

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 229.830 du 16 janvier 2015

G./A.214.516/VI-20.334

En cause : **la société privée à responsabilité limitée
unipersonnelle MICOTEC,**

ayant élu domicile chez
Me Xavier CLOSE, avocat,
avenue de l'Observatoire, n° 10,
4000 Liège,

contre :

la Région wallonne, représentée par son Gouvernement,

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

Partie intervenante :

la société anonyme YVAN PAQUE,

ayant élu domicile chez
Me Véronique BERTRAND, avocat,
place Verte, n° 13,
4000 Liège.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'Etat le 19 décembre 2014, la société privée à responsabilité limitée unipersonnelle MICOTEC sollicite l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision non-datée du Ministre de l'Environnement, de l'Aménagement, du Territoire, de la Mobilité et des Transports, des Aéroports et du Bien-être animal, relative au marché public de services pour l'entretien du réseau fixe et mobilité de surveillance de la qualité de l'air ambiant en Wallonie (CSC RTM-2014), en ce qu'elle attribue le lot n° 1 (Equipements de mesure et systèmes auxiliaires dédiés au réseau fixe) de ce marché à la S.A. Yvan PAQUE pour un montant de 224.645,01 EUR HTVA".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 22 décembre 2014, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 15 janvier 2015 à 10 heures.

La partie adverse a fait parvenir une note d'observations et le dossier administratif.

La société anonyme YVAN PAQUE a, par une requête introduite le 8 janvier 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M. le Conseiller d'Etat, Président f.f., Serge BODART, a exposé son rapport.

Me Xavier CLOSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Ann Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Véronique BERTRAND, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur chef de section au Conseil d'Etat, Eric THIBAUT, a été entendu en son avis conforme.

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

III. EXPOSE DES FAITS

III.1. Le 20 août 2014, la partie adverse publie au Bulletin des adjudications un avis relatif à la passation d'un marché de services pour "l'entretien de tous les équipements du réseau fixe de surveillance de la qualité de l'air ambiant en Wallonie ainsi qu'une partie bien définie des équipements du réseau mobile de la qualité de l'air". Un avis est également publié au Journal Officiel de l'Union Européenne le 22 août 2014.

Le marché est passé pour une période de douze mois. Il est divisé en six lots, dont le premier est consacré aux "équipements de mesure et systèmes auxiliaires dédiés au réseau fixe".

III.2. Le cahier spécial des charges prévoit, pour tous les lots, que "le marché sera attribué au soumissionnaire ayant présenté, pour le lot concerné, l'offre régulière économiquement la plus avantageuse". Trois critères d'attribution sont mentionnés : le prix (70 points), la qualité du service presté (20 points) et le "système qualité mis en place et/ou les accréditations et certifications" (10 points).

III.3. La requérante, la partie intervenante et deux autres soumissionnaires déposent une offre pour le lot 1.

III.4. L'ouverture des offres a lieu le 7 octobre 2014.

III.5. Le 10 décembre 2014, la partie adverse décide d'attribuer le lot n° 1 du marché à la société anonyme YVAN PAQUE. Cette décision, qui constitue l'acte attaqué, est motivée par la distribution des points entre les différents soumissionnaires.

Il ressort du tableau récapitulatif des points que l'adjudicataire a obtenu 93 points, tandis que la requérante en a obtenu 92. Le détail des points obtenus par les différents soumissionnaires se présente comme suit :

"

Tableau récapitulatif des points attribués aux soumissionnaires dans le cadre de l'attribution du lot N° 1 du CSC-RTM 2014

Critère d'attribution Modèle proposé	COFELY FABRICOM Roads South	ENVICONTROL Belgique	MICOTEC	YVAN PAQUE
MONTANT de l'OFFRE	64	70	65	66
QUALITE DU SERVICE PRESTE et QUALIFICATION du PERSONNEL Sur 20 points	1 : 3/4 2 : 3/10 3 : 0/4 4 : 2/2 Total: 8	1 : 4/4 2 : 6/10 3 : 1/4 4 : 2/2 Total : 13	1 : 4/4 2 : 10/10 3 : 4/4 4 : 2/2 Total 20	1 : 4/4 2 : 10/10 3 : 1/4 4 : 2/2 Total 17
SYSTEME de MANAGEMENT de la QUALITE Sur 10 points	ISO 9001 : 7/7 ISO 14001 : 1/1 Total : 8	ISO 9001 : 7/7 VCA : 1/2 (en cours de certification) Total : 8	ISO 9001 : 7/7 Total : 7	ISO 9001 : 7/7 VCA** : 2/2 ISO 14001 : 10 Total : 10
TOTAL GENERAL Sur 100 points	80	91	92	93

"

Concernant le troisième critère, la précision suivante est apportée:

3. «C — Système de Management de la Qualité — 10 points ».

