

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 226.834 du 20 mars 2014

G./A.198.757/VI-18.958

En cause : **la société coopérative à responsabilité limitée
SUSTAINABLE ENERGY-SERVICES**, en abrégé S.E.S.,

ayant élu domicile chez
Me Elke VOLCKAERT, avocat,
Koning Albertlaan, n° 128,
9000 Gand,

contre :

l'Institut bruxellois pour la gestion de l'environnement,
en abrégé I.B.G.E.,

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

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 7 janvier 2011, la société coopérative à responsabilité limitée SUSTAINABLE ENERGY SERVICES, en abrégé S.E.S. demande l'annulation de "la décision du 5 novembre 2010 dans laquelle l'offre dans le cadre du marché concernant un expert primes pour les secteurs professionnels (logement individuel & collectif, tertiaire, industriel) et assistance technique & scientifique dans l'examen des dossiers de demandes de primes - lot 1-2 et portant la référence E10-192 n'a pas été retenue".

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^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Nathalie VAN LAER, a rédigé un rapport.

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

Une ordonnance du 20 décembre 2013, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 29 janvier 2014.

M. le Conseiller d'Etat, David DE ROY, a exposé son rapport.

Me Guerric GOUBAU, loco Me Elke VOLCKAERT, avocat, comparaissant pour la partie requérante et Me Patrick THIEL, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur, Nathalie VAN LAER, a été entendue en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

Le 28 juillet 2010 est publié, au Bulletin des adjudications et au Journal Officiel de l'Union Européenne, un avis de marché concernant un appel d'offres général pour un marché "Expert primes pour les secteurs professionnels et assistance technique & scientifique dans l'examen des dossiers de demande de primes" dont l'I.B.G.E. est le pouvoir adjudicateur. Ce marché comporte deux lots :

- Lot 1 : primes secteurs professionnels et CEB-2
- Lot 2 : primes constructions passives et basse énergie.

Le cahier spécial des charges décrit l'objet de ce marché de services de la manière suivante :

- " fournir à l'administration une assistance technique et scientifique dans l'examen:
- des dossiers de demandes de primes dont le demandeur appartient au secteur professionnel et pour lesquelles le montant de l'investissement est supérieur à 30.000 euros.

- des dossiers de demandes de primes pour des constructions passives ou des rénovation basse énergie ou très basse énergie (prime B10) et ce quelque soit la nature du demandeur.
- des dossiers de demande de déductions fiscales pour investissement économiseur d'énergie en faveur des entreprises (CEB-2)".

Les critères d'attribution du marché sont définis de la manière suivante :

- | | |
|---------------------------------------|-----|
| 1. La qualité des services proposés : | 35% |
| 2. Planning du projet : | 30% |
| 3. Qualité globale de l'offre : | 20% |
| 4. Le prix : | 15% |

La requérante et l'association sans but lucratif I.C.E.D.D. ont remis une offre pour le lot n° 1.

La requérante et l'association momentanée P.M.P.-P.H.P. ont remis une offre pour le lot n° 2.

Par un courrier daté du 5 novembre 2010, la partie adverse a notifié à la requérante la décision selon laquelle ses offres n'avaient pas été retenues. Il s'agit de l'acte attaqué. Un rapport d'analyse des offres était joint à ce courrier.

Le 10 novembre 2010, Fabienne DEMARTEAU, mentionnée comme personne de contact dans le courrier de notification du 5 novembre 2010, a indiqué à la requérante, dans un courrier électronique, que

" suite à notre entretien de ce matin je vous informe que le courrier annulant et remplaçant notre précédente notification est à la signature ce dernier comprenant la version définitive du rapport et non la version draft qui vous a été malheureusement transmise il devrait normalement partir mardi étant donné les congés, les délais officiels seront de ce fait fonction de la date de cet envoi et non du précédent je vous confirme que seul le tableau a été remplacé par celui qui vous a été présenté et remis lors de notre réunion de ce matin".

Le 18 novembre 2010, un autre agent de la partie adverse a adressé à la requérante le courrier électronique suivant :

" comme nous vous l'avons présenté en réunion ce matin, hier notre juriste nous a informé que nous ne pouvions pas vous transmettre un nouveau courrier avec la version finale de notre tableau d'analyse étant donné que, pour ce faire, le tableau en question devrait d'abord repasser par l'I.F. et la ministre. Le courrier qui vous a été envoyé le 5 novembre reste donc celui faisant courir les délais légaux pour introduire un recours éventuel".

IV. RECEVABILITE QUANT A L'OBJET

Aux termes de la décision d'agir, le conseil d'administration de la requérante déclare souscrire à l'analyse des offres pour le lot 2 du marché litigieux. Il s'en déduit que cette décision ne tend à contester que le lot 1.

Dès lors que la décision d'agir se donne pour seul objet l'introduction d'un recours dirigé contre la décision d'attribution du lot 1, ce recours n'est recevable que dans cette mesure.

