

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 230.069 du 2 février 2015

G./A.214.652/VI-20.348

En cause : **la société anonyme G.B.M.,**

ayant élu domicile chez
Me Gaël TILMAN, avocat,
quai de Rome, n° 1/12,
4000 Liège,

contre :

**le Centre régional de soins
psychiatriques les Marronniers,**

ayant élu domicile chez
Me Philippe HOREMANS, avocat,
rue de la Souvenance, n° 17,
7522 Blandain.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 5 janvier 2015, la société anonyme G.B.M. sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise le 11 décembre 2014 par le Conseil d'administration du Centre Régional de soins psychiatriques LES MARRONNIERS dans le cadre du marché public de fournitures ayant pour objet «Chariots de distribution de repas et équipements mobiles» par laquelle il évince l'offre de la requérante pour le lot 1 et par laquelle il procède à l'attribution du marché public dont question, en ce qui concerne le lot 1, à l'entreprise SABEMAF - SECHEHAYE SA, décision notifiée par envoi daté du 19 décembre 2014".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 7 janvier 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 27 janvier 2015 à 10 heures 30.

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

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 ont été acquittés dans le délai prescrit.

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

Mes Gaël TILMAN et Sarah RENSONNET, avocats, comparaissant pour la partie requérante et Me Sébastien FIEVEZ, *loco* Me Philippe HOREMANS, avocat, comparaissant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, 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

Les faits utiles à l'examen de la demande peuvent être exposés comme suit:

III.1. En sa séance du 8 mai 2014, le conseil d'administration de la partie adverse a décidé de lancer, selon la procédure d'appel d'offres ouvert avec publicité européenne, un marché public ayant pour objet la fourniture de chariots de distribution de repas et d'équipements mobiles, et pour lequel a été établi le cahier spécial des charges n°LOGI/IM/14/13.

Le marché est divisé en lots, comme suit :
Lot 1 "CHARIOTS DE DISTRIBUTION DES REPAS"
Lot 2 "EQUIPEMENTS MOBILES".

III.2. A la date du 18 juillet 2014, à laquelle était fixée l'ouverture des offres, sont parvenues cinq offres, déposées par les sociétés G.B.M., BURLODGE, ELECTRO CALORIQUE, MAGEC et SABEMAF - SECHEHAYE.

Conformément aux conclusions d'un "Rapport d'examen des offres" établi par les services de la partie adverse le 6 novembre 2014, le conseil

d'administration de celle-ci a décidé, le 11 décembre 2014, d'attribuer le lot n°1 du marché à la société SABEMAF - SECHEHAYE. Sa délibération, qui constitue l'acte attaqué, est libellée comme suit:

" Le Conseil d'Administration décide:

Sur avis positif du Comité de Direction et du Bureau du CA:

De sélectionner les soumissionnaires ELECTRO CALORIQUE, BURLODGE, G.B.M. sa, SABEMAF - SECHEHAYE sa et MAGEC NV pour avoir joint toutes les pièces exigées par la sélection qualitative.

De considérer les offres de BURLODGE, G.B.M. sa, ELECTRO CALORIQUE, MAGEC NV et SABEMAF - SECHEHAYE sa comme complètes et régulières.

D'approuver le rapport d'examen des offres du 6 novembre 2014 pour le marché «Fourniture Chariots de Distribution de Repas et Equipements Mobiles - Lot 1 (CHARIOTS DE DISTRIBUTION DES REPAS)», rédigé par le Service Logistique.

De considérer le rapport d'examen des offres en annexe comme partie intégrante de la présente délibération.

D'attribuer ce marché au soumissionnaire ayant remis l'offre régulière économiquement la plus avantageuse (en tenant compte des critères d'attribution), soit SABEMAF - SECHEHAYE sa, Av. Eiffel 8z à 1300 Wavre, pour le montant d'offre contrôlé de 570.941,39 € hors TVA, soit 690.839,08 TVAC €.

L'exécution du marché doit répondre aux conditions fixées par le cahier des charges N° LOGI/IM/14/13".

