

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 228.132 du 29 juillet 2014

G./A.213.031/VI-20.228

En cause : **1. la société civile sous forme de société privée
à responsabilité limitée B.S.T. REVISEURS
D'ENTREPRISES,**
**2. la société civile sous forme de société privée
à responsabilité limitée BUELENS, MATHAY &
ASSOCIATES, en abrégé B.M.A.,**

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

contre :

**la société des transports intercommunaux de Bruxelles, en
abrégé la STIB,**

ayant élu domicile chez
Mes Véronique VANDEN ACKER et
François VISEUR, avocats,
Boulevard Louis Schmidt, n° 29,
1040 Bruxelles.

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

Vu la requête unique introduite le 8 juillet 2014 par les sociétés civiles sous forme de société privée à responsabilité limitée B.S.T. REVISEURS D'ENTREPRISES et BUELENS, MATHAY & ASSOCIATES, en abrégé B.M.A., qui tend, d'une part, à la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision motivée du Conseil d'administration du 24 juin 2014, par laquelle elle approuve la candidature du cabinet MAZARS et du cabinet RSM pour la désignation d'un réviseur d'entreprises pour le contrôle et la certification des comptes de la STIB, indirectement des comptes de CITEO, et des comptes consolidés et la certification des informations économiques et financières à donner au Conseil d'entreprise de la STIB" et, d'autre part, à l'annulation de cette décision;

Vu l'ordonnance du 10 juillet 2014, notifiée aux parties, convoquant celles-ci à comparaître le 24 juillet 2014 à 10 heures 30;

Vu la note d'observations et le dossier administratif;

Vu les droits visés à l'article 70 de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat, acquittés dans le délai prescrit;

Entendu, en son rapport, M. Jacques VANHAEVERBEEK, Président de chambre;

Entendu, en leurs observations, Me Kris WAUTERS, avocat, comparaisant pour les parties requérantes et Mes François VISEUR et Martin DETHIER, avocats, comparaisant pour la partie adverse;

Entendu, en son avis conforme, M. Eric THIBAUT, Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat;

Vu le titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'Etat, coordonnées le 12 janvier 1973;

Considérant que les faits utiles à l'examen de la demande se présentent comme suit :

1. Le 24 janvier 2014, la partie adverse fait publier au Bulletins des adjudications un avis de marché relatif à "la désignation d'un réviseur d'entreprise comme commissaire de la Société de Transports Intercommunaux de Bruxelles (STIB) ainsi que pour sa filiale CITEO et les comptes consolidés".

2. La procédure mise en œuvre est la procédure négociée avec publicité, réalisée au niveau belge, la valeur de ce marché étant estimé entre 250.000 et 350.000 euros, soit en dessous du seuil européen spécifique aux secteurs spéciaux.

3. Le cahier des charges prévoit quatre critères d'attribution, dont le quatrième est intitulé:

" L'approche méthodologique et le planning d'audit pour une pondération de 20 %".

Ce critère est détaillé comme suit :

" Le soumissionnaire joindra à son offre une description de son approche méthodologique qui devra porter au moins sur les éléments suivants :

- Présentation du programme de travail, description des travaux d'audit à exécuter, dossier permanent, dossier de contrôle.
- Description et compréhension des particularités propres au secteur d'activités de l'entité à auditer (influence de réglementations sectorielles, de règles du pouvoir de tutelle, etc.)
- Description du planning d'intervention, période d'audit, inventaire, etc."

4. Les offres suivantes ont été reçues :

- Buelens, Mathay & Associates (BMA)
 - Seul et en collège avec BST Réviseurs d'entreprises (BST)
- Mazars Bedrijfsrevisoren (Mazars)
 - Seul et en collège avec RSM Réviseurs d'entreprises (RSM)
- RSM
 - Seul et en collège avec Mazars.

5. Une proposition de décision motivée d'attribution est adoptée le 1^{er} avril 2014 par le comité de gestion et par le conseil d'administration de la partie adverse.

Aux termes de celle-ci, les cinq offres régulières sont classées comme suit:

1) MAZARS en collège avec RSM	94,6 points
2) MAZARS	94 points
3) BMA en collège avec BST	93,6 points
4) RSM	92,5 points
5) BMA	91,7 points.

6. Le 24 juin 2014, la partie adverse attribue le marché à MAZARS en collège avec RSM.

Il s'agit de la décision attaquée.