La certification ISO 9001 : 2008 intègre entre autre, la conformité aux exigences des clients et aux exigences légales et réglementaires applicables la satisfaction du client, l'amélioration continue, la gestion des plaintes (7 points).

La VCA porte sur la gestion directe des aspects santé et sécurité et environnement sur le lieu de travail (2 points).
L'ISO14001 porte sur la maîtrise des impacts environnementaux de l'entreprise et sur l'amélioration de ses performances environnementales (1 point)".

IV. REQUETE EN INTERVENTION

La société anonyme YVAN PAQUE a, par une requête introduite le 8 janvier 2015, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Cette société étant l'attributaire du marché litigieux, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. MOYEN

V.1 Thèses des parties

A. Requête

La partie requérante prend un premier moyen "de l'illégalité du cahier spécial des charges et de la violation :

- des articles 20 et 25 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services;
- des articles 58, 72 et 77 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques".

Elle reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir utilisé, dans le troisième critère d'attribution, un critère de qualité qui relève en réalité des critères de sélection qualitative au sens de l'article 58 de l'arrêté royal précité du 15 juillet 2011. S'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne et du Conseil d'Etat, elle fait valoir que les critères liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché et non à l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse sont exclus à titre de "critères d'attribution". Elle soutient que "le troisième critère d'attribution repris par le cahier spécial des charges, et les différents sous-critères utilisés dans la décision d'attribution, n'aboutissent pas à la reconnaissance d'une offre plus avantageuse sur le plan économique" et ajoute que "ces critères ne sont utiles que pour déterminer si un soumissionnaire est capable d'exécuter (correctement) le marché". Elle conclut qu'ils constituent donc "intrinsèquement des critères de sélection qualitative et non des critères d'attribution".

B. Note d'observations

La partie adverse observe, en premier lieu, que la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne et du Conseil d'Etat est extrêmement nuancée en ce qui concerne la distinction entre les critères de sélection et les critères d'attribution. Elle cite en ce sens plusieurs arrêts qui admettent de considérer comme critères d'attribution des critères dont les requérants soutenaient qu'ils visaient en réalité la sélection qualitative.

Elle expose, ensuite, que des certifications spécifiques à l'objet du marché peuvent être utilisées au stade de la comparaison des offres pour élargir la concurrence, ce qui a été le cas en l'espèce. La partie requérante n'a donc, selon elle, pas d'intérêt au moyen car "si les certifications critiquées avaient été exigées au stade de la sélection qualitative, la partie requérante aurait été d'emblée exclue de la participation du marché", puisqu'elle ne conteste pas ne pas disposer de ces certifications.

Elle soutient encore que les certifications litigieuses sont en relation étroite avec l'objet du marché et visent bien à définir l'offre économiquement la plus avantageuse. Elle considère que ces certifications offrent des gages quant à la qualité du service rendu par l'entreprise (ISO9001), quant à la sécurité (VCA) et quant à la gestion environnementale (ISO14001).

S'agissant plus spécifiquement de la certification VCA, que ne possède pas la requérante, à la différence de la partie intervenante, elle explique que ce système d'évaluation de la sécurité "permet aux entreprises de prouver qu'[elles] respectent les mesures de prévention nécessaires afin de limiter autant que possible les risques pour leurs propres travailleurs et pour ceux du donneur d'ordre".

La partie adverse estime que "le critère était relatif à un système de management de la qualité ou à des certifications en relation avec la nature des prestations du marché" et précise qu'elles auraient pu produire plusieurs types de certification.