IV. PREMIER MOYEN

IV.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un premier moyen, pris "de la violation de la Constitution, notamment de ses articles 10 et 11, 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 de son article 25, de la violation de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de son article 101, de la violation du principe général d'égalité entre les soumissionnaires, de l'erreur manifeste d'appréciation ainsi que de la violation du cahier spécial des charges", qu'elle formule dans les termes suivants:

" En ce que, première branche, le cahier spécial des charges prévoyait que des tests seraient effectués sur les chariots proposés.

Ces tests ont fait l'objet d'évaluations reprises dans les annexes du rapport d'examen des offres sous le titre «démonstration chariots de distribution des repas».

Il ressort de ce document que les tests ont permis d'évaluer les performances des chariots proposés par les soumissionnaires lors des différentes étapes, à savoir :

1. Prise de température du chariot à température ambiante en cuisine 30 minutes avant le démarrage de la chaîne de portionnement ;
2. Prise de température des aliments à la fin de la chaîne de portionnement ;
3. Chargement des plateaux dans la navette + branchement chaud/froid
4. Temps de remise en température
5. Débranchement + départ avec mesure de t° affichée
6. Arrivée en pavillon + prise de température aliments avant branchement
7. Branchement + lancement chaud/froid
8. Temps de remise en maintien de température
9. Prise de température des aliments avant service des repas

La prise de température des aliments à la fin de la chaîne de portionnement est un événement indépendant de tout soumissionnaire puisque la température des aliments est prise à la sortie des cuisines de l'autorité adjudicatrice, après que les aliments aient été portionnés pour chaque utilisateur et avant qu'ils ne soient placés dans les chariots de distribution de repas.

Il ressort de l'analyse de ces documents que lors des tests réalisés sur le chariot proposés par SABEMAF, l'adjudicataire, les aliments sont sortis de cuisine à une température de 73,9° pour la viande, 75° pour les pommes de terre et 75° pour les légumes.

Alors que, pour la requérante, les aliments, à ce stade, présentaient une température de 67° pour la viande, 65° pour les pommes de terre et 65° pour les légumes.

On peut dès lors observer une différence de près de 10° sur l'ensemble des aliments.

Cette différence de température joue pourtant un rôle capital dans le temps mis pour remettre ces aliments à température lors de l'étape 4.

Or, dans le critère de cotation «qualité des performances opérationnelles», il ressort des grilles d'évaluation des critères que le sous-critère «temps de mise en température/mise en maintien» n'a été coté qu'en fonction des temps de mise en température (étape 4) et temps de remise en maintien de température (étape 8) et ce, pour un total de 15 points.

Par conséquent, il est patent que la requérante a été placée dans des circonstances nettement plus défavorables que SABEMAF, la faisant ainsi reculer de plusieurs rangs dans ce classement, lui faisant ainsi perdre potentiellement 4,5 points.

En ce que, deuxième branche, l'autorité adjudicatrice a sanctionné l'offre de la requérante, pour le critère «qualité technique», sous-critère «robustesse» au motif que le châssis de ses charriots était en aluminium et non en inox comme souhaité.

Or, le cahier spécial des charges ne mentionne nullement que les châssis des charriots doivent être en inox.

En outre, contrairement à ce qui est indiqué de manière erronée par la partie adverse, l'aluminium offre une plus grande résistance et une plus grande robustesse que l'inox.

Par conséquent, l'offre de la requérante n'aurait pas dû être sanctionnée de ce fait.

C'est donc de manière contraire au cahier spécial des charges que l'offre de G.B.M. a été sanctionnée de 1,5 points".

IV.2. Décision du Conseil d'Etat

A. Quant à la première branche

En cette branche, le moyen soutient, en substance, que la différence entre les températures d'aliments prises respectivement pour les tests des chariots de la requérante et ceux des chariots de la société SABEMAF-SECHEHAYE a joué "un rôle capital" pour la comparaison des offres au regard du sous-critère "Temps de mise en température/mise en maintien", ce qui a eu pour conséquence que la requérante "a été placée dans des circonstances nettement plus défavorables" que la société SABEMAF-SECHEHAYE, perdant potentiellement 4,5 points pour ce sous-critère.

