CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 233.900 du 23 février 2016

G./A.218.031/VI-20.688

En cause : **1. la société coopérative à responsabilité limitée R.S.M. INTERAUDIT**,
2. la société privée à responsabilité limitée M.K.S. & PARTNERS REVISEURS D'ENTREPRISES,

ayant élu domicile chez
Mes André DELVAUX et
Renaud SIMAR, avocats,
boulevard de la Woluwe, n° 60,
1200 Bruxelles,

contre :

l'Office wallon de la formation professionnelle et de l'emploi, en abrégé le FOREM,

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

Parties intervenantes :

1. la société coopérative à responsabilité limitée K.P.M.G. REVISEURS D'ENTREPRISES,
2. la société privée à responsabilité limitée JOIRIS ROUSSEAUX & CO,

ayant élu domicile chez
Me Eric BALATE, avocat,
rue de Gouvernement, n° 50,
7000 Mons.

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 7 janvier 2016, la société coopérative à responsabilité limitée R.S.M. INTERAUDIT et la société privée à responsabilité limitée M.K.S. & PARTNERS REVISEURS D'ENTREPRISES, sollicitent, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision prise par le

FOREM à la double date du 14 octobre 2015 et du 23 décembre 2015 (ci-après décision du 23 décembre), par laquelle le marché de prestations de services concernant la désignation d'un collège de réviseurs aux comptes, régi par le Cahier spécial des charges n° DMP1402110/MRNJNC/REVISORAT, est attribué à l'association sans personnalité juridique KPMG - JOIRIS, ROUSSEAUX & CO SPRL".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 8 janvier 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 2 février 2016 à 10 heures.

La société coopérative à responsabilité limitée K.P.M.G. REVISEURS D'ENTREPRISES et la société privée à responsabilité limitée JOIRIS, ROUSSEAUX & CO ont, par une requête introduite le 29 janvier 2016, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la procédure en référé d'extrême urgence.

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.

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

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

Mes Renaud SIMAR et Arthur D'ANETHAN, avocats, comparaissant pour les parties requérantes, Me Ann-Lawrence DURVIAUX, avocat, comparaissant pour la partie adverse, et Me Céline DELHOUX, *loco* Me Eric BALATE, avocat, comparaissant pour les parties intervenantes, 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

III.1. Le 10 avril 2015, l'Office Wallon de la formation professionnelle et de l'emploi, en abrégé le FOREM, publie au Bulletin des adjudications un avis de marché relatif à la désignation d'un collège de réviseurs aux comptes.

Le même avis est publié au Supplément au Journal officiel de l'union européenne le 15 avril 2015.

Le mode de passation retenu est l'appel d'offres restreint avec publicité européenne.

III.2. Le marché, d'une durée de 36 mois, est décrit comme suit par l'avis de marché :

" Le présent marché a pour objet l'acquisition des services d'un collège de réviseurs aux comptes, entrant dans la catégorie A 9 de l'annexe 2 de la loi du 15 juin 2006 relative aux marchés publics et à certains marchés de travaux, de fournitures et de services et comprenant 4 postes à savoir :
1. La certification annuelle des comptes du FOREM par l'établissement d'un rapport annuel de vérification écrit et circonstancié;
2. la certification des dépenses du FOREM financées par les fonds européens;
3. La certification des dépenses du FOREM dans le cadre de projets EASI;
4. La certification des dépenses du FOREM financées par le FEM (Fonds européen d'ajustement à la mondialisation)".

Le cahier des charges précise qu'"en raison de l'importance des budgets gérés par l'Office et de la complexité de sa structure, de son organisation et de la comptabilité y liée, la mission de certification des comptes doit être effectuée par un collège d'au moins deux cabinets de réviseurs d'entreprises".

III.3. Trois critères d'attribution sont énoncés par le cahier des charges, pondérés comme suit :

" 1. Le volume d'heures de travail comptant pour 35 points;
2. Le prix comptant pour 35 points;
3. Approche d'audit, planning d'intervention 30 points".

III.4. Un avis rectificatif est publié au Bulletin des adjudications le 12 mai 2015, contenant un formulaire de candidature expurgé de certaines erreurs. Un avis rectificatif est également publié au Supplément au journal officiel du 16 mai 2015.

III.5. Il est prévu que les demandes de participation doivent parvenir au pouvoir adjudicateur au plus tard le 5 juin 2015.

III.6. Quatre associations momentanées déposent une candidature, dont les requérantes et l'association entre la société coopérative à responsabilité limitée K.P.M.G. REVISEURS D'ENTREPRISES et la société privée à responsabilité limitée JOIRIS, ROUSSEAUX & CO.

