

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 232.025 du 7 août 2015

G./A.216.405/VI-20.512

En cause : **la société de droit canadien
POLLARD BANKNOTE LIMITED,**

ayant élu domicile chez
Mes Frank JUDO et
Natasha NOLET de BRAUWERE, avocats,
boulevard de l'Empereur, n° 3,
1000 Bruxelles,

contre :

**la société anonyme de droit public
LOTTERIE NATIONALE,**

ayant élu domicile chez
Me Isabelle COOREMAN, avocat,
avenue Charles Quint, n° 586, bte9,
1082 Bruxelles,

Partie intervenante :

SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL LIMITED,

ayant élu domicile chez
Mes Emmanuel van NUFFEL et Dominique BOGAERT,
avocats,
avenue Louise, n° 81,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 10 juillet 2015, la société de droit canadien POLLARD BANKNOTE LIMITED demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution des décisions suivantes :

- " - la décision du Conseil d'administration de la Loterie Nationale du 16 juin 2015 d'attribuer le marché public de servies ayant pour objet l'impression de billets à gratter à la société SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL LIMITED, fondée sur le rapport d'attribution final de même date;
- la décision de ne pas attribuer ce marché à la requérante".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 13 juillet 2015, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 4 août 2015 à 10 heures 30.

Par une requête introduite le 31 juillet 2015, SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL LIMITED demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la procédure en référé d'extrême urgence.

M^{me} le Président de chambre, Odile DAURMONT, a exposé son rapport.

Me Aurélien VANDEBURIE, avocat, comparaisant pour la partie requérante, Mes Isabelle COOREMAN et Maxim LECOMTE, avocats, comparaisant pour la partie adverse et Me Emmanuel van NUFFEL, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} l'Auditeur au Conseil d'Etat, Elisabeth WILLEMART, 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 marché litigieux, qui a fait l'objet de publications notamment européenne, a été passé selon la procédure d'appel d'offres restreint.

IV. RECEVABILITE DE L'INTERVENTION

La société de droit anglais SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL LIMITED, qui est l'attributaire du marché litigieux, est recevable, en raison de cette qualité, en intervention.

V. PREMIER MOYEN

V. 1. Thèses des parties

A. Thèse de la partie requérante

Le premier moyen est pris de la violation "des principes d'égalité de traitement des soumissionnaires, de motivation, de transparence et de concurrence;

des articles 5 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 4, 8° et 5, 9° 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; des articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; de l'excès de pouvoir, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation.

En ce que, la décision attaquée attribue le marché notamment sur le critère d'attribution G7 du cahier spécial des charges intitulé «6.5.2. Appareillage disponible, capacité d'impression et procédé d'impression»;

Alors que, sont exclus à titre de critère d'attribution, les critères qui ne visent pas à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse, mais qui sont liés à l'appréciation de l'aptitude des soumissionnaires à exécuter le marché en question;

De sorte que, la partie adverse a opéré une confusion entre critères d'attribution et critères de sélection qualitative et plus précisément ceux liés à la capacité technique et professionnelle du candidat".

Il est divisé en deux branches. Dans la première, la partie requérante soutient, après avoir analysé le critère de sélection qualitative "capacité technique" tel que défini dans l'avis de marché avec ce même critère mais tel qu'énoncé dans le cahier spécial des charges sous le titre "critères d'attribution", que la partie adverse a amalgamé critère de sélection et critère d'attribution.

Elle rappelle la réglementation en la matière – les articles 5 et 25 de la loi du 15 juin 2006 – et la jurisprudence "Lianakis" de la Cour de justice de l'Union européenne.

Elle estime qu'il importe peu qu'elle ait été classée à égalité avec l'attributaire pour ce critère d'attribution car c'est l'ensemble de la procédure qui a ainsi été viciée et qu'elle a donc bien intérêt au moyen.

B. Thèse de la partie adverse

La partie adverse expose que l'éventuelle illégalité dénoncée ne fait pas grief à la partie requérante puisque celle-ci a obtenu les mêmes points que le futur attributaire pour le critère en cause. Elle estime que la partie requérante ne démontre pas en quoi l'application de ce critère lui cause un préjudice.

Elle fait valoir que le grief dénoncé est tardif dans la mesure où il eût dû, en vertu de l'article 86 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, être porté à la connaissance du pouvoir adjudicateur dès après la communication des documents du marché, *quod non*.

En toute hypothèse, elle estime que le critère d'attribution est licite. Elle précise que le critère de sélection technique et le critère d'attribution "se distinguent clairement".

C. Thèse de la partie intervenante

La partie intervenante concentre son argumentation sur l'absence d'intérêt de la partie requérante au moyen.

