

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 224.466 du 9 août 2013

G./A.209.527/VI-20.015

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
AON BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Mes Johan VANDEN EYNDE
et Gauthier ERVYN, avocats,
avenue de la Toison d'Or, n° 77,
1060 Bruxelles,

contre :

la Région wallonne, représentée par
son Gouvernement,

ayant élu domicile chez
Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat,
rue de Bèze en Bourgogne, n° 62,
5000 Namur.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 22 juillet 2013, la société privée à responsabilité limitée AON BELGIUM sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de la décision du 8 juillet 2013 "de ne pas retenir son offre pour le marché public de services relatifs à l'assurance de la responsabilité civile en rapport avec l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne (DET/DEA/2013/Assurances-RC-Exploitation-1; CSC n° 02.03.02-13A18) et d'attribuer ce marché à la S.A. MARSH, dont le siège social est établi à 1170 Bruxelles, Boulevard du Souverain, 2 et inscrite à la BCE sous le n° 0403.276.906".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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 Johan VANDEN EYNDE, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Ann Lawrence DURVIAUX, 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. EXPOSE DES FAITS

Le marché litigieux concerne les secteurs spéciaux. Il est passé selon la procédure négociée avec publicité européenne.

Quatre candidats sur cinq ont été sélectionnés et ont remis une offre dans le délai fixé, c'est-à-dire avant le 2 mai 2013. Ces candidats ont confirmé l'intégralité de leur offre pour le 23 mai 2013.

A la suite d'une présentation orale des offres et de la procédure subséquente à celle-ci, la décision attaquée a été prise.

IV. MOYENS

La requête contient un moyen à titre principal, pris de la "nullité de la décision pour absence de base légale", et quatre moyens à titre subsidiaire.

V. MOYEN INVOQUE A TITRE PRINCIPAL

L'entrée en vigueur de la nouvelle réglementation applicable à l'espèce est fixée par l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 2 juin 2013 fixant la date d'entrée en vigueur de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et de ses arrêtés royaux d'exécution, au 1^{er} juillet 2013.

Selon cette disposition, le point de départ à prendre en considération pour déterminer la règle applicable à un marché déterminé est la date de publication au Journal officiel de l'Union européenne.

En l'espèce, l'avis de marché a été envoyé à l'office de publication européen le 16 janvier 2013. Il n'est pas contesté qu'il a été publié ensuite à une date peu éloignée de celle-ci, et antérieure au 1^{er} juillet 2013.

C'est donc bien la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, qui s'applique en l'espèce.

Le moyen n'est pas sérieux.

VI. PREMIER MOYEN INVOQUE A TITRE SUBSIDAIRE

VI. 1. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation :

- " - Des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement;
- Des articles 2 et 3 de la Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- Des articles 26 à 41, en particulier l'article 39, et des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, fournitures et services;
- Des articles 43, 44, 47, 48, 110 et 110 bis de l'arrêté 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 principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence".

En substance, il est exposé comme suit :

- " En ce que, première branche, l'offre de la S.A. MARSH n'a pas été déclarée irrégulière par la partie adverse, malgré qu'elle constate dans la décision attaquée (pièce 1.a, p. 10) que «MARSH n'a pas remis d'offre de base mais a déposé une variante».

Alors que l'absence de dépôt d'une offre de base par la S.A. MARSH devait nécessairement conduire la partie adverse à considérer l'offre de la S.A. MARSH comme étant affectée d'une irrégularité substantielle.

Et en ce que, deuxième branche, l'offre de la S.A. MARSH n'a pas été déclarée irrégulière par la partie adverse, malgré qu'elle constate dans la décision attaquée (pièce 1.a, annexe, p. 1) que MARSH détermine l'étendue de ses couvertures d'assurance en appliquant des conditions générales, qui ne sont semble-t-il pas rédigé en français, «AIRPORTS LIABILITY INSURANCE – AVN 104».

Alors que la soumission de l'offre de la S.A. MARSH à des conditions générales qui impliquent des dérogations et réserves au cahier général des charges devait nécessairement conduire la partie adverse à considérer l'offre de la S.A. MARSH comme étant affectée d'une irrégularité substantielle".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 101, alinéa 1^{er}, 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 dispose comme suit :

" Si le cahier spécial des charges impose ou autorise des variantes, il doit préciser l'objet de celles-ci, leur nature et leur portée. Dans ce cas, le soumissionnaire remet offre pour le projet de base et, le cas échéant, dès lors qu'il s'agit d'une variante imposée, pour cette variante. Le marché est attribué au soumissionnaire qui a remis l'offre régulière la plus basse d'après un classement unique des offres de base et des variantes".