En ce qui concerne le "Temps de mise en température", qui aurait pu – à suivre le moyen – être directement affecté par les différences de température relevées, la requérante a bénéficié d'une note meilleure que celle qui a été attribuée à la société SABEMAF-SECHEHAYE, de sorte qu'on n'aperçoit pas le préjudice qu'elle aurait pu subir à ce stade de réalisation des tests.

Par ailleurs, et pour avoir égard à l'argument de la requérante selon lequel cette différence de température a affecté l'ensemble du test au point d'avoir également une incidence sur le "Temps de mise en maintien de température", si la réalité de cette incidence ne peut être exclue au terme de la présente procédure en extrême urgence, force est de constater que sa vraisemblance n'est pas établie par le moindre élément concret.

Au vu de ces éléments qui ne révèlent pas "des circonstances nettement plus défavorables" pour la requérante, le moyen ne peut être déclaré sérieux en sa première branche.

B. Quant à la seconde branche

Il ressort de plusieurs mentions du cahier spécial des charges que la partie adverse avait préconisé l'usage de matériaux en inox.

Le "Rapport d'examen des offres" révèle que la note de 3,5/5 attribuée à la requérante pour le "sous-sous-critère" "Type de matériau (inox)" est motivée par le fait que le châssis du chariot proposé était en aluminium, et non en inox.

La requérante, qui soutient – sans toutefois étayer cette affirmation de quelque élément concret – que l'aluminium est plus résistant et plus robuste, n'établit

nullement que la partie adverse aurait commis quelque erreur manifeste en appréciant son offre au regard de ce "sous-sous-critère".

Le moyen ne peut être déclaré sérieux en cette branche.

V. DEUXIEME MOYEN

V.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, pris "de la méconnaissance de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11, 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 de son article 25, de la violation de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de son article 101", qu'elle formule comme suit;

" En ce que l'article 101, § 2, 3^{ème} alinéa de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 énonce que :

«Le pouvoir adjudicateur retient les options obligatoires et décide des options libres qu'il retient pour déterminer le soumissionnaire ayant remis l'offre économiquement la plus avantageuse».

Alors que, dans le cahier spécial des charges, la partie adverse renseigne trois options obligatoires :

- option A : fourniture d'un système de traçabilité.
- option B : 8 années de maintenance préventive des équipements (dont les premières sont gratuites car prévu dans la garantie de 36 mois demandée)
- option C : 8 années de maintenance et exploitation du système de traçabilité (dont les premières sont gratuites car prévu dans la garantie de 36 mois demandée)

Or, dans les critères d'attribution, seule l'option A est reprise, les options B et C ne faisant partie d'aucun critère d'attribution.

Ainsi, il n'y a nul critère relatif à la qualité de maintenance préventive, que ce soit des équipements ou du système de traçabilité, ce dernier critère n'étant coté qu'au regard de la fonctionnalité et de la performance".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

Le cahier spécial des charges du marché litigieux définit les options obligatoires dans les termes suivants:

- " 2.1.2 Options obligatoires
- OPTION A : Fourniture d'un système de traçabilité
 - OPTION B : 8 années de maintenance préventive des équipements (dont les 3 premières sont gratuites car prévu dans la garantie de 36 mois demandée)

- OPTION C : 8 années de maintenance et exploitation du système de traçabilité (dont les 3 premières sont gratuites car prévu dans la garantie de 36 mois demandée)".

Le fait que les systèmes de traçabilité répondant à l'option obligatoire A aient été comparés au regard du critère d'attribution "Traçabilité" ne peut faire perdre de vue que les options obligatoires B et C ont également été prises en considération dans la comparaison des offres au regard du critère "Prix".