V. RECEVABILITE "RATIONE TEMPORIS"

V. 1. Thèses des parties

Dans sa requête, la requérante expose avoir été informée de la décision contestée par un courrier recommandé du 5 novembre 2010, reçu le lundi 8 novembre 2010. Elle souligne que bien qu'il soit apparu lors de contacts téléphoniques ultérieurs que la décision contestée n'est pas la décision finale, mais un projet de décision, la partie adverse a toujours refusé d'envoyer une décision finale et a, au contraire, signalé par la suite que la décision contestée était la décision finale et qu'aucune autre décision ne serait envoyée. Elle indique qu'elle n'a jamais été informée d'une autre décision par le pouvoir adjudicateur et que sa requête est donc recevable ratione temporis.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse explique que la notification (avec la décision d'attribution annexée) a été envoyée le vendredi 5 novembre 2010, que les voies de recours y sont reprises et qu'il est clairement indiqué que le délai pour agir en annulation est de 60 jours à compter du lendemain de l'envoi de la notification. Après un rappel des articles 65/23, 65/25 et 65/35 de la loi du 24 décembre 1993, de l'article 19 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, de l'article 4 du règlement de procédure et de l'article 3 du règlement n° 1182/71 du Conseil européen du 3 juin, elle indique que le délai d'introduction du recours en annulation étant exprimé en jours à compter de la notification, il commence à courir le lendemain de celle-ci et comporte les jours fériés, les dimanches et les samedis. Elle en déduit que la notification ayant été faite le vendredi 5 novembre 2010, le premier jour du délai était le samedi 6 et que le dernier jour du délai était dès lors le mercredi 5 janvier 2011 de telle sorte que la requête, introduite le 7 janvier, est irrecevable ratione temporis.

Dans son mémoire en réplique, la requérante soutient à nouveau que sa requête est bien recevable, car elle n'a reçu la notification que le lundi 8 novembre 2010 de telle sorte que la première journée des 60 jours ne commençait que le mardi 9 novembre 2010.

Dans son dernier mémoire, la partie adverse rappelle l'argumentation développée dans son mémoire en réponse. Elle ajoute qu'à son estime, la méconnaissance de la formalité de double notification imposée par l'article 65/8 de la loi du 24 décembre 1993 a une incidence sur la prise de cours du délai de "standstill", mais non sur celle du délai d'introduction d'un recours en annulation. Si tel devait être le cas, la partie adverse soutient que surgirait alors une discrimination entre les pouvoirs adjudicateurs et les autorités administratives qui notifient des décisions étrangères au régime spécifique des recours introduits dans le contentieux des marchés publics.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il n'est pas contesté que l'acte attaqué a été notifié à la requérante par un envoi recommandé du 5 novembre 2010.

Le recours qui a été introduit le 7 janvier 2011 devrait apparaître tardif et, pour cette raison, être déclaré irrecevable.

Il n'est pas davantage contesté qu'à l'occasion d'échanges survenus entre la requérante et Fabienne DEMARTEAU, désignée comme "personne de contact" de la partie adverse dans le courrier de notification du 5 novembre 2010, un courriel a été adressé à ladite requérante, dont le contenu était libellé comme suit:

" suite à notre entretien de ce matin je vous informe que le courrier annulant et remplaçant notre précédente notification est à la signature
Ce dernier comprenant la version définitive du rapport et non la version draft qui vous a été malheureusement transmise
Il devrait normalement partir mardi étant donné les congés, les délais officiels seront de ce fait fonction de la date de cet envoi et non du précédent
Je vous confirme que seul le tableau a été remplacé par celui qui vous a été présenté et remis lors de notre réunion de ce matin".

Force est de constater que, durant le délai de recours, la partie adverse a laissé entendre son intention d'adopter une nouvelle décision d'attribution du marché litigieux, fondée sur un rapport d'analyse autre que celui qui avait été notifié à la requérante le 5 novembre 2010. Elle a, par ailleurs, expressément relevé que le délai de recours serait conditionné par la nouvelle notification ainsi annoncée. Au surplus,

il ressort de ce courriel, lu en combinaison avec celui du 18 novembre 2010, que la partie adverse n'entendait pas se borner à adresser un nouveau courrier de notification, mais qu'elle avait bien l'intention de prendre une nouvelle décision d'attribution du marché litigieux, sans quoi il ne semblait pas requis de "repasser par l'I.F. et la ministre".

Dans ces circonstances particulières, il s'impose d'admettre que le délai d'introduction d'un recours au Conseil d'Etat a, à tout le moins, été suspendu entre le 10 et le 18 novembre 2010, de sorte que le recours introduit le 7 janvier 2011 n'est pas tardif.

L'exception d'irrecevabilité déduite de la prétendue tardiveté du recours ne peut, en conséquence, être accueillie.

VI. PREMIER MOYEN

VI. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation des articles 32 de la Constitution, ainsi que des articles 8, 10 et 11 de l'ordonnance du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration. Elle y expose avoir demandé copie de la décision "finale" d'attribution du marché litigieux, oralement le 9 novembre 2010 ainsi que le 25 novembre 2010 par un mail et un courrier recommandé de son conseil, mais que, s'il lui a d'abord été confirmé expressément par mail qu'une décision serait envoyée, étant donné que la version signifiée était un "draft" et ne constituait donc pas signification, cela a été rétracté ultérieurement. Elle constate que la partie adverse a refusé de transmettre la version définitive. Elle soutient qu'étant donné la confirmation inconditionnelle par mail du 10 novembre 2010 qu'une "nouvelle" décision serait envoyée, et étant donné le refus, également non motivé, le 18 novembre 2010 de le faire, l'administration a refusé de facto de lui donner accès au dossier, du moins à la décision finale, voire même de l'en informer par le biais d'une signification ou d'un envoi recommandé. Elle considère également que la décision contestée est, en tout cas, frappée d'irrégularité, étant donné qu'elle a été empêchée de prendre connaissance de la version définitive de l'adjudication.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse estime qu'en ce qu'il vise les dispositions de l'ordonnance relative à la publicité de l'administration, le moyen est irrecevable, car la loi du 24 décembre 1993 prévoit des obligations plus spécifiques quant à la publicité des décisions en matière de marchés publics, notamment en son article 65/8 qui précise explicitement quelles informations doivent être