C. Requête en intervention

La partie intervenante rappelle, en citant une jurisprudence du Conseil d'Etat, que s'il est exact que, en principe, les critères de sélection se rapportent à la personne du soumissionnaire et les critères d'attribution à l'offre "dans les marchés de services, il se peut cependant que des critères concernant a priori la personne du soumissionnaire servent en réalité à apprécier la qualité de l'offre et constituent ainsi

des critères d'attribution". Elle soutient que tel est le cas du critère d'attribution litigieux. En effet, il "ne vise pas seulement les accréditations et les certifications attestant que leur titulaire répond à certaines normes mais il vise également les systèmes de qualité particuliers mis en place par le soumissionnaire en dehors de ces certifications". Elle souligne, en outre, que les soumissionnaires ne pouvaient se prévaloir, au titre de ce critère, que des seules certifications en rapport avec la nature des travaux, ce qui indique, selon elle, qu'il s'agit bien d'apprécier la qualité de l'offre. Enfin, elle explique que "le pouvoir adjudicateur ne vise pas à vérifier que le soumissionnaire concerné est titulaire de certains certificats établissant sa capacité d'exécuter le marché, mais à choisir la meilleure offre du point de vue des systèmes de qualité mis en place, qu'ils soient propres au soumissionnaire ou qu'ils résultent de normes préétablies". Elle estime que ce critère est donc bien un critère d'attribution.

La partie intervenante précise que "le type de marché en cause justifie en outre qu'une importance particulière soit accordée au système de qualité mis en place par le soumissionnaire".

Elle estime, comme la partie adverse, qu'en toute hypothèse, la partie requérante n'a pas d'intérêt au moyen.

V.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la recevabilité

Le cahier spécial des charges n'a pas imposé les certifications litigieuses comme critère de sélection. La circonstance que la partie requérante ne dispose pas de ces certifications est donc, à première vue, sans incidence sur la possibilité qu'elle puisse se voir attribuer le marché. Rien n'autorise, en effet, à considérer que l'éventuelle suppression du troisième critère de la liste des critères d'attribution devrait nécessairement entraîner, par un effet de vases communicants, son insertion parmi les critères de sélection qualitative. Sans même qu'il y ait lieu de s'interroger, à ce stade, sur la pertinence éventuelle de ce critère au regard du marché concerné, il suffit de constater que la décision de l'imposer ou non comme critère de sélection qualitative relève d'un choix posé par l'autorité adjudicatrice et que ladite autorité n'a pas effectué ce choix. Il n'y a pas lieu, pour le surplus, de se prononcer sur une situation hypothétique dans laquelle le cahier des charges aurait été différent.

Le moyen est recevable.

B. Quant au caractère sérieux du moyen

Dans une procédure de passation de marché public, les étapes de la sélection qualitative des soumissionnaires et de leur comparaison au regard du ou des critères d'attribution sont nettement distinctes, qu'il s'agisse des secteurs classiques ou des secteurs spéciaux. Ces deux opérations sont régies par des règles différentes et répondent à des objectifs différents. Cela implique notamment que les mêmes critères ne peuvent pas être utilisés indifféremment à l'un ou l'autre stade de la procédure. L'attribution du marché se fait après la vérification de l'aptitude des soumissionnaires et à ce stade, ce n'est plus le soumissionnaire qui est évalué mais la qualité de son offre. Les critères qui sont liés essentiellement à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question ne peuvent par conséquent être intégrés dans les critères d'attribution. Ces derniers ont, en effet, pour seul objet d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Certes, il ne peut être exclu que dans certaines circonstances, en particulier dans le cas de services complexes, il puisse exister une connexion étroite entre l'expérience professionnelle des membres de l'équipe mise à la disposition du pouvoir adjudicateur et la valeur économique de l'offre. Encore convient-il, dans une telle hypothèse, de distinguer entre ce qui relève de l'évaluation, en général, de l'aptitude du soumissionnaire à exécuter le marché et ce qui relève de la valeur économique ajoutée, *in concreto*, par l'expérience professionnelle du personnel qui sera effectivement mis à la disposition de l'adjudicateur. Il s'agit toujours, dans une telle hypothèse, de distinguer l'offre économiquement la plus avantageuse.