7. Selon la note d'observations, le contrat entre la partie adverse et MAZARS et RSM est conclu le 11 juillet 2014.

Considérant que la partie adverse demande au Conseil d'Etat de vérifier que les deux parties requérantes ont bien déposé, outre la copie de leurs statuts, copie de l'acte de désignation de leurs organes respectifs ainsi qu'une décision valable d'agir au Conseil d'Etat en extrême urgence prise par un de ses organes valablement composés et disposant de ce pouvoir, conformément à l'article 3, 4° du règlement de procédure;

Considérant que l'article 3, 4°, du règlement général de procédure est rédigé comme suit :

" Art. 3. La partie requérante joint à sa requête :

[...]

4° dans le cas où la partie requérante est une personne morale, une copie de ses statuts publiés et de ses statuts coordonnés en vigueur et, si cette personne morale n'est pas représentée par un avocat, de l'acte de désignation de ses organes ainsi que la preuve que l'organe habilité a décidé d'agir en justice";

Considérant que les statuts publiés figurent au dossier des parties requérantes; que celles-ci étant par ailleurs représentées par un avocat, il n'y a pas lieu à dépôt de l'acte de désignation des organes;

Considérant que la partie adverse fait valoir à l'audience que par application de l'article 30, alinéa 3, de la loi du 17 juin 2013 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, les parties requérantes n'ont, le marché ayant été conclu le 11 juillet 2014, plus d'intérêt à obtenir la suspension de l'exécution de la décision attaquée;

Considérant qu'en raison de sa valeur estimée, le présent marché n'atteint pas les seuils européens; que suivant l'article 31 de la loi du 17 juin 2013 précitée, les articles 14 à 16 de cette loi sont applicables à ce type de marché; que selon l'article 15, l'instance de recours est compétente pour suspendre l'exécution des décisions prises par les autorités adjudicatrices; que l'article 30, alinéa 3, prévoit toutefois ce qui suit :

" Une fois conclu, le marché ne peut être suspendu ou déclaré dépourvu d'effets par l'instance de recours, quelle qu'elle soit";

que cette disposition, qui concerne la conclusion du marché, laquelle relève de la compétence des cours et des tribunaux, ne s'oppose pas à ce que le Conseil d'Etat ordonne la suspension de l'exécution d'une décision prise par les autorités adjudicatrices, telle qu'en l'espèce la décision motivée du conseil d'administration de la partie adverse du 24 juin 2014 approuvant la candidature du cabinet MAZARS et du cabinet RSM en collège; que dès lors, *prima facie*, ni la compétence du Conseil d'Etat ni l'intérêt des requérantes ne semblent pouvoir être utilement contestés au motif que le marché en cause est conclu et en voie d'exécution; que l'exception n'est pas fondée;

Considérant que les requérantes prennent un moyen, le deuxième de la requête, de la violation de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services, notamment les articles 2, 8°

et 5, de l'arrêté royal du 16 juillet 2012 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs spéciaux, notamment l'article 106, du cahier spécial des charges, du principe général du traitement égal et du principe de transparence, de l'absence, de l'erreur, de l'insuffisance ou de la contrariété dans les causes ou les motifs; qu'elles relèvent que lors de la comparaison des offres, la partie adverse a, en ce qui concerne le quatrième critère d'attribution, évalué les offres par rapport aux critères "expérience travail en collège", "taille cabinet", "expérience secteur TC" et "expérience sociétés régionales bruxelloises publiques", alors que selon les articles 2, 8°, et 5, alinéa 2, de la loi du 15 juin 2006, précitée, l'examen de la capacité d'un entrepreneur et l'attribution d'un marché sont deux opérations différentes dans le cadre de la passation d'un marché public; qu'elles font valoir que le pouvoir adjudicateur ne peut examiner la qualité d'une offre que sur la base d'un critère en rapport avec le contenu de l'offre, que l'acte attaqué se base sur une évaluation des offres où, pour le quatrième critère d'attribution, la partie adverse a pris en compte des sous-critères qui ne sont pas des critères d'attribution et que l'"expérience travail en collège", les "normes isa/ire", la "taille cabinet, l'"expérience secteur TC" et l'"expérience sociétés régionales bruxelloises publiques" sont des éléments qui concerne la qualité de l'entreprise et qui sont donc des critères de sélection; qu'elles précisent que les critères de sélection concernent la personne même du candidat ou du soumissionnaire, alors que les critères d'attribution concernent le contenu de l'offre; qu'elles rappellent que la Cour de Justice de l'Union européenne considère que, dans le cadre de la passation d'un marché public, l'examen de la capacité d'un entrepreneur et l'attribution d'un marché sont deux opérations différentes et que le pouvoir adjudicateur ne peut examiner la capacité d'un entrepreneur que sur la base d'un critère en rapport avec sa capacité économique et financière et sur la base de ses aptitudes techniques; qu'elles se réfèrent également à l'arrêt Lianakis (C.J.C.E., 24 janvier 2008, C-532/06) dans lequel la Cour considère que l'expérience des soumissionnaires, leur effectif et leur équipement ainsi que leur capacité à fournir le marché au moment prévu, doivent être pris en compte par le pouvoir adjudicateur non pas à titre de "critères d'attribution" mais à titre de "critères de sélection qualitative";