communiquées, à qui et à quel moment. Elle en déduit qu'il n'y a dès lors pas lieu de se référer à une ordonnance comportant des dispositions générales qui ne portent pas préjudice à l'application de la loi du 24 décembre 1993, plus spécifique et contraignante. Elle observe ensuite que le tableau de comparaison des deux offres remises pour le lot 1 annexé au courrier du 5 novembre 2010 indique la cotation attribuée aux offres pour chaque critère, et les motifs de cette cotation. Elle expose que, dans son courriel du 10 novembre 2010, Fabienne DEMARTEAU confirmait que seul ce tableau devait être remplacé par le tableau définitif qui avait été remis en mains propres le matin même à la requérante. Elle explique que la version définitive du tableau comporte quelques développements supplémentaires dans la motivation de certaines cotes qui restaient toutefois inchangées et fondées sur les mêmes motifs, mais que la version "brouillon" permettait à S.E.S. de comprendre les motifs de la non-retention de son offre. Elle estime avoir notifié à la requérante une décision valablement prise par les autorités compétentes, décision qui n'a pas fait l'objet d'un retrait. Elle souligne que si Fabienne DEMARTEAU a cru devoir annoncer, de manière informelle, la prise d'une nouvelle décision annulant la première pour la seule raison que le tableau "brouillon" avait été joint à cette dernière, elle confirma néanmoins dans le même temps que ni la décision ni ses motifs ne seraient modifiés. Elle constate également qu'en réunion du 18 novembre 2010, elle a indiqué à la requérante qu'aucune nouvelle décision ne serait prise et qu'un courriel de Madame Joke DOCKX daté du même jour confirme cette information. Elle considère qu'il est donc inexact de prétendre, comme le fait la requérante, qu'elle lui aurait refusé l'accès à des documents administratifs puisqu'elle dispose, depuis la décision notifiée le 5 novembre 2010, des éléments d'information lui permettant de comprendre pourquoi son offre n'a pas été retenue.

Dans son mémoire en réplique, la requérante constate que la partie adverse reconnaît que la notification n'a jamais été réalisée de façon correcte, qu'elle prétend que le "tableau définitif" a été mis entre ses mains et qu'elle avoue donc que la décision visée n'a jamais été donnée "proprement" à la requérante.

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen critique le refus opposé à la requérante de lui transmettre la décision finale d'attribution du marché litigieux, laquelle se serait substituée à la version dite "draft" qui lui a été notifiée le 5 novembre 2010, cette notification faisant courir, selon la partie adverse, le délai d'introduction d'un recours au Conseil d'Etat.

A supposer qu'une telle décision finale ait été adoptée, le refus de la transmettre constitue une décision distincte et postérieure à l'acte attaqué, de sorte que

la légalité de celui-ci ne pourrait être affectée par un vice qui, le cas échéant, entacherait ce refus au regard des dispositions dont le moyen invoque la violation.

Il s'ensuit que, à défaut d'intérêt, le moyen doit être déclaré irrecevable.

VII. TROISIEME MOYEN

VII. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un troisième moyen, pris de la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, des principes généraux de bonne administration, du principe du raisonnable et du principe de motivation. Elle expose qu'elle se trouve dans l'incapacité de connaître des motifs de la décision contestée, étant donné qu'on ne lui a remis qu'un "draft", mais pas la décision finale, qui lui a été refusée malgré son insistance. Elle soutient, dès lors, qu'étant donné que les critères et les points repris dans la décision à l'annexe 1 ne sont manifestement pas les bons, l'obligation de motivation formelle n'a certainement pas été remplie. Elle indique ensuite les raisons pour lesquelles, selon elle, les motifs des divers critères ne sont pas motivés de façon pertinente, concluante ou correcte. En ce qui concerne le premier critère (qualité des services proposés: adéquation et disponibilité des personnes assurant le suivi des demandes ainsi que les mesures proposées par le soumissionnaire pour assurer à chaque dossier un traitement aussi complet et en profondeur qu'il convient), elle explique avoir démontré dans son offre qu'elle exécute des projets similaires pour la Région flamande et qu'il ne peut donc y avoir de doute quant à sa compétence. Elle souligne qu'elle avait indiqué qu'une équipe de quatre personnes (à temps plein) réaliseront l'adjudication, capables de traiter la demande dans son ensemble, de la réception à l'évaluation, avec une capacité et une qualité suffisante, dans les délais prévus et que si ceci n'est pas nié dans la décision, seuls 2 points sur 4 lui sont accordés en raison apparemment de sa "petite structure" sans que cela ne soit mentionné explicitement. Elle observe qu'en raison de la disponibilité d'une batterie de collaborateurs et intéressés potentiels, la partie adverse accorde le maximum de 4 points à l'I.C.E.D.D. sans le moindre examen et sans la moindre question au sujet de la qualité ou la disponibilité de ces personnes et ce alors que le nombre de travailleurs potentiellement impliqués ne démontre ni la disponibilité, ni l'intervention adéquate. Elle note que l'I.C.E.D.D. n'indique ainsi aucunement sa façon de procéder avec les dossiers ni que le nombre de dossiers à traiter serait traité de façon plus efficace que s'il s'agissait d'une équipe restreinte mais (quasiment) à temps plein. Elle considère que la quantité n'est pas un critère pour la disponibilité si on ne prouve pas en même temps le pourcentage de temps consacré par chacun à l'exécution de la mission, et ce

