CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 227.601 du 2 juin 2014

G./A.201.628/VI-19.231

En cause : **la société privée à responsabilité limitée DENEEF**,

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue de Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles,

contre :

la commune d'Anderlecht,

ayant élu domicile chez
Me Vincent DE WOLF, avocat,
avenue de la Toison d'Or, n° 68/9,
1060 Bruxelles.

LE CONSEIL D'ETAT, VI^e^ CHAMBRE,

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 2 septembre 2011, la société privée à responsabilité limitée DENEEF demande l'annulation de la décision du collège des bourgmestre et échevins de la commune d'Anderlecht du 5 juillet 2011 "d'approuver le procès-verbal de la vérification des offres et d'attribuer le marché de services pour la gestion de la commercialisation et du placement de marchands ambulants lors du marché annuel d'Anderlecht, selon la procédure négociée sans règle de publicité à CHARVE SPRL, rue des Soldats, 113, 1082 Bruxelles, TVA n° BE0420 111 750, aux conditions de son offre du 21 juin 2011".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

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

Le dossier administratif a été déposé.

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

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

Une ordonnance du 5 mars 2014, notifiée aux parties, fixe l'affaire à l'audience du 2 avril 2014.

Des lettres du 1er avril 2014 ont remis l'affaire à l'audience du 30 avril 2014.

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

Me Célie VAN AUDENHAEGE, loco Me Marie VASTMANS, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et Me Diego GUTIERREZ CACERES, loco Me Vincent DE WOLF, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section, 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

III.1. Le 14 juin 2011, le collège des bourgmestre et échevins de la commune d'Anderlecht décide de confier la gestion de la commercialisation et du placement des marchands ambulants lors du marché annuel à un prestataire de services et approuve pour ce faire un cahier spécial des charges. Il retient comme mode de passation la procédure négociée sans règle de publicité et avec consultation de trois prestataires potentiels, à savoir la société DENEEF, la société CHARVE et l'association sans but lucratif FABCA.

III. 2. Le 27 juin 2011, a eu lieu la séance d'ouverture des offres. Il a été constaté à cette occasion que deux offres avaient été régulièrement déposées, à savoir celle de la société CHARVE et celle de la société DENEEF. Le procès-verbal de cette séance d'ouverture a été établi le 5 juillet 2011.

III. 3. Le 1er juillet 2011, le responsable du service des Fêtes et Cérémonies dresse un procès-verbal de la vérification des offres. Il constate que deux offres ont été introduites et conclut que l'offre de la société CHARVE est plus intéressante pour l'administration communale et les marchands ambulants désireux de participer au marché annuel. Ce procès-verbal se présente comme suit :

" ADMINISTRATION COMMUNALE D'ANDERLECHT
PROTOCOLE - FETES ET CEREMONIES

PROCEDURE NEGOCIEE SANS REGLES DE PUBLICITE

Gestion de la commercialisation et du placement des marchands ambulants lors du marché annuel d'Anderlecht

CAHIER SPECIAL DES CHARGES

Procès-verbal de la vérification des offres

1) Offres introduites

- CHARVE SPRL
  Rue des Soldats, 113
  1082 BRUXELLES
- DENEEF SPRL
  Jan Van Ruusbroeckstraat, 1
  1760 ROOSDAAL

2) Documents à joindre à l'offre, sous peine de nullité (art. 5 - première partie du cahier spécial des charges).

Sur base des documents joints à l'offre lors de l'ouverture et après demande de compléments d'information, courrier du 28 juin 2011.
Le tableau de la vérification des documents demandés s'établit comme suit :

	CHARVE SPRL	DENEEF SPRL
Acceptation par le soumissionnaire du cahier spécial des charges paraphé	OK	OK
Le formulaire d'offre dûment complété et signé	OK	OK
Attestation ONSS	OK	OK *
Attestation contributions directes	OK	OK
Attestation TVA	OK	OK
Attestation judiciaire	OK *	OK
Attestation assurance responsabilité civile	OK	OK
Attestation de solvabilité	OK	OK
Note de présentation des moyens humains et techniques	OK	OK
Liste de références en matière de gestion de marchés publics et annuels	OK	OK
Capacité à réaliser un marché gourmand alimentaire en échoppes mobiles uniformes, bleu et jaune	OK	OK
Proposition d'un mécanisme de transparence des comptes	OK	OK

* ces documents sont à joindre avant toute notification

Conclusion :

Les deux candidats ont introduit tous les documents demandés et sont acceptables.