L'expérience des agents, ainsi circonscrite, ne se confond pas avec la capacité technique ou professionnelle du candidat ou du soumissionnaire. Les modes de certification de cette capacité sont expressément visés aux articles 72 et 77 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques. Ces dispositions font partie de la section trois du chapitre cinq de l'arrêté royal, intitulée "sélection qualitative". Evaluer si un soumissionnaire satisfait ou non à des normes qualitatives et s'il le démontre par la production de certifications ou d'accréditations constitue donc une opération de sélection qualitative, visant à apprécier son aptitude générale à exécuter le marché et non la valeur économique de son offre.

En l'espèce, la partie requérante reproche à la partie adverse d'avoir utilisé comme critère d'attribution la possession de certifications. Sa critique vise spécifiquement l'utilisation de la certification VCA** valorisée à hauteur de 2 points. Cette valorisation a influencé le classement final en faveur de l'attributaire en raison d'une différence d'un point.

Il ressort des explications des parties que la certification VCA** est un label de qualité essentiellement axé sur le respect de normes de santé, de sécurité et d'environnement. Cette certification, lorsqu'elle est attribuée à l'entreprise dans son ensemble, garantit la qualité générale de son mode de fonctionnement au regard de ces normes. Elle ne fournit, toutefois, aucune indication sur la valeur économique de ses prestations, ni sur la plus value que pourrait apporter l'équipe spécifique qui sera mise à la disposition de l'adjudicateur. Dans les limites d'un examen en extrême urgence, l'on n'aperçoit dès lors pas en quoi la certification VCA** serait de nature à conférer à l'offre du soumissionnaire qui détient cette certification un caractère économiquement plus avantageux.

La circonstance que le critère litigieux pouvait également inclure des systèmes de qualité particuliers, comme le souligne la partie intervenante, n'énervé en rien le constat qui précède. En effet, la tolérance ainsi vantée porte, en réalité, sur un mode alternatif d'administration de la preuve que l'entreprise satisfait à l'exigence de qualité visée par le critère litigieux, elle ne modifie pas la nature de ce critère. Le fait que les soumissionnaires établissent ou non qu'ils satisfont au troisième critère en matière de santé, de sécurité et d'environnement est de nature à donner une information générale sur l'entreprise et, pour peu que cela ait un lien avec le marché, peut renseigner sur leur capacité à exécuter celui-ci; ainsi que cela a déjà été exposé plus haut, cela ne donne pas d'information sur l'expérience professionnelle particulière du personnel mis à la disposition de l'adjudicataire et pas davantage sur la valeur économique de leur offre. La manière dont la preuve de cette aptitude générale est apportée, par une certification ou par un système interne non certifié, est, à cet égard, sans incidence.

Enfin, si la partie adverse considérait que, comme le suggère la partie intervenante, le type de marché en cause imposait d'attacher une importance particulière au système de qualité mis en place par les soumissionnaires, il lui était loisible d'en faire un critère de sélection, ce qu'elle n'a pas voulu faire en l'occurrence. Quoi qu'il en soit, cette considération n'est pas de nature à démontrer que le critère litigieux a pour objet d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le premier moyen est sérieux.

VI. DEPENS ET INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie requérante sollicite la condamnation de la partie adverse à une indemnité de procédure. Elle ne précise cependant pas le montant sollicité.

La partie adverse sollicite également la condamnation de la partie requérante à une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros.

Il n'y a pas lieu, à ce stade de la procédure, de statuer sur les dépens et les demandes d'indemnité de procédure.

VII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse dépose les offres des soumissionnaires, qu'elle souhaite garder confidentielles.

Il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des offres des différents soumissionnaires dans la mesure où leur divulgation n'est pas nécessaire à la solution du litige.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société anonyme YVAN PAQUE est accueillie dans la procédure en référé.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision du 10 décembre 2014 en ce qu'elle attribue le lot n°1 du marché public de service pour l'entretien du réseau fixe et mobile de surveillance de la qualité de l'air ambiant en wallonie à la société anonyme YVAN PAQUE.

Article 3.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 4.

La pièce 5 du dossier administratif est soustraite à la consultation des parties, à ce stade de la procédure.

Article 5.

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

Article 6.

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.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le seize janvier deux mille quinze par :

M.	Serge BODART,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
M ^{me}	Caroline HUGÉ,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Caroline HUGÉ.

Serge BODART.