d'autant plus que le grand nombre de personnes impliquées dans la mission entraîne incontestablement des pertes de temps, ce qui ne favorise pas la rentabilité. Elle en déduit que le critère appliqué en chiffres absolus, sans examiner la disponibilité effective de chaque personne, n'est pas un critère pertinent et ne justifie pas la différence de points (différence de 50%) quand les deux obtiennent une cote suffisante. Concernant encore le premier critère, la requérante renvoie au deuxième moyen relatif à l'utilisation de la base de données. En ce qui concerne le deuxième critère (planning du projet), la requérante relève que, sur un maximum de 5 points pour deux éléments, elle n'obtient que 2x3 points, alors que l'I.C.E.D.D. obtient deux fois le maximum de 5 points. Elle observe qu'en ce qui concerne les anciens dossiers, l'I.C.E.D.D. indique qu'il aura éliminé le retard en avril 2011 alors qu'il commencerait en novembre 2011 [lire : 2010] et qu'il s'agit donc d'une durée de six mois. Elle explique qu'elle utilise, pour sa part, un autre système, garantissant une prise en charge de tous les dossiers en souffrance dans les quatre semaines, et un traitement endéans les délais normaux (lire : deux mois pour les intéressés pour activer les dossiers et un mois pour les traiter). Elle en déduit que, dans son offre, tous les dossiers sont bouclés en quatre mois de temps, ce qui est deux mois de moins que l'I.C.E.D.D. Elle constate pourtant que l'I.C.E.D.D. se voit récompensé de 2 points supplémentaires sans explication claire, pertinente et raisonnable. En ce qui concerne le troisième critère (qualité globale de l'offre), la requérante remarque que la différence entre les offres, pour accorder 8 ou 9 points, se situe au niveau de l'ajout de pages de garde en couleur à l'offre et qu'on ne comprend pas comment cela peut avoir un impact sur le contenu ou la présentation. Enfin, en ce qui concerne le quatrième critère (le prix offre de base), la requérante constate que le prix de revient diffère énormément entre les deux offres. Elle explique que la façon dont le prix et la pondération peuvent représenter un critère objectif pour 15% n'est pas claire pour elle alors que le prix n'est pas réglé sur la base de critères objectifs. Elle énonce qu'alors "que le prix le plus élevé compte pour 10 points, le prix proportionnel en points sur 10 est réduit pour le plus cher, à savoir concrètement : $5,71/10 = 389.764,23/682.682,00$ ". Elle estime que la raison pour laquelle cela compte pour 15% et la raison pour laquelle ce critère est déterminant ou pertinent ne sont pas expliquées ou motivées et considère que ce chiffre peut d'ailleurs être manipulé, car si une troisième partie devait soumettre une offre avec un prix extrêmement élevé ou bas, sans que l'offre ne soit réaliste pour le reste, cela fausserait la pondération. En tout cas et même sans troisième soumissionnaire, elle soutient que la pondération ne se base sur aucun critère objectif et est, dès lors, bel et bien un motif décisif, mais non pertinent.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse soutient que le moyen est irrecevable pour les mêmes raisons que celles invoquées dans le deuxième moyen. Elle explique ensuite que la requérante a bien eu connaissance de la décision et de ses motifs, que la version définitive du tableau d'analyse des offres lui a été remise en mains propres et qu'elle a donc pu constater que ni le classement des offres, ni les motifs de ce classement n'avaient été modifiés par la prise d'une nouvelle décision, celle-ci étant dès lors dépourvue de toute utilité. Elle en déduit que le moyen, tel que développé à titre principal, manque en fait. A titre subsidiaire, la partie adverse analyse les critiques formulées par la requérante. En ce qui concerne le premier critère (qualité des services proposés), elle explique que le cahier spécial des charges décrit la méthode d'analyse des offres au regard de ce critère et qu'une grille d'évaluation des offres a été établie préalablement à l'analyse, prévoyant trois sous-critères pondérés respectivement sur 4, 4 et 2 points. Elle constate que cette grille d'analyse des offres n'est pas contestée par la requérante qui invoque uniquement une mauvaise évaluation de son offre pour les deux premiers sous-critères (équipe et méthodologie). Elle souligne, sur ce point, d'une part, que la motivation de la décision ne met pas en cause la compétence des personnes mises à disposition par la requérante et, d'autre part, que les références de la société concernent la sélection qualitative et non l'attribution du marché. Elle note ensuite que la motivation contenue dans le tableau d'analyse des offres indique clairement quant à l'équipe de la requérante, composée de quatre personnes, que "seules ces personnes réaliseront la mission" tandis que, pour l'équipe de l'I.C.E.D.D., la motivation relève qu'elle est composée de plus de trente personnes, qu'elle est "pluridisciplinaire" et que "l'intégration dans une grande structure permet le recours à d'autres spécialistes ce qui garantit la neutralité de la décision". Elle estime qu'une telle motivation permet parfaitement de comprendre pourquoi une offre est jugée meilleure qu'une autre et qu'il est raisonnable de considérer qu'une équipe pluridisciplinaire de plus de trente personnes est plus adéquate et disponible qu'une équipe de quatre personnes. Elle relève d'ailleurs que si elle s'était contentée de "chiffrer" le nombre de personnes composant l'équipe, elle aurait très bien pu attribuer les points de manière proportionnelle à ce nombre, ce qui aurait entraîné une différence nettement plus importante dans la cotation. Pour l'appréciation et la motivation du second sous-critère, la partie adverse renvoie à ce qui a été dit dans le cadre de l'examen du deuxième moyen et qu'elle résume comme suit : la différence de points est indépendante de la mention selon laquelle l'I.C.E.D.D. prévoyait l'utilisation d'une base de données. En ce qui concerne le deuxième critère, la partie adverse constate que la requérante ne critique que la motivation du deuxième sous-critère relatif à la résorption du retard dans l'analyse des dossiers de primes, à savoir le délai dans lequel les dossiers en attente pourront être traités. Elle relève, toutefois, après avoir cité des passages de l'offre de la requérante, que, comme il est