3) Comparaison des offres

3.1) Aspect financier

CHARVE SPRL

a) Le droit d'inscription forfaitaire applicable aux marchands ambulants est de 35€
b) 0% de perception au droit de place versée à l'Administration communale.

DENEEF SPRL

a) Le droit d'inscription forfaitaire applicable aux marchands ambulants est de 40€
b) 0% de perception au droit de place versée à l'Administration communale.

Conclusion :

- La proposition de CHARVE SPRL est plus intéressante pour les marchands ambulants.
- Les 2 offres sont identiques en ce qui concerne le droit de perception versé à la commune.

3.2) Expérience

Il ressort de la lecture des 2 offres que CHARVE SPRL dispose d'une plus grande expérience dans l'organisation des marchés annuels.

Les références présentées par DENEEF SPRL relèvent de la sous-traitance et non de la gestion pour son propre compte.

3.3) Moyens humains et techniques

CHARVE SPRL :

- dispose d'une équipe de 26 agents.
- donne un inventaire détaillé que l'on peut considérer comme largement suffisant en ce qui concerne les moyens de transport.
- dispose déjà des équipements requis quant à l'équipement pour l'offre «gourmande».

DENEEF SPRL :

- Dispose d'une équipe composée de 5 agents.
- ne joint aucun détail quant à l'équipement pour l'offre «gourmande» en échoppes mobiles uniformes. Il s'engage à les acquérir.

3.4) Transparence totale sur les comptes des recettes

Les 2 candidats proposent un système similaire de paiement anticipé avec contrôle possible, pour l'Administration communale, des extraits de compte.

Toutefois, CHARVE SPRL présente une note explicative nettement plus

développée que DENEEF SPRL.

3.5) Divers

CHARVE SPRL fait des suggestions qui pourraient innover et améliorer la qualité du Marché annuel.

Tandis que DENEEF SPRL ne fait aucune proposition concrète quant à une évolution positive du Marché annuel.

4) Conclusion

Tenant compte des éléments sus-mentionnés, l'offre de CHARVE SPRL est plus intéressante pour l'Administration communale et les marchands ambulants désireux de participer au Marché annuel […]".

III. 4. Le 5 juillet 2011, le collège des bourgmestre et échevins de la partie adverse décide d'approuver le procès-verbal de la vérification des offres, d'attribuer le marché de services pour la gestion de la commercialisation et du placement des marchands ambulants lors du marché annuel d'Anderlecht, selon la procédure négociée sans règles de publicité, à la société CHARVE et d'imputer la recette estimée à 11.000 euros sur l'article budgétaire 040/366-03 du budget ordinaire 2011 et suivants. Il s'agit de la décision attaquée, qui se présente comme suit :

" Gestion de la commercialisation et du placement des marchands ambulants lors du Marché annuel d'Anderlecht – Marché de services, cahier spécial des charges – Procédure négociée sans règles de publicité – Désignation du prestataire de services – Approbation

LE COLLEGE DES BOURGMESTRE ET ECHEVINS

Attendu que le Collège des Bourgmestre et Echevins a décidé, en séance du 14 juin 2011 :
- d'approuver le principe de confier la gestion de la commercialisation et du placement des marchands ambulants lors du Marché annuel à un prestataire de service;
- d'approuver le cahier spécial des charges joint au dossier;
- de retenir comme mode de passation de ce marché de services, la procédure négociée sans règles de publicité et avec consultation de 3 prestataires potentiels;
- d'imputer la recette estimée à 11.000€ sur l'article budgétaire 040/366-03 du budget ordinaire 2011 et suivants;
- vu le Procès-verbal d'ouverture approuvé en séance de ce jour;
- vu le Procès-verbal de la vérification des offres du 1er juillet 2011, établi par le service, duquel ressort que CHARVE SPRL peut être désigné comme prestataire de services pour la gestion de la commercialisation et du placement des marchands ambulants lors du Marché annuel d'Anderlecht.

DECIDE

- d'approuver le Procès-verbal de la vérification des offres,
- d'attribuer le marché de services pour la gestion de la commercialisation et du placement des marchands ambulants lors du Marché annuel d'Anderlecht, selon la procédure négociée sans règles de publicité à CHARVE SPRL, rue des Soldats,

113, 1082 BRUXELLES, T.V.A. N° : BE0420 111 750, aux conditions de son offre du 21 juin 2011,
- d'imputer la recette estimée à 11.000€ sur l'article budgétaire 040/366-03 du budget ordinaire 2011 et suivants […]".