Elle rappelle qu'aux termes de l'article 14 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, "l'intérêt du soumissionnaire concerné au recours ou au moyen suppose une lésion ou un risque de lésion".

"Elle ajoute, sur ce point, que l'importance relative du critère dénoncé par POLLARD BANKNOTE n'est pas significative et, donc, pas de nature, à influencer de manière décisive la décision d'attribution du marché. Il est, en effet, pondéré à 200/7400 points, soit un poids relatif de 2,7 %".

Enfin, elle développe sa thèse en prenant appui sur l'arrêt GROSSMANN AIR SERVICE de la Cour de justice de l'Union européenne (C-230/02, 12 février 2004) selon lequel les mécanismes de protection juridictionnelle prescrits par la directive 89/665 "ne s'opposent pas à ce qu'une personne soit considérée, après l'attribution d'un marché public, comme privée du droit d'accès aux procédures de recours prévues par ladite directive, lorsque cette personne n'a pas participé à la procédure de passation, au motif qu'elle n'aurait pas été en mesure de fournir l'ensemble des prestations qui faisaient l'objet de l'appel d'offres, en raison de la présence de spécifications prétendument discriminatoires dans les documents relatifs à celui-ci, et qu'elle n'a cependant pas exercé un recours à l'encontre desdites spécifications avant l'attribution du marché".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'arrêt n° 152.173 du 2 décembre 2005, prononcé en assemblée générale, a décidé de rejeter une exception d'irrecevabilité tirée du défaut de moyens recevables au motif suivant :

" Considérant que la faculté d'introduire immédiatement un recours en annulation et une demande en suspension contre la décision d'adopter le cahier spécial des charges n'empêche pas que les irrégularités qu'un soumissionnaire reproche à une prescription de ce cahier puissent encore être invoquées de manière recevable contre des décisions ultérieures prises dans le cadre de la procédure de passation; qu'à l'appui de son recours contre les décisions attaquées, la partie requérante peut, dès lors invoquer l'illégalité du cahier spécial des charges, même si devant le Conseil d'Etat, elle n'a pas attaqué en tant que telle la décision d'adopter le cahier spécial des charges".

En l'espèce, la partie requérante, qui a introduit un recours de suspension selon la procédure d'extrême urgence contre la décision d'attribution du marché litigieux, n'a pas introduit de recours contre la décision d'adoption du cahier spécial des charges qu'elle critique dans le premier moyen examiné.

A l'instar de l'article 1^{er}, § 3, des directives 89/665/CEE et 92/13/CE, telles que modifiées par la directive 2007/66/CE, l'article 14 de la loi du 17 juillet 2013 reprend parmi les personnes qui sont recevables à introduire un recours contre une décision d'attribution d'un marché non seulement, "toute personne ayant ou ayant eu un intérêt à obtenir un marché déterminé et ayant été [...] lésée par la violation alléguée" mais aussi celle "risquant d'être lésée" par une illégalité.

Le moyen est donc recevable si la partie requérante risque d'être lésée par l'illégalité qu'elle y dénonce.

Il y a donc lieu d'examiner si l'illégalité est sérieuse et susceptible de léser la partie requérante.

A l'évidence, le critère "G7.6.5.2. Appareillage disponible, capacité d'impression et procédé d'impression", ne porte pas sur l'offre des soumissionnaires mais sur la capacité technique de ceux-ci. Cette confusion existe donc dans le cahier spécial des charges mais également dans le rapport d'analyse. Les exemples que donne la partie adverse dans sa note d'observations, tels que les "possibilités de découpe" ou encore "le fait de disposer de plusieurs unités de production", relèvent assurément de la capacité technique des soumissionnaires et non de l'offre en tant que telle, c'est-à-dire du document qui engage le soumissionnaire à mettre en œuvre la capacité technique exigée par le pouvoir adjudicateur pour un prix offert déterminé par ledit soumissionnaire. En outre, ce critère, en réalité, de sélection se retrouve dans

l'exigence de "spécifications fonctionnelles et techniques" reprise au point 6.5.2 du cahier spécial des charges qui demande aux soumissionnaires une "description" de l'appareillage disponible, de la capacité d'impression et du procédé d'impression.

Les critères d'attribution, qui ne peuvent en principe être confondus avec les critères de sélection, l'ont donc été en l'espèce. Et, les éléments avancés par la partie adverse, illustrés ci-dessus, ne sont ni suffisants ni d'ailleurs pertinents pour admettre que des éléments liés à la capacité technique des soumissionnaires puissent, à titre exceptionnel, constituer des critères d'attribution.