constaté dans la motivation de la décision, celle-ci n'indique pas de délai spécifique pour la résorption du retard. Elle estime que ce n'est qu'au terme du raisonnement développé dans sa requête qu'on apprend que le délai de traitement des dossiers en attente serait de quatre mois. Elle avance, toutefois, que fut-elle fondée, cette critique aurait un impact de 0,30 point sur la cote totale alors que les cotes totales attribuées aux offres sont respectivement de 7,00 pour S.E.S. et 8,46 pour l'I.C.E.D.D.

En ce qui concerne le troisième critère (qualité globale de l'offre), elle relève que la motivation de la différence de points indique que les deux offres sont claires et structurées, raison pour laquelle elles obtiennent chacune des scores élevés (S.E.S. : 8/10, I.C.E.D.D. : 9/10), mais que l'offre de l'I.C.E.D.D. est néanmoins jugée légèrement supérieure puisque la mention y relative montre bien qu'elle n'est pas seulement "claire et structurée" (ce qui est indiqué pour l'offre de S.E.S.) mais : "claire et structurée au moyen d'intercalaires. Un fascicule avec la méthodologie + un fascicule avec les annexes". Elle estime, dès lors, que la motivation permet de comprendre pourquoi l'offre de l'I.C.E.D.D. a été jugée très légèrement supérieure. Elle note également que l'incidence sur les cotes totales est de 0,2 point alors que l'écart entre les offres est de 1,46 point. Enfin, en ce qui concerne le quatrième critère, la partie adverse observe que la requérante, si elle soutient que la pondération de 15% prévue pour le prix ne serait pas motivée ou expliquée, n'indique pas sur quelle base juridique la partie adverse serait tenue de motiver ou d'expliquer cette pondération. Elle relève que la pondération des critères d'attribution en appel d'offres relève du pouvoir d'appréciation du pouvoir adjudicateur et que si la requérante prétend encore que la cotation des prix ne serait pas pertinente, cette argumentation ne laisse pas d'étonner puisque les cotes sont strictement proportionnelles aux prix.

Dans son mémoire en réplique, la requérante ne fait pas état d'éléments nouveaux.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La seule circonstance que n'aurait été communiquée à la requérante qu'un projet de rapport d'analyse des offres, et non la version définitive de celui-ci, ne permet pas de conclure que la décision notifiée le 5 novembre 2010 ne satisfait pas à l'exigence de motivation formelle.

Une méconnaissance de cette obligation ne pourrait, en l'espèce, être déduite ni de ce que la requérante serait dans l'incapacité de connaître les motifs de la décision contestée, ni de ce que "les critères et les points repris dans la décision à

l'annexe 1 ne [seraient] manifestement pas les bons". En effet, d'une part, la requérante qui a reçu la version définitive du tableau d'analyse des offres le 10 novembre 2010 ne peut prétendre ignorer les motifs de la décision contestée. D'autre part, elle ne tente même pas de démontrer, sur la base d'une comparaison entre cette version définitive et le projet initialement communiqué que les informations contenues dans celui-ci seraient manifestement inexactes.

Pour le surplus, les développements subséquents du moyen doivent s'analyser comme contestant, en substance, la motivation matérielle de la décision attaquée, plus particulièrement l'analyse des offres, par la partie adverse, au regard des différents critères d'attribution du marché.

Il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer son appréciation à celle de la partie adverse, mais de contrôler si celle-ci n'a pas commis une erreur manifeste d'appréciation. Or, à aucun moment, la requérante n'a tenté de démontrer qu'une telle erreur aurait été commise.

Le moyen ne peut, en conséquence, être accueilli.

VIII. DEUXIEME MOYEN

VIII. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un deuxième moyen, pris de la violation de l'article 10 de la Constitution, du principe d'égalité et des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs. Elle constate que le rapport d'analyse mentionne une attribution de points (supplémentaires) pour l'usage/la connaissance d'une base de données, qui avait déjà été adjugée à l'I.C.E.D.D. en 2008. Elle explique que le cahier de charges mentionne cette base de données et qu'étant donné qu'elle n'était pas jointe ou mise à sa disposition, son administrateur délégué a demandé, par mail le 18 août 2010, de pouvoir consulter cette base dans les locaux de la partie adverse. Elle observe qu'il lui a, toutefois, été répondu par mail du 24 août 2010 qu'il n'était pas possible de la consulter car elle comporte des informations confidentielles, mais qu'il s'agit de données de type M.Y.S.Q.L. avec interface Access reprenant toutes les données demandées dans les formulaires. Elle en déduit que le cahier des charges, tel qu'il est rédigé, contient dès lors un avantage incontestable et impossible à rattraper pour la partie I.C.E.D.D., qui avait déjà remporté le marché en 2008 et était l'auteur de la base de données, sur la base de laquelle des points supplémentaires sont accordés dans la présente procédure d'adjudication. Elle note qu'au premier critère (Qualité des services proposés), un