III. 5. Par un courrier du 6 juillet 2011, les services de la partie adverse informent en langue française la société DENEEF que son offre n'a pas été retenue.

III. 6. Par un courrier du même jour, les services de la partie adverse informent la société CHARVE qu'elle a été désignée comme prestataire de services pour la gestion de la commercialisation et du placement des marchands ambulants lors du marché annuel d'Anderlecht.

III. 7. Après plusieurs échanges de courriers entre la requérante et les services de la partie adverse, ces derniers communiquent, en date du 11 août 2011, au conseil de la requérante une copie du rapport d'évaluation des offres approuvé par le collège des bourgmestre et échevins en sa séance du 5 juillet 2011.

IV. RECEVABILITE DU RECOURS QUANT A L'INTERET DE LA REQUERANTE

IV. 1. Thèses des parties

A. Mémoire en réponse

La partie adverse expose que l'article 2 du cahier spécial des charges impose aux soumissionnaires d'établir d'une part, leur capacité à organiser un marché alimentaire gourmand et d'autre part, de couvrir le marché de tentes ou échoppes uniformes, que la requérante ne joint aucun détail quant à l'équipement pour l'offre "gourmande" en échoppes mobiles uniformes, qu'elle se contente de s'engager à les acquérir, qu'il ressort des pièces fournies par la requérante et du procès-verbal de la vérification des offres que celle-ci ne disposait pas à l'époque dudit matériel, que celle-ci reste donc en défaut de prouver à la commune qu'elle détient effectivement et en pleine propriété le matériel requis, qu'elle confirme par une attestation signée par son gérant ne pas se trouver en possession dudit matériel et s'engage à l'acquérir, que la requérante ne pourrait donc prétendre à l'attribution du marché à défaut de répondre aux conditions fixées par le cahier spécial des charges, que la doctrine enseigne à cet égard que le pouvoir adjudicateur dispose d'un large pouvoir d'appréciation dans l'examen de la régularité des offres, que cet élément est fondamental pour la partie adverse, qu'en toute hypothèse, il n'appartient pas au Conseil d'Etat de substituer sa

propre appréciation de la gravité d'une non-conformité aux prescriptions non essentielles du cahier spécial des charges à celle du pouvoir adjudicateur, que l'offre de la requérante est donc irrégulière, qu'en principe, le soumissionnaire qui n'a pas remis une offre régulière n'a pas intérêt à contester la légalité de la décision d'attribution du marché, qu'il est fait exception à ce principe lorsqu'il est démontré que l'offre de l'adjudicataire est, elle aussi, irrégulière, que ce dernier élément n'est pas rapporté en l'espèce et ne pourrait valablement l'être, que l'intérêt d'un requérant à attaquer devant le Conseil d'Etat une décision d'attribution d'un marché public consiste idéalement à retrouver au moins une chance de se le voir attribuer et de l'exécuter lui-même, que la requérante ne répondant pas au prescrit du cahier spécial des charges, elle ne pourrait se voir attribuer le marché et qu'en conséquence, le recours n'est pas recevable.

B. Mémoire en réplique

La partie requérante réplique qu'ayant considéré son offre comme régulière dans le cadre de sa décision, la partie adverse n'est plus autorisée à revenir sur cette appréciation dans le cadre d'un contentieux et pour les besoins de ce contentieux, qu'en ce qui concerne l'intérêt, dès lors que la partie adverse n'a pas soulevé l'irrégularité alléguée de l'offre de la requérante, elle n'est plus recevable, au stade contentieux, à invoquer cette irrégularité puisqu'il ressort du rapport d'attribution et de la décision motivée qu'elle a considéré l'offre comme régulière, que la partie requérante a donc remis une offre régulière dans le cadre du marché en cause de sorte qu'elle justifie bien d'un intérêt suffisant et légitime à contester la décision attaquée, qu'à supposer que son offre soit irrégulière, il convient de constater que le cahier spécial des charges n'exige pas que les soumissionnaires doivent démontrer au moment du dépôt de leur offre qu'ils détiennent effectivement et en pleine propriété le matériel requis, que sont énumérés en page 2 du cahier spécial des charges, les documents qui doivent être annexés par les soumissionnaires à leur offre sous peine de nullité de cette dernière, que parmi ces documents figure une attestation de nature à accréditer "leur capacité à répondre aux exigences communales postulées par les articles 7.3 et art. 10.2 de la seconde partie du présent cahier spécial des charges : a) équipement d'une partie de l'emprise du marché dédiée à une offre gourmande, en échoppes mobiles uniformes; b) mise en place d'un mécanisme de transparence des comptes auprès des services de la recette communale", que l'article 7.3 du cahier spécial des charges indique, concernant les échoppes destinées au marché gourmand que "pour assurer la continuité du service public, le prestataire de services devra toujours être en situation d'accomplir sa mission et devra à la première demande prouver à la commune qu'il détient effectivement et en pleine propriété le matériel