Considérant que la partie adverse rappelle que les critères de sélection et d'attribution ne sont pas des concepts rigide qui ne pourraient se recouvrir l'un l'autre; qu'elle fait valoir qu'en l'espèce la taille du cabinet permet de déterminer la capacité du soumissionnaire "à déployer plus aisément, en cas de besoin, des ressources et compétences spécifiques additionnelles", que l'expérience requise vise les personnes de l'équipe proposée par les soumissionnaires pour l'exécution du marché et non l'expérience des sociétés soumissionnaires et que l'expérience de travail en collège vise directement le contenu de l'offre et permet d'évaluer la qualité de la variante au titre de la méthodologie; qu'elle soutient que les critères dénoncés par les parties requérantes interviennent valablement au stade de l'attribution en

raison de l'objet spécifique du marché et de la nécessité de l'usage de tels critères pour apprécier la valeur intrinsèque des offres;

Considérant que dans son arrêt Lianakis, la Cour de Justice de l'Union européenne a considéré que le choix des critères d'attribution ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et que, sont donc exclus à titre de "critères d'attribution" ceux qui sont essentiellement liés à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question; qu'en l'espèce, la partie adverse a divisé le quatrième critère d'attribution en quinze sous-critères; que parmi ces sous-critères figure la "taille cabinet"; que ce sous-critère ne présente, à première vue, aucun rapport avec la qualité de l'offre, mais porte, comme l'indique d'ailleurs le commentaire de la partie adverse à propos de ce sous-critère, sur la capacité du soumissionnaire à "déployer plus aisément, en cas de besoin, des ressources et compétences spécifiques additionnelles"; que la taille du cabinet ne constitue dès lors pas un élément d'appréciation de la valeur économique de l'offre, mais bien un élément d'appréciation de l'aptitude d'un soumissionnaire à exécuter le marché; qu'ainsi, non seulement la partie adverse utilise un critère de sélection qualitative au stade de l'attribution mais le justifie par le déploiement plus aisé "en cas de besoin de "ressources et de compétences spécifiques additionnelles, c'est-à-dire de prestations non prévues dans l'objet du marché; que ce sous-critère n'est dès lors pas admissible;

Considérant qu'il ressort de la décision attaquée que les requérantes, contrairement aux attributaires du marché, se sont vu retirer un point pour le sous-critère "taille cabinet"; que sans ce retrait, les offres des requérantes et des attributaires seraient à égalité de points, la différence entre l'offre des attributaires (94,6 points) et celle des requérante (93,6 points) n'étant que d'un point; que le moyen est dès lors sérieux;

Considérant qu'il n'y a pas lieu d'examiner les premier et troisième moyens qui, même à les supposer fondés, ne pourraient conduire à une suspension plus étendue;

Considérant que la partie adverse sollicite du Conseil d'Etat que l'offre de MAZARS et RSM (offre de base et variante), pièce n° 14 du dossier administratif, soit soustraite à la connaissance des parties requérantes;

Considérant que la divulgation de cette pièce n'étant, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité;

Considérant que la partie requérante et la partie adverse demandent que leur soit accordée une indemnité de procédure ordinaire de 700 euros.

Considérant que la demande de suspension ayant été introduite par une requête unique, il n'y a pas lieu, à ce stade de la procédure, de statuer sur les dépens et l'indemnité de procédure,

D E C I D E :

Article 1^{er}.

La suspension de l'exécution de la décision motivée par laquelle le conseil d'administration de la Société de Transport Intercommunaux de Bruxelles (STIB) approuve, le 24 juin 2014, la candidature du cabinet MAZARS et du cabinet RSM pour la désignation d'un réviseur d'entreprises pour le contrôle et la certification des comptes de la STIB, indirectement des comptes de CITEO, et des comptes consolidés et la certification des informations économiques et financières à donner au Conseil d'entreprise de la STIB, est ordonnée.

Article 2.

Restent confidentielles à ce stade de la procédure :

- l'offre de MAZARS et RSM, identifiée comme étant la pièce n° 14 du dossier administratif.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

Conformément à l'article 3, § 1^{er}, alinéa 2, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat, le présent arrêt sera notifié par télécopieur.

Article 5.

Les dépens, en ce compris l'indemnité de procédure, sont réservés.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre des vacations siégeant en référé, le ving-neuf juillet deux mille quatorze par :

M. Jacques VANHAEVERBEEK, Président de chambre,
M^{me} Caroline HUGÉ, Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques VANHAEVERBEEK.