 28 et s.)

Toujours au sein de ce critère d'attribution n° 2, on n'aperçoit pas sur quel élément du cahier spécial des charges reposerait le sous-critère d'attribution "vrac : capacité de l'installation qu'il est nécessaire de prévoir pour subvenir aux installations" alors que l'article 3.a. des clauses administratives du marché vise la fourniture en vrac dans deux réservoirs dont les capacités sont définies et que le sous-critère d'attribution envisage un réservoir autre d'une capacité non définie au cahier spécial des charges.

De plus, la connaissance des éléments "lieux de production", "capacité de l'installation", "stock d'oxygène" et "sécurité et formation", que la partie adverse ne relie en rien à des éléments du cahier spécial des charges, aurait permis aux soumissionnaires de préparer une offre différente de l'offre remise à l'autorité adjudicatrice. Pour ce qui concerne la "traçabilité des bouteilles", la thèse de la partie requérante ne peut être suivie car il s'agissait de l'élément susceptible d'être présenté en variante libre (cahier spécial des charges, page 7).

Dès lors que des sous-critères d'attribution ont été mis en œuvre en violation des dispositions visées au moyen, c'est l'ensemble de la procédure d'analyse des offres qui est viciée et il importe peu d'examiner l'impact de l'utilisation des sous-critères d'attribution sur le classement des offres.

Le premier moyen est sérieux.

V. BALANCE DES INTERETS

La partie adverse rappelle la portée de l'article 65/14 de la loi du 24 décembre 1993 mais n'indique aucun motif particulier pour considérer que les conséquences négatives de la suspension l'emporteraient sur le respect de la légalité.

VI. CONFIDENTIALITE DES SOUMISSIONS

En application de l'article 65/26 de la loi du 24 décembre 1993, les offres des différents soumissionnaires demeurent confidentielles à ce stade de la procédure.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est suspendue l'exécution de la décision du conseil d'administration de la société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA du 26 mars 2013 attribuant le marché public de fourniture d'oxygène, de protoxyde d'azote et autres types de gaz pour les besoins de la clinique Princesse Paola de Marche à la société anonyme AIR LIQUIDE pour un montant de 323.803,56 euros.

Article 2.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 3.

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

Article 4.

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 5.

Les dépens sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le
vingt-sept juin 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.