requis", qu'il appert donc que les documents du marché n'exigent pas que les soumissionnaires détiennent effectivement et en pleine propriété les échoppes destinées au marché gourmand au moment du dépôt de leur offre mais qu'ils démontrent leur capacité à répondre aux exigences du pouvoir adjudicateur sur ce point et, s'ils se voient attribuer le marché, qu'ils puissent à tout moment prouver qu'ils détiennent effectivement et en pleine propriété le matériel requis, que la partie requérante a joint l'attestation requise par les documents du marché et le pouvoir adjudicateur a reconnu, dans le cadre de sa décision querellée, qu'elle avait bien remis cette attestation relative au marché gourmand, qu'il indique à ce propos : "capacité à réaliser un marché gourmand alimentaire en échoppes mobiles uniformes bleu et jaune : OK", que cette exigence s'inscrit que le cadre de l'article 71, 5°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 qui prévoit que la capacité technique du prestataire de services peut être justifiée par une déclaration mentionnant l'outillage, le matériel et l'équipement dont il disposera pour l'exécution des services, que cette disposition ne permet pas d'imposer aux soumissionnaires de disposer d'un matériel propre à l'exécution du marché, que dès lors que les soumissionnaires déposent, en annexe de leur offre, la liste du matériel qu'ils comptent utiliser pour exécuter le marché, ils répondent aux exigences du cahier spécial des charges, que leur offre ne peut être considérée comme irrégulière, qu'en décrivant strictement le matériel qu'elle compte utiliser si elle devait obtenir le marché en cause, la partie requérante satisfait aux exigences de la partie adverse de sorte que son offre ne peut être déclarée irrégulière pour ce seul motif, qu'il convient encore de constater qu'exiger que les soumissionnaires soient pleinement propriétaires d'un matériel déterminé au moment du dépôt de leur offre sans qu'ils aient la moindre garantie d'obtenir ledit marché serait manifestement abusif et contreviendrait aux dispositions applicables en matière de sélection qualitative, que si les documents du marché avaient effectivement exigé des soumissionnaires qu'ils démontrent posséder les quinze échoppes destinées au marché gourmand lors du dépôt de leur offre, le cahier spécial des charges serait irrégulier car comportant une exigence manifestement abusive, ce qui aurait pour conséquence d'entraîner l'illégalité de la décision attaquée, qu'en outre, lors du premier marché annuel organisé dans le cadre du marché en cause, la société CHARVE n'a manifestement pas respecté les exigences de la partie adverse concernant le marché gourmand et qu'il est donc, dans ces circonstances, pour le moins curieux de lire que cette exigence était à ce point fondamentale qu'elle aurait entraîné à elle seule l'irrégularité de l'offre de la partie requérante.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dès lors que la partie adverse n'a pas soulevé l'irrégularité alléguée de l'offre de la requérante au cours de la procédure d'attribution du marché litigieux, elle

n'est plus recevable, au stade contentieux, à invoquer cette irrégularité.