point supplémentaire est accordé à l'I.C.E.D.D. sur la base de l'argumentation suivante : "Utilisation d'une base de données dédiée à la gestion des primes et standardisation du traitement des dossiers décrite de façon détaillée afin de permettre le recours à des sous-traitant tant pour récupérer le retard de 2009-2010 qu'en cas de soudaine charge de (...)" alors qu'elle n'a pu mentionner dans son offre cette base de données, étant donné qu'elle ne l'a pas conçue, n'y a pas eu accès, et n'avait donc aucunement la possibilité d'élaborer dans son offre la façon dont elle l'utiliserait, et ce suite au refus de pouvoir en prendre connaissance. Elle estime qu'elle n'a pas été traitée de façon égale dans l'adjudication. Elle expose ensuite que le motif de l'usage de la base de données ne peut pas être utilisé comme critère pertinent pour accorder plus de points puisque les deux parties ne disposaient pas des mêmes informations. Elle avance qu'on ne peut pas prétendre que l'absence de cette information constitue un point de comparaison pertinent, d'autant plus que l'accès à la base de données a été demandé expressément et refusé par le pouvoir adjudicateur.

Elle considère enfin que quand le pouvoir adjudicateur mentionne une base de données comme point de référence dans son cahier des charges, mais ne la met pas à la disposition, il ne peut pas être considéré comme une administration diligente, du moins il est impossible de qualifier sa décision de diligente, étant donné que le pouvoir adjudicateur ne pouvait pas disposer de toutes les informations puisqu'une des parties était dans l'impossibilité de l'anticiper.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse estime, d'une part, que le moyen n'est pas clair en ce qu'il invoque la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs dès lors que la requérante n'indique pas en quoi ces dispositions auraient été violées et, d'autre part, que le moyen est également irrecevable en ce que les dispositions visées de la loi du 29 juillet 1991 ne sont pas applicables dès lors que la loi du 24 décembre 1993 établit un régime spécifique en son livre IIbis intitulé "Motivation, information et voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services", régime plus contraignant que celui, général, contenu dans les dispositions visées de la loi du 29 juillet 1991. A titre subsidiaire, la partie adverse explique que le premier critère d'attribution du marché (Qualités des services proposés – pondération 35%) est lui-même divisé en trois sous-critères, dont le sous-critère : "approche retenue pour l'analyse des dossiers, méthodologie proposée" pour lequel la pondération est de 4/10 et que chaque critère a fait l'objet d'une évaluation sur 10 points, la cote sur 10 étant ensuite ramenée à sa valeur tenant compte de la pondération, en l'occurrence 0,35. Elle expose que l'offre de la requérante a obtenu, pour ce sous-critère, 2 points sur 4 tandis que celle de I.C.E.D.D. en a obtenu

3, différence que la requérante attribue à un défaut d'information à l'égard d'une base de données que l'autre soumissionnaire, I.C.E.D.D., avait réalisée dans le cadre de l'exécution d'un marché précédent. Elle constate, toutefois, que le cahier spécial des charges, en page 24, définit, comme tâche connexe, la tenue d'une base de données puisque l'adjudicataire devra traiter les demandes de primes et intégrer les informations relatives à ces demandes dans une base de données. Elle en déduit que le cahier des charges n'impose nullement la reprise de la base de données existante puisqu'il s'agit seulement d'en tenir une, quelconque pour autant qu'elle contienne les informations visées et soit d'un format compatible Excel ou Access de telle sorte que la requérante avait, à la lecture du cahier des charges, connaissance du type et du contenu de la base de données qu'elle devrait tenir. La partie adverse constate que l'offre de la requérante contient un passage consacré à la "Tenue, mise à jour et amélioration éventuelle d'une base de données". Elle considère que l'interrogation de la requérante sur la base de données établie précédemment n'était pas pertinente au vu de l'objet du marché, et ce d'autant plus que le prix des tâches connexes (dont la tenue d'une base de données) ne devait pas être détaillé, mais compris dans le prix des tâches principales. La partie adverse remarque, au demeurant, que la requérante n'a manifestement pas été désavantagée par cet élément quant à la remise de son prix, celui-ci étant nettement inférieur au prix remis par I.C.E.D.D. et qu'en réponse à sa demande de pouvoir consulter la base de données existante, elle lui a indiqué qu'une telle consultation n'était pas possible, la base de données comportant des informations confidentielles, mais qu'il s'agissait d'une base de données de type MySQL avec interface Access reprenant toutes les données demandées dans les formulaires. La partie adverse rappelle que le Tribunal de première instance de l'Union européenne a jugé que, pour qu'un défaut d'information soit constitutif d'une irrégularité procédurale, il fallait que les informations omises soient pertinentes pour la rédaction de l'offre et souligne qu'en l'espèce, des informations sur la base de données existante n'étaient pas pertinentes puisque la requérante était à même de remettre une offre en pleine connaissance de cause. Elle constate ensuite qu'il n'y a eu aucun avantage lié à la base de données dans l'appréciation des offres dès lors que la motivation de la différence de points entre les deux offres comporte trois paragraphes, qu'aux termes du second, la méthodologie de I.C.E.D.D. est jugée meilleure que celle de la requérante, et ce indépendamment de la base de données et que ce n'est qu'au troisième paragraphe que l'utilisation par I.C.E.D.D. de la base de données est mentionnée. Elle n'aperçoit, toutefois, pas où le rapport en question indiquerait que la connaissance de la base de données existante aurait constitué un quelconque avantage dans l'appréciation de l'offre de I.C.E.D.D.. Elle observe que rien n'indique que c'est sur cet aspect du sous-critère que l'offre de la requérante a été jugée moins intéressante, et non sur le précédent, alors qu'au contraire ce dernier exprime clairement une différence de valeur quant à la méthodologie. Elle estime donc qu'il