Le poids du critère en cause, 200 points sur 7.400, n'est pas de nature à faire perdre, *ipso facto*, l'intérêt de la requérante au moyen. En effet, les critères d'attribution fixés par un pouvoir adjudicateur doivent, en règle, avoir une cohérence propre à chacun mais aussi entre eux. Cette structure est induite par la nature des marchés publics qui comportent divers éléments concourant à la réalisation d'un même objectif consistant, selon les cas, en travaux, fournitures ou services déterminés. En l'espèce, la partie adverse n'établit pas que des circonstances particulières permettraient d'évaluer précisément l'incidence du critère jugé illégal sur le résultat de la comparaison des offres et la détermination de l'offre la plus avantageuse.

Le premier moyen est sérieux en sa première branche.

VI. TROISIEME MOYEN

VI. 1. Thèse de la partie requérante

Le troisième moyen est "pris de la violation des principes généraux d'égalité de traitement, de transparence et de concurrence; des articles 4,8° et 5,9° 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, et de l'excès de pouvoir, ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation". Il est exposé comme suit :

" En ce que, la partie adverse procède à une correction des prix des trois soumissionnaires, tout en se bornant à indiquer que ces corrections seraient minimales et sans influence sur le résultat final;

Alors que, la partie adverse aurait (dû) motiver de manière circonstanciée en quoi les modifications apportées aux prix ne changent pas le résultat final;

De sorte que, la partie adverse ne pouvait, sans violer les dispositions visées au moyen, parvenir à la conclusion que l'offre de SCIENTIFIC GAMES était l'offre régulière économiquement la plus avantageuse".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

Le troisième moyen est sérieux. En effet, la partie adverse a corrigé les prix de tous les soumissionnaires sans indiquer sur quelle base légale elle se fondait et en se limitant à la motivation suivante, qui consiste en une pure affirmation :

" Toutes ces corrections ont abouti à des adaptations minimales des prix totaux et n'ont pas d'influence sur le résultat final".

VII. RECEVABILITE DE LA REQUETE EN SON SECOND OBJET

La requête est irrecevable en ce qu'elle vise le refus implicite de la partie adverse d'attribuer à la partie requérante le marché litigieux. En effet, la partie requérante ne développe pas d'arguments à cet égard.

VIII. BALANCE DES INTERETS

VIII. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse, qui fait valoir que l'organisation des loteries publiques et des jeux de hasard est d'intérêt général, soutient qu'une suspension de l'exécution de la décision attaquée mettra en péril la livraison de nouveaux billets à gratter.

Elle fait observer que le contrat de la partie requérante, qui prestait les services en cause, ne peut plus être prolongé car l'article 37, § 2, de la loi du 15 juin 2006 fixe une durée maximale de 4 ans qui en l'espèce est expirée.

Elle estime donc que son approvisionnement en billets à gratter et la distribution de ceux-ci pourraient être mis en péril et invoque, en illustrant son propos, le risque d'atteinte à la continuité du service public.

VIII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il faut observer que la partie adverse a attribué le marché litigieux le 25 juin 2015 alors que le précédent contrat venait à échéance le 22 juin 2015.

Outre que la réfection de l'acte attaqué n'est pas de nature complexe, les arguments de la partie adverse ne sont clairement pas suffisants pour considérer que l'intérêt qu'elle revendique devrait justifier que la suspension ne soit pas ordonnée.

IX. CONFIDENTIALITE

La partie adverse demande à ce que les pièces n° 5, 6, 7 et 12 à 21, du dossier administratif restent confidentielles. Il y a lieu de faire droit à cette demande.

La partie requérante demande que sa candidature et son offre qui sont jointes à la requête soient soustraites du dossier. Il y a lieu de faire droit à cette demande.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL LIMITED, est accueillie.

Article 2.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de "la décision du Conseil d'administration de la Loterie Nationale du 16 juin 2015 d'attribuer le marché public de services ayant pour objet l'impression de billets à gratter à la société SCIENTIFIC GAMES INTERNATIONAL LIMITED, fondée sur le rapport d'attribution final de même date".

La requête est rejetée pour le surplus.

Article 3.

Les pièces n° 5, 6, 7 et 12 à 21, du dossier administratif sont tenues pour confidentielles.

La candidature et l'offre de la requérante sont tenues pour confidentielles.

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 aux parties n'ayant pas choisi la procédure électronique.

Article 5.

Les dépens sont réservés.

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

M ^{mes} Odile DAURMONT,	Président de chambre,
Nathalie ROBA,	Greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Nathalie ROBA.

Odile DAURMONT.