Le moyen, qui repose sur le postulat que les options B et C ne peuvent être comparées au regard d'aucun critère d'attribution, ne peut être déclaré sérieux.

VI. TROISIEME MOYEN

Il n'y a pas lieu d'examiner le troisième moyen de la requête, dès lors qu'à l'audience du 27 janvier 2015, la requérante a déclaré s'en désister.

VII. QUATRIEME MOYEN

VII.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un quatrième moyen, pris "de la violation de la Directive européenne 2004/18, notamment de son article 53, 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 de son article 25, de la violation de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment de son article 101, de la violation du principe de transparence", qu'elle formule comme suit:

" En ce que la fixation de la pondération des sous-critères d'attribution d'un marché public doit faire l'objet du même degré de transparence que celui qui est applicable aux critères d'attribution et à leur pondération.

Par conséquent, l'autorité adjudicatrice est tenue de procéder à la pondération des sous-critères d'attribution et de porter cette pondération à la connaissance des soumissionnaires dès la rédaction de l'avis de marché ou du cahier spécial des charges.

Alors qu'en l'espèce, l'autorité adjudicatrice s'est abstenue de procéder à pareille pondération dans les documents de marché, privant ainsi les soumissionnaires d'une information importante et légitime et ce, en violation des obligations découlant des directives européennes".

VII.2. Décision du Conseil d'Etat

Contrairement à ce que soutient la requérante, la pondération des sous-critères d'attribution a bien été annoncée dans le cahier spécial des charges.

Le moyen peut toutefois être interprété en ce sens qu'il reproche à la partie adverse d'avoir manqué à son obligation de transparence, en n'annonçant pas dans les documents du marché la pondération des "sous-sous-critères d'attribution" au sein de chaque sous-critère.

Il ressort du "Rapport d'examen des offres" que le défaut d'annonce préalable des "sous-sous-critères" n'aurait, en toute hypothèse, pu faire grief à la requérante qu'en ce qui concerne les "sous-sous-critères" en lesquels étaient respectivement subdivisés les sous-critères "Facilité de chargement des plateaux et connexion à la borne" et "Système de protection et d'arrimage pour le transport".

S'agissant du sous-critère "Facilité de chargement des plateaux et connexion à la borne", la requérante a obtenu la note maximale, de sorte que le défaut de transparence n'a pu lui causer grief.

S'agissant du sous-critère "Système de protection et d'arrimage pour le transport", il n'apparaît pas à la lecture du "Rapport des examens des offres", et le moyen ne le soutient d'ailleurs pas, que, grâce à la connaissance préalable de la pondération des "sous-sous-critères", la requérante aurait pu déposer une offre meilleure, qui lui eût permis, en bénéficiant de la note maximale, de bouleverser utilement le classement final des offres.

Il s'ensuit que la requérante n'a, *prima facie*, pas intérêt au quatrième moyen.

VIII. CONFIDENTIALITE

La partie adverse sollicite que l'offre de la société SABEMAF - SECHEHAYE, qu'elle dépose au dossier administratif confidentiel, soit soustraite à la consultation des parties.

Dès lors que la divulgation de cette pièce n'est, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige, il y a lieu d'en maintenir provisoirement la confidentialité.

Il s'impose également, à ce stade la procédure, de déclarer confidentielle l'offre de la société G.B.M. qui a été déposée tant par la partie requérante que par la partie adverse.

IX. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure de base de 700 euros.

A l'audience du 27 janvier 2015, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu, en conséquence, de faire droit à la demande d'indemnité de procédure de la partie adverse.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 2.

Les offres des sociétés SABEMAF - SECHEHAYE et G.B.M. demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 3.

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

Article 4.

Une indemnité de procédure d'un montant de 700 euros est accordée à la partie adverse, à la charge de la partie requérante.

Article 5.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 200 euros, sont mis à la charge de la partie requérante.

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

MM. David DE ROY,	Conseiller d'Etat, Président f.f.,
Vincent DURIEUX,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président f.f.,

Vincent DURIEUX.

David DE ROY.