n'est ni établi ni vraisemblable que la mention "utilisation de la base de données" corresponde à un quelconque avantage dans la cotation. La partie adverse observe enfin que, quand bien même la différence de points ne serait pas justifiée, quod non, celle-ci est de 1 point sur les quatre points disponibles pour ce sous-critère, et donc également de 1 point sur les 10 points du critère "Qualités des services", que la cote sur 10 obtenue pour ce critère a ensuite été ramenée sur 3,5 et que, par conséquent, la valeur de la différence prétendument liée à la base de données serait, dans la cote globale, de 0,35. Elle constate que l'offre de la requérante a obtenu une cote globale de 7/10, celle de I.C.E.D.D. a obtenu 8,46/10 de telle sorte que, même en ajoutant 0,35 à la cote de la requérante, celle-ci serait toujours inférieure à celle de I.C.E.D.D. (7,35 contre 8,46) et que ce serait toujours le cas si, sans pour autant que cela ne soit aucunement justifié, l'on retirait de surcroît 0,35 à la cote de I.C.E.D.D. (7,35 contre 8,11). Elle en conclut que la requérante n'a pas intérêt au moyen qui, même s'il était recevable et fondé, "quod non", il ne permettrait pas de considérer son offre comme l'offre régulière la plus intéressante au regard des critères d'attribution.

Dans son mémoire en réplique, la requérante ne fait pas état d'éléments nouveaux.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

La requérante n'expose pas en quoi la partie adverse aurait méconnu l'obligation de motivation formelle qui lui incombait.

En tant qu'il invoque la violation des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation des actes administratifs, le moyen est irrecevable.

Pour le surplus, le moyen revient à faire grief à la partie adverse d'avoir attribué un point supplémentaire à l'a.s.b.l. INSTITUT DE CONSEIL ET D'ETUDES EN DEVELOPPEMENT DURABLE (I.C.E.D.D.) pour le deuxième sous-critère "Approche retenue pour l'analyse des dossiers, méthodologie proposée" du critère "Qualité des services proposés".

Compte tenu, d'une part, de la valeur relative de ce sous-critère au regard de l'ensemble des critères d'attribution et, d'autre part, du fait que le troisième moyen ne conduit pas à remettre en cause les notes accordées pour les autres critères ou sous-critères, l'attribution d'une note identique aux deux soumissionnaires pour ce deuxième sous-critère n'emporterait aucune modification de l'ordre de classement des deux offres, l'offre de l'a.s.b.l. INSTITUT DE CONSEIL ET D'ETUDES EN

DEVELOPPEMENT DURABLE (I.C.E.D.D.) se voyant toujours attribuer une note totale supérieure à celle de la requérante.

En tant qu'il est pris de la violation de l'article 10 de la Constitution, le moyen qui est dénué d'intérêt doit être déclaré irrecevable.

IX. QUATRIEME MOYEN

IX. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un quatrième moyen, pris de la violation du "principe du raisonnable" et du "principe d'économie". Elle y explique que la différence entre son offre et celle des autres candidats est fondamentale, bien qu'il ne soit pas nié qu'elle ait soumis une offre sérieuse et raisonnable. Elle constate ainsi que, pour le lot n° 1, la différence de prix est de presque 300.000 € à son avantage, soit quasiment la moitié du prix de l'autre candidat qui a remporté adjudication. Elle formule une observation similaire pour le lot n° 2 et en déduit que, bien qu'elle ait soumis une offre recevable et répondant aux critères, le pouvoir adjudicateur opte consciemment et systématiquement pour l'offre la plus chère dont le prix, même après adaptation, atteint chaque fois le double du prix qu'elle a offert ce qui est manifestement contraire au principe d'économie.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse s'étonne de la position de la requérante selon laquelle elle n'aurait pas eu une compétence liée dans l'appréciation des offres quant à leur prix puisqu'elle contredit la définition même de l'appel d'offres établie à l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993, selon laquelle l'offre doit, en appel d'offres, être choisie en tenant compte des critères d'attribution fixés. Elle observe que les principes de transparence, d'égalité de traitement et de sécurité juridique notamment, ainsi que le principe "patere legem quam ipse fecisti" interdisent à un pouvoir adjudicateur de s'écarter des critères d'attribution prédéfinis et de la pondération prévue. Elle constate qu'en l'espèce, la pondération du critère prix était de 15 points sur 100 et qu'elle n'aurait pas pu s'écarter de cette pondération. Elle estime qu'elle a, au contraire, coté les offres de la manière la plus objective : l'offre la moins onéreuse a obtenu le maximum de points, l'autre offre a obtenu une cote strictement proportionnelle à la différence de prix. Elle n'aperçoit pas comment un principe d'économie non autrement établi permettrait à un pouvoir adjudicateur de s'écarter de la pondération fixée dans l'avis de marché.