Cette disposition n'est applicable qu'en cas d'adjudication publique ou restreinte.

Ce qui n'est pas le cas en l'espèce.

Le cahier spécial des charges applicable au marché litigieux ne prévoit aucune sanction lorsque un soumissionnaire ne dépose aucune offre de base.

Le moyen n'est dès lors pas sérieux en sa première branche.

Dans une seconde branche, la requérante soutient que l'offre de l'attributaire du marché aurait dû être déclarée irrégulière au motif que celui-ci a déterminé l'étendue de ses couvertures d'assurances dans des conditions générales rédigées en anglais et non en français.

Le cahier spécial des charges prévoit en sa première partie, point 7, pour ce qui concerne l'étendue des couvertures, que :

" Les soumissionnaires déposent un projet de police (en langue française) et précisent les exclusions ou extensions spécifiques applicables et non visées par le présent cahier des charges. Les conditions du projet de police ne pourront en aucun cas constituer des dérogations au présent cahier des charges. Le principe de la clause la plus favorable aux assurés sera automatiquement d'application en cas de divergence ou de contradictions entre les clauses du présent cahier des charges et les conditions de la police".

Il n'est pas contesté que l'offre du bénéficiaire du marché contient un projet de police rédigé en anglais. Mais, dès lors que le cahier spécial des charges ne prévoit aucune sanction lorsqu'un projet de police est déposé dans une autre langue que le français, la partie adverse n'est pas tenue de déclarer une offre irrégulière pour

ce motif. Enfin, c'est l'offre remise qui engage le soumissionnaire et non un document annexe qui n'existe du reste qu'à l'état de projet.

Le moyen n'est dès lors sérieux en aucune de ses deux branches.

VII. DEUXIEME ET TROISIEME MOYENS INVOQUES A TITRE SUBSIDIAIRE

VII. 1. Thèse de la partie requérante

Le deuxième moyen est pris de la violation :

- " - Des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement;
- Des articles 2 et 3 de la Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- Des articles 26 à 41, en particulier l'article 39, et des articles 65/4 et 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, fournitures et services;
- Des articles 43, 44, 47, 48, 110 et 110 bis de l'arrêté 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 principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence".

Il est exposé, en substance, comme suit :

- " En ce que la partie adverse attribue une cote de 23 points sur 25 à MARSH pour le critère d'attribution «les montants assurés» et qu'elle n'attribue à la requérante qu'une cote de 20 points sur 25, sur base de la seule considération que MARSH offrirait une couverture d'assurances « excédent de guerre » supérieure à celle d'AON.
Alors qu'il ressort de la comparaison synthétique de la partie adverse, contenue dans son rapport (pièce 1 c, p.7) que la requérante et MARSH ont proposés 11 couvertures d'assurances différentes et que l'offre d'AON est plus avantageuse sur un nombre supérieur de couvertures à celle de MARSH."

Quant au troisième moyen, les dispositions dont la violation est invoquée sont les suivantes :

- " - Des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement;
- Des articles 2 et 3 de la Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- Des articles 26 à 41, en particulier l'article 39 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, fournitures et services;
- Des articles 43, 44, 47, 48, 110 et 110 bis de l'arrêté 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 15, 67 et 69 de la loi relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- Des principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence".

Il est exposé, en substance, comme suit :

- " En ce que la partie adverse attribue une cote de 22 points sur 25 à MARSH pour le critère d'attribution «les franchises et leur valeur de rachat» et qu'elle n'attribue à la requérante qu'une cote de 21 points sur 25, sur base de la considération que MARSH offrirait une faible franchise en matière de dommages aviation aux aéronefs, la requérante ne proposant quant à elle des niveaux de franchise presque similaires mais en dollars américains et «donc soumis à fluctuation».

Alors qu'il s'avère que la franchise offerte par AON pour le dommage aux aéronefs, certes en dollars américains, est inférieure à celle offerte par MARSH".

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat sur les deuxième et troisième moyens réunis.

Dans ces deux moyens, la partie requérante soutient que la partie adverse a commis une erreur d'appréciation dans la comparaison des offres.