L'exception d'irrecevabilité ne peut être accueillie.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante soulève un premier moyen, pris de la violation des articles 1er, 16 et 17 de la loi du 24 décembre 1993 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, des article 68 et suivants 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, du cahier spécial des charges, des articles 10 et 11 de la Constitution, de la confusion entre les critères d'attribution et de sélection, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe "Patere legem quam ipse fecisti" et du principe d'égalité entre soumissionnaires et de l'excès de pouvoir. Elle y expose que le cahier spécial des charges prévoit, au titre des critères d'attribution, des critères qui s'analysent comme des critères de sélection, qu'il est interdit de confondre les critères d'attribution et les critères de sélection, que le cahier spécial des charges prévoit que les soumissionnaires doivent, sous peine de nullité, joindre à leur offre certains documents permettant de démontrer leur capacité économique, financière et technique, qu'il prévoit en outre qu'est exclu de l'accès au contrat à quelque stade que ce soit de la procédure, le soumissionnaire qui se trouve dans une situation d'exclusion, que selon le cahier spécial des charges, les critères d'attribution sont les suivants : honorabilité du soumissionnaire à l'examen des références, compétence du soumissionnaire à l'examen des références, capacité à atteindre les objectifs qualitatifs fixés par la commune, qualité des moyens humains et techniques mis en œuvre et niveau de rémunération de la commune, que la partie adverse a formalisé la sélection qualitative dans le cahier spécial des charges en prévoyant, d'une part, des critères d'exclusion et en imposant, d'autre part, aux soumissionnaires de déposer une série de documents de nature à démontrer leur capacité économique, financière et technique, que, dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité, le pouvoir adjudicateur n'est pas tenu de déterminer des critères d'attribution, qu'il doit néanmoins fonder son choix sur des éléments objectifs, pertinents et admissibles à reprendre dans une décision motivée de sorte qu'il doit malgré tout faire apparaître les données sur lesquelles repose effectivement sa décision, qu'il s'agit alors davantage d'éléments d'appréciation que de réels critères d'attribution, que le pouvoir adjudicateur reste libre de fixer des critères d'attribution

qu'il entend appliquer pour comparer les offres dans son cahier spécial des charges, que tel est le cas en l'espèce puisque la partie adverse énumère en page 4 de son cahier spécial des charges cinq critères d'attribution, que dès l'instant où le pouvoir adjudicateur entend formaliser la phase de sélection et fixe des critères d'attribution dans le cadre d'une procédure négociée sans publicité, il est bien entendu tenu de se conformer à son cahier spécial des charges et aux règles qu'il contient, qu'il est, de même, soumis à l'ensemble des dispositions légales et réglementaires applicables à la phase de sélection et aux critères d'attribution, que la phase de sélection qualitative répond à des exigences propres qu'il ne faut pas confondre avec les critères d'attribution du marché, que l'exposé des motifs de la loi du 24 décembre 1993 résume parfaitement la distinction à opérer entre les deux types de critères en précisant que "Les critères d'attribution sont destinés à apprécier la valeur intrinsèque de l'offre déposée. Les critères de sélection qualitative doivent quant à eux permettre au pouvoir adjudicateur d'apprécier la capacité des candidats ou des soumissionnaires à exécuter tel ou tel marché, en vérifiant s'ils ne se trouvent pas en situation d'exclusion et s'ils disposent bien d'une capacité financière, économique et technique suffisante. Cette importante distinction sera concrétisée dans les arrêtés d'exécution mais il faut dès à présent souligner que la sélection qualitative s'applique quelle que soit la procédure et que celle-ci soit ouverte ou restreinte. Dès lors, le pouvoir adjudicateur devra tout d'abord décider de la sélection de chacun des soumissionnaires sur la base, d'une part, des renseignements concernant la situation personnelle et, d'autre part, des exigences qu'il aura posées au plan de la qualification. Seules les offres des soumissionnaires ainsi sélectionnés seront ensuite examinées par le pouvoir adjudicateur", que ce principe a été mis en évidence par la Cour de Justice de l'Union européenne dans son arrêt de principe du 20 septembre 1988 (Aff. C-31/87), que la Cour s'est clairement prononcée sur la différence qui existe entre les critères permettant d'apprécier l'aptitude du candidat ou du soumissionnaire désireux de participer à la procédure d'attribution et les critères permettant d'apprécier la valeur de l'offre proposée pour l'exécution du marché, que la Commission européenne a dénoncé la pratique des pouvoirs adjudicateurs qui "continuent à prendre en compte des éléments ayant trait aux critères de sélection dans la phase d'adjudication, ce qui peut conduire dans certains cas, à ce qu'un marché ne soit pas attribué à l'offre qui apparaît comme la meilleure en relation au marché en question mais à l'offre du candidat ayant plus d'expérience ou de poids financier que les autres", que la jurisprudence du Conseil d'Etat est constante sur ce point et condamne également la confusion faite entre les critères de sélection et les critères d'attribution, que le Conseil d'Etat l'a rappelé dans plusieurs arrêts (n° 193.924 du 8 juin 2009, n° 195.766 du 7 septembre 2009 et n° 157.303 du 4 avril 2006), que la Cour des comptes a également rappelé que "quels que soient le montant du marché et la procédure de passation suivie, les critères d'attribution doivent être différents des critères de sélection qualitative, que celle-ci