Dans son mémoire en réplique, la requérante ne fait pas état d'éléments nouveaux.

IX. 2. Décision du Conseil d'Etat

Tel qu'applicable en l'espèce, l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 était libellé comme suit:

" 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 considérations d'ordre social et éthique, 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. Sauf si le cahier spécial des charges en dispose autrement, le pouvoir adjudicateur peut prendre en considération les éventuelles variantes libres présentées par les soumissionnaires. Celles-ci doivent respecter les conditions minimales indiquées dans le cahier spécial des charges et les exigences requises pour leur soumission".

Le moyen ne critique ni le choix de procéder à un appel d'offres plutôt qu'à une adjudication, ni le choix des critères d'attribution, ni leur pondération.

La requérante ne soutient pas davantage que l'acte attaqué a été pris en violation de l'article 16 de la loi du 24 décembre 1993 précitée. Elle fait seulement grief à la partie adverse de n'avoir pas retenu son offre, sensiblement moins élevée que celle de l'a.s.b.l. INSTITUT DE CONSEIL ET D'ÉTUDES EN DÉVELOPPEMENT DURABLE (I.C.E.D.D.), ce qui revient à lui reprocher d'avoir respecté l'article 16 précité.

On n'aperçoit pas comment un "principe d'économie" primerait la loi, au point de justifier une violation des dispositions de celle-ci qui définissent les modalités d'attribution d'un marché public passé selon la procédure de l'appel d'offres.

Le moyen ne peut, en conséquence, être accueilli.

X. CINQUIEME MOYEN

X. 1. Thèses des parties

La requérante soulève un cinquième moyen, pris de la violation du principe d'égalité, de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du principe d'impartialité et de l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996. Elle y soutient qu'il y a un cas individualisable de partialité, à savoir du chef

d'Ismail DAOUD, qu'on retrouve dans l'organigramme de l'I.C.E.D.D., mais également comme conseiller auprès du cabinet du pouvoir adjudicateur. Après avoir cité l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996, elle explique qu'Ismail DAOUD est, d'une part, conseiller auprès du cabinet compétent et, d'autre part, qu'il est/était salarié de l'I.C.E.D.D.. Elle en déduit que la soumission de l'I.C.E.D.D. devait être déclarée irrecevable d'office, étant donné le conflit d'intérêts et la concurrence déloyale puisque l'I.C.E.D.D. retire un avantage concurrentiel de la connaissance du rôle de conseiller d'Ismail DAOUD. Elle considère que cela démontre, à tout le moins, la partialité, ou l'absence d'impartialité.

Dans son mémoire en réponse, la partie adverse indique que le contrat de travail liant Ismail DAOUD à l'I.C.E.D.D. a pris fin le 30 novembre 2009 et qu'il occupe depuis la fonction de Conseiller auprès du cabinet de la Ministre HUYTEBROECK. Elle observe que le marché en cause a été lancé en juillet 2010, que le projet de décision d'attribution du marché a été rédigé par les services de la partie adverse, qui ont ensuite soumis ce projet à l'approbation du cabinet de la Ministre et que l'intervention d'Ismail DAOUD dans la procédure de passation de ce marché s'est limitée à soumettre le projet à la signature de sa hiérarchie. Elle constate que le projet a été approuvé tel quel, comme en atteste le courrier de la Ministre à la partie adverse du 5 novembre 2010. Elle soutient qu'en fait, la fonction d'Ismail DAOUD comme conseiller auprès du cabinet ministériel compétent pour approuver la décision n'a emporté aucun effet nuisible à la concurrence où à l'impartialité. Elle expose également que l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 n'est pas applicable à cette situation et que si la requérante se fonde sur cette disposition pour critiquer l'implication d'Ismail DAOUD dans la procédure, on ne comprend, toutefois, pas ce que vise concrètement la critique puisque Ismail DAOUD n'a pas remis offre pour le marché en cause.

Dans son mémoire en réplique, la requérante constate que la partie adverse reconnaît qu'un contrat de travail liait Ismail DAOUD à l'I.C.E.D.D. au moins jusqu'au 30 novembre 2009 et observe que six mois après, Ismail DAOUD a signé un projet de décision d'attribution du marché pour son ancien employeur.

X. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le moyen repose sur la seule constatation qu'Ismail DAOUD avait été lié à l'a.s.b.l. INSTITUT DE CONSEIL ET D'ETUDES EN DEVELOPPEMENT DURABLE (I.C.E.D.D.) par un contrat de travail et que, lors de l'attribution du marché litigieux, il était conseiller au sein du cabinet de la ministre qui a signé la décision d'attribution.

Le requérant n'expose pas en quoi cette situation révélerait une violation, par l'acte attaqué, de l'article 78 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics. Il n'indique pas davantage en quoi cet élément de fait a eu une incidence concrète sur le respect des principes d'impartialité et d'égalité, ce dernier étant notamment exprimé par l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Il s'ensuit que le moyen ne peut être accueilli.

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

Article 1^{er}.

La requête est rejetée.

Article 2.

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 vingt mars deux mille quatorze par :

M ^{me} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM. Paul LEWALLE,	Conseiller d'Etat,
David DE ROY,	Conseiller d'Etat,
Charles-Henri VAN HOVE,	Greffier assumé.

Le Greffier assumé,

Le Président,

Charles-Henri VAN HOVE.

Odile DAURMONT.