Un cabinet de réviseurs dépose par ailleurs une offre sans s'associer à un autre cabinet.

III.7. A l'issue de l'examen des candidatures, le FOREM décide d'écarter l'offre de ce cabinet de réviseurs et de sélectionner les quatre offres émanant d'associations momentanées.

Cette décision est notifiée aux candidats par courrier du 27 juillet 2015.

Les associations momentanées sélectionnées sont invitées à déposer une offre au plus tard le 7 septembre 2015.

III.8. A l'issue de l'examen des offres, le FOREM décide que les quatre offres déposées sont régulières et décide d'attribuer le marché à l'association des cabinets K.P.M.G. REVISEURS D'ENTREPRISES et JOIRIS, ROUSSEAUX & Co.

Cette décision est signée le 23 décembre 2015 par le ministre du budget, de la Fonction publique et de la simplification administrative et est portée à la connaissance des soumissionnaires par un courrier du même jour.

Il s'agit de l'acte attaqué.

IV. REQUETE EN INTERVENTION

La société coopérative à responsabilité limitée K.P.M.G. REVISEURS D'ENTREPRISES et la société privée à responsabilité limitée JOIRIS, ROUSSEAUX & CO, ont, par une requête introduite le 29 janvier 2016, demandé à être reçues en qualité de parties intervenantes dans la présente procédure. En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elles ont intérêt à intervenir. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. SECOND MOYEN

V.1. Thèses des parties

A. Requête

Les parties requérantes prennent un moyen, le second, "de la violation des articles 4, 8°, 5 et 8 § 1er 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 travaux de fournitures et de services, articles 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, du principe de bonne administration, du devoir de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation".

Elles estiment, en substance, que la décision attaquée ne permet pas de comprendre comment la partie adverse est parvenue à la conclusion que l'ensemble des offres sélectionnées étaient équivalentes concernant le troisième critère "Approche d'audit, planning d'intervention", en sorte que la note maximale de 30 points fut attribuée à tous les soumissionnaires pour ce critère.

Elles ne contestent pas qu'un pouvoir adjudicateur puisse attribuer la même cote pour un critère à tous les soumissionnaires, mais elles soulignent qu'"il n'en demeure pas moins qu'il a l'obligation de procéder à une comparaison effective des offres, et que celle-ci doit se refléter dans sa décision : la motivation de celle-ci doit donc faire ressortir que le pouvoir adjudicateur a bien procédé à une comparaison véritable" .

Or, tel ne serait pas le cas, en l'espèce, la motivation se bornant, selon elles, "à répéter les termes du C.S.Ch. sans expliquer en quoi chaque offre présente des qualités méthodologiques suffisantes pour se voir décerner la note maximale".

B. Note d'observations

La partie adverse soutient que "contrairement à ce qu'affirment les requérantes, le troisième critère d'attribution a fait l'objet d'un examen".

Elle estime que l'analyse réalisée par le FOREM a permis de retrouver dans les offres de tous les soumissionnaires les éléments indiqués dans le cahier spécial des charges relativement à la cotation de ce critère. Elle détaille, à cet égard, les engagements et les indications donnés par les différents soumissionnaires au regard de chacun de ces éléments, afin de démontrer que tous ont répondu aux

demandes du cahier spécial des charges et qu'"aucun élément particulier n'a par ailleurs été identifié dans les différentes offres permettant de les départager".

Elle en conclut que "suite à ces constats, le FOREM a considéré que les méthodologies proposées se valaient et satisfaisaient pleinement aux exigences de la mission".

Elle considère qu'"il n'était dès lors pas manifestement déraisonnable ou contraire au devoir de minutie de considérer les offres comme équivalentes au regard de ce critère".

La partie adverse relève par ailleurs que "l'Institut des réviseurs d'entreprises considère, de manière générale, que le critère d'attribution relatif à l'approche d'audit et au planning pourrait être abandonné par les divers pouvoirs adjudicateurs, car cet abandon est «compensé par le fait que tous les réviseurs d'entreprises sont soumis à un même cadre normatif qui prévoit notamment l'interdiction déontologique de postuler pour des missions pour lesquelles le réviseur d'entreprises ne dispose pas des compétences nécessaires»".

La partie adverse ajoute encore qu'"aucune des dispositions et principes cités par les parties requérantes ne contraignent le pouvoir adjudicateur à coter des offres différemment dès le moment où il n'est pas en mesure d'affirmer que l'une