soit formalisée ou non. Dans ces conditions, l'utilisation d'éléments concernant la capacité technique des candidats ou des soumissionnaires est totalement à exclure. Il ne peut donc plus être tenu compte, au niveau de l'attribution des marchés, des références, de l'expérience, de la compétence du personnel ou des cadres affectés au marché ou de l'outillage ou du matériel et de l'équipement technique dont disposerait le prestataire de services pour l'exécution du marché", qu'en d'autres termes, toute prise en compte de critères liés à la personne même de celui qui dépose une offre pour l'attribution du marché est donc en principe interdite et toute décision d'attribution qui appuierait sa motivation sur de tels critères contrevient à cette règle et est affectée d'une irrégularité substantielle, que si la jurisprudence a admis, dans certaines circonstances particulières, une certaine confusion entre critères de sélection et critères d'attribution, cette exception est d'interprétation restrictive et ne vaut que dans le cadre de marchés de services portant sur des prestations hautement intellectuelles et très spécialisées, que cette exception est désormais fermement sanctionnée par la Cour de Justice qui a rappelé que la directive "s'oppose à ce que, dans le cadre d'une procédure d'adjudication, le pouvoir adjudicateur tienne compte de l'expérience des soumissionnaires, de leur effectif et de leur équipement ainsi que de leur capacité à fournir le marché au moment prévu non pas à titre de critères de sélection qualitative mais à titre de critères d'attribution" (C.J.U.E., arrêt du 24 janvier 2008, aff. C-532/06, Lianakis), qu'en l'espèce, il ne fait aucune doute qu'il ne s'agit pas de prestations hautement intellectuelles et ultra-spécialisées de sorte que la partie adverse ne pouvait pas utiliser comme critère d'attribution des critères de sélection sur l'honorabilité ou la compétence des soumissionnaires, sur leur capacité à atteindre les objectifs qualitatifs ou encore sur la qualité des moyens humains et techniques mis en œuvre et que l'acte attaqué, en ce qu'il se fonde sur des critères qui ne sont pas des critères d'attribution, est entaché d'une irrégularité substantielle.

B. Mémoire en réponse

La partie adverse répond qu'il est inexact de soutenir qu'une confusion a eu lieu entre les critères de sélection et d'attribution et ce d'autant plus que l'approche théorique de la matière faite par la requérante doit être nuancée, que les critères d'attribution sont ceux qui permettent au pouvoir adjudicateur de choisir parmi les offres celle qu'il juge sur base de critères objectifs comme étant la plus avantageuse tandis que les critères de sélection visent exclusivement l'aptitude des soumissionnaires à pouvoir exécuter un marché, que la doctrine enseigne que "sont exclus à titre de critère d'attribution, des critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché", qu'en l'espèce,

ce n'est pas un critère économique qui a guidé la partie adverse dans son choix mais l'assurance fondée sur la comparaison des offres, d'offrir un marché annuel de qualité à ses riverains, qu'à ce sujet, l'article 115 de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 dispose que "le pouvoir adjudicateur choisit l'offre régulière qu'il juge la plus intéressante en fonction de critères variables suivant le marché", qu'il est à noter que la distinction entre ces deux espèces de critères n'est pas aisée, qu'à cet égard, la doctrine observe justement que "les opérations de sélection des entreprises et de comparaison des offres sont étroitement liées, voire dans certaines circonstances, indissociables. Elles sont menées dans une finalité commune, attribuer le marché", que la doctrine et la jurisprudence observent que dans les marchés de services, l'expérience des soumissionnaires constitue souvent un élément déterminant le choix du pouvoir adjudicateur, qu'en l'espèce, une réelle distinction entre les critères de sélection et d'attribution a été opérée, que si l'expérience des soumissionnaires est prise en compte, ce critère n'est pas l'unique critère ayant exclusivement déterminé le choix de la partie adverse, que c'est bien la qualité des soumissionnaires à réaliser le marché en adéquation avec les critères retenus dans le cahier spécial des charges et tels que développés dans le procès-verbal de comparaison des offres qui a été examinée et non pas l'aptitude de ceux-ci à le réaliser, ceux-ci ayant été déclarés aptes de par leur acceptation en qualité de soumissionnaire sur base des critères distincts de sélection, que ces deux genres de critère ne se confondent pas in concreto, que, pour preuve, l'analyse du procès verbal de vérification des offres, dans lequel les services administratifs de la partie adverse explicitent les critères d'attribution déterminés au cahier spécial des charges et démontrent bien par le biais de conclusions intermédiaires que c'est bien l'offre la plus avantageuse tant pour la commune que pour les riverains et marchands qui a été sélectionnée, que les critères qui sont pris en compte relèvent bien de la catégorie des critères d'attribution, qu'en effet, ceux-ci concernent tant l'aspect financier que l'expérience, les moyens humains et techniques mis en œuvre ainsi que les systèmes de paiement anticipés et les suggestions proposées, que tous ces éléments mis en comparaison ont guidé la partie adverse à retenir l'offre la plus avantageuse et ainsi à attribuer le marché à la société CHARVE, que, sous l'aspect financier, la comparaison effectuée prend en compte les propositions des soumissionnaires relatives aux droits d'inscription forfaitaire applicable aux marchands ambulants, que la requérante a fait une offre supérieure à celle de son concurrent et donc moins avantageuse pour les marchands ambulants, qu'au sujet de l'expérience de la requérante, la partie adverse constate qu'elle n'a jamais géré de marchés à son propre compte mais s'est contentée jusqu'ici de mission de sous-traitance alors que la société CHARVE produit des attestations provenant de plusieurs communes établissant qu'elle organise de nombreux marchés annuels, que si cet élément peut être retenu comme critère de sélection, il est également pertinent quant à l'attribution du marché, que l'analyse des moyens humains et techniques