En ce qui concerne le critère des "montants assurés", le rapport d'attribution comporte notamment un tableau de synthèse qui permet de comparer les offres de la partie requérante et de l'attributaire du marché. Faisant usage de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, la partie adverse a choisi d'accorder plus de points à l'attributaire du marché eu égard à ce que la couverture offerte par cette société est meilleure en ce qui concerne les risques de guerre, de détournements et autres périls – qui couvre notamment les faits de terrorisme. L'attributaire du marché propose en effet une couverture de 400 millions d'euros, alors que – sauf option – la couverture proposée par la partie requérante est de 150 millions de dollars américains.

En ce qui concerne le critère du montant des "franchises et [de] leur valeur de rachat", il est vrai que certains postes de l'offre de la société requérante sont exprimés en dollars américains et que, en raison du taux de change appliqué au moment de l'attribution du marché, les montants proposés par cette société sont légèrement plus favorables que ceux offerts par la société Marsh, attributaire du marché litigieux.

Faisant à nouveau usage de son pouvoir discrétionnaire d'appréciation, l'autorité a toutefois valablement pu accorder 22 points à la société Marsh contre 21 à la société requérante, faisant le choix de privilégier la sécurité budgétaire.

Le taux de change entre le dollar et l'euro n'est en effet aucunement garanti. Son évolution pourrait s'avérer défavorable à l'autorité, dans les années qui suivent, en cours d'exécution du contrat.

Il s'ensuit que la partie adverse n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation.

Les moyens ne sont pas sérieux.

VIII. QUATRIEME MOYEN INVOQUE A TITRE SUBSIDIAIRE

VIII. 1. Thèse de la partie requérante

Le quatrième moyen est pris de la violation :

- " - Des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que du principe général d'égalité de traitement;
- Des articles 2 et 3 de la Loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs;
- Des articles 26 à 41, en particulier l'article 39, et des articles 65/4, 65/5 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, fournitures et services;
- Des articles 43, 44, 47, 48, 110 et 110 bis de l'arrêté 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 principes généraux de bonne administration que sont les principes de confiance, de précaution, de proportionnalité, de sécurité juridique et de transparence".

Il est exposé, en substance, comme suit :

- " En ce que la partie adverse a pondéré les 4 critères à concurrence de 25 points sur 100.
Alors que, faute de pondération des critères dans le cahier spécial des charges, de sorte que les soumissionnaires étaient en droit de considérer, conformément à l'article 110 bis de l'AR du 10 janvier 1996, que les critères étaient avancés par ordre de grandeur.
Que le critère «prime annuelle» était donc le critère devant recueillir le plus de points, suivi par les critères sur l'étendue des couvertures, les franchises et les montants assurés".

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat.

La partie requérante reproche en substance à la partie adverse d'avoir mal apprécié son offre en phase d'attribution du marché.

Cette argumentation repose sur la considération que le pouvoir adjudicateur a pondéré les critères d'attribution – en attribuant notamment 25 points

sur 100 pour le critère des "montants assurés", qui est le quatrième des quatre critères utilisés -, alors que cette pondération n'était pas annoncée dans le cahier spécial des charges. D'après la partie requérante, dès lors que le critère des "montants assurés" était le quatrième mentionné, il devait valoir proportionnellement moins que les critères précédents, dont le critère relatif au montant de la prime annuelle, premier des quatre.

La partie adverse admet que dans sa version initiale, le cahier spécial des charges ne contenait aucune pondération, aucune motivation des raisons pour lesquelles une telle pondération aurait été possible et aucun ordre décroissant d'importance des critères d'attribution.

Elle fait toutefois état de ce qu'elle a décidé de rectifier cet oubli par l'envoi d'un courrier recommandé, le 14 mai 2013, à tous les soumissionnaires, annonçant à ces derniers que leur offre était annulée. Le même courrier fixe une pondération aux critères d'attribution et invite les soumissionnaires à introduire une nouvelle offre ou à confirmer leur première offre.

Le critère des "montants assurés" est pondéré pour 25 points sur 100, à l'égal des trois premiers critères.

A la suite de ce courrier, tant l'attributaire du marché que la partie requérante ont fait état de ce que leur offre initiale était intégralement maintenue.

Dans ces conditions, la partie requérante ne peut raisonnablement reprocher à la partie adverse d'avoir utilisé une pondération.

Le moyen n'est pas sérieux.

IX. CONFIDENTIALITE

Il y a lieu de faire droit, à ce stade de la procédure, à la demande de la partie adverse de maintenir la confidentialité des offres déposées.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres déposées par la partie adverse demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

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 4.

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 des vacations, le neuf août deux mille treize par :

M^{mes} Odile DAURMONT,
Caroline HUGÉ,

Président de chambre,
Greffier,

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Odile DAURMONT.