révèle que la requérante dispose d'une équipe de cinq personnes tandis que la société CHARVE dispose de vingt-six agents, que cet élément relève également de l'attribution du marché, que des suggestions particulièrement intéressantes et innovantes de la société CHARVE sont aussi à noter tandis que la requérante ne formule aucune proposition concrète quant à une évolution positive du marché, qu'en outre, il est à noter que l'offre de la requérante ne répond manifestement pas à l'entièreté des critères d'attribution libellés dans le cahier spécial des charges et qu'en toute hypothèse, la requérante reste en défaut d'établir en quoi, au regard du procès verbal de comparaison des offres, la partie adverse aurait opéré une confusion entre ces critères.

C. Mémoire en réplique

La partie requérante réplique que les critères liés à l'honorabilité, à la compétence, à la capacité à atteindre les objectifs qualitatifs et à la qualité des moyens humains et techniques mis en œuvre sont autant de critères liés à la capacité économique, financière ou technique des soumissionnaires qui doivent s'analyser comme des critères de sélection et non comme des critères d'attribution, que ce faisant, le cahier spécial des charges confond critère de sélection et critère d'attribution, que la partie adverse feint de ne pas comprendre la portée du premier moyen et soutient que lors de l'examen des offres, elle n'a pas confondu les critères de sélection et les critères d'attribution énumérés dans le cahier spécial des charges, qu'elle admet néanmoins que la qualité des offres déposées par les soumissionnaires a notamment été examinée au regard de leur expérience mais également de leur qualité à réaliser le marché et des moyens humains et techniques mis en œuvre, soit au regard de critères de sélection, qu'en conclusion, la partie adverse attribue le marché litigieux à la société CHARVE et écarte la partie requérante sur la base d'appréciations essentiellement liées à la personne des soumissionnaires et à leur capacité à exécuter le marché et qu'en d'autres termes, elle se fonde sur des critères qui ne sont pas des critères d'attribution pour départager les offres de sorte que l'acte attaqué est entaché d'une irrégularité substantielle.

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

Nonobstant le fait que le marché litigieux était passé selon la procédure négociée sans publicité préalable, la partie adverse a décidé de procéder à la comparaison des offres sur la base de critères d'attribution.

A cette fin, elle a libellé comme suit l'article 2 de la deuxième partie du cahier spécial des charges:

" L'attribution du présent marché de services sera réalisée sur base de l'acceptation par le soumissionnaire du présent cahier spécial des charges et des critères d'attribution repris ci-après, avec faculté de négociation par le pouvoir adjudicateur.

1. Honorabilité du soumissionnaire à l'examen de ses références;
2. Compétence du soumissionnaire à l'examen de ses références;
3. Solvabilité à l'examen de ses références;
4. Capacité à atteindre les objectifs qualitatifs exposés par la Commune :
   a) transparence des comptes (seconde partie - art.10.2)
   b) capacité d'organiser sur une partie de l'emprise du marché annuel – le piétonnier de la Place de la Vaillance – un marché alimentaire gourmand couvert de tentes ou échoppes uniformes (seconde partie - art. 7.3)
5. Qualité des moyens humains et techniques mis en œuvre;
6. Niveau de rémunération de la commune repris au formulaire d'offre (document annexé au présent cahier des charges et à remplir par les soumissionnaires) (seconde partie - art.10.1)".

Lorsqu'il entend attribuer un marché sur la base d'une comparaison des offres au regard de critères d'attribution, cette comparaison fût-elle – le cas échéant – assortie d'une faculté de négociation dans le cadre d'une procédure négociée, il appartient au pouvoir adjudicateur de choisir ces critères en fonction de l'objet et de la nature du marché, et de manière à ce qu'ils permettent de déterminer utilement l'offre économiquement la plus avantageuse au regard de ses besoins.

En toute hypothèse, les critères d'attribution ne peuvent être confondus avec les critères de sélection que le pouvoir adjudicateur choisirait, le cas échéant, de mettre en œuvre, ces derniers ayant vocation à apprécier, non la valeur intrinsèque des offres, mais la qualité des soumissionnaires, notamment au regard de leur capacité financière, économique ou technique.

Sans doute a-t-il déjà pu être admis que des éléments liés à la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire puissent, à titre exceptionnel, constituer des critères d'attribution. Encore faut-il établir, en pareil cas, que le recours à ces éléments est rendu nécessaire par les exigences particulières du marché en cause.

En l'espèce, les trois premiers critères choisis par la partie adverse n'échappent manifestement pas à la confusion ainsi prohibée. Libellés en des termes à ce point généraux, ils ne font pas apparaître leur utilité, leur pertinence et leur adéquation à l'objet et aux caractéristiques du marché litigieux. Par ailleurs, ni le dossier administratif, ni le mémoire en réponse ne contiennent la moindre indication qui permettrait de justifier concrètement comment ces critères ont pu être choisis dans le respect de l'exigence de distinction, ainsi entendue, entre critères d'attribution et critères de sélection.

Il suit de ce qui précède que le moyen doit être déclaré fondé.

VI. MOYEN D'OFFICE – MECONNAISSANCE DE L'ARTICLE 19 DES LOIS SUR L'EMPLOI DES LANGUES EN MATIERE ADMINISTRATIVE

L'article 19 des lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, est rédigé comme suit :

" Art. 19. Tout service local de Bruxelles-Capitale emploie, dans ses rapports avec un particulier, la langue que l'intéressé utilise quand celle-ci est le français ou le néerlandais.

Toutefois, à une entreprise privée, établie dans une commune sans régime spécial de la région de langue française ou de langue néerlandaise, il est répondu dans la langue de cette commune".

Au sens de cette disposition, la décision d'attribution du marché litigieux doit être considérée comme étant la réponse à la demande que constitue l'offre à un pouvoir adjudicateur auquel doit être reconnue, comme en l'espèce, la qualité de "service local de Bruxelles-Capitale".

La partie adverse était tenue, en vertu de cette même disposition, d'établir la décision d'attribution du marché en langue néerlandaise, la requérante étant établie à Roosdaal, commune située sur le territoire de la région de langue néerlandaise et n'étant pas soumise à un régime spécial.

Il n'apparaît toutefois d'aucune pièce du dossier administratif qu'une telle décision aurait établie en langue néerlandaise, et ce en méconnaissance de la disposition de l'article 19, alinéa 2, précité.

Il y a lieu de soulever d'office le moyen pris de cette irrégularité, qui touche à l'ordre public.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

Est annulée la décision prise le 5 juillet 2011 par le collège des bourgmestre et échevins de la commune d'Anderlecht d'approuver le procès-verbal de la vérification des offres et d'attribuer le marché de services pour la gestion de la

commercialisation et du placement des marchands ambulants lors du marché annuel d'Anderlecht, selon la procédure négociée sans règles de publicité, à la société CHARVE.

Article 2.

Les dépens, liquidés à la somme de 175 euros, sont mis à la charge de la partie adverse.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le deux juin deux mille quatorze par :

M^me^	Odile DAURMONT,	Président de chambre,
MM.	Imre KOVALOVSZKY,	Conseiller d'Etat,
	David DE ROY	Conseiller d'Etat,
	Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier, Le Président,

Vincent DURIEUX. Odile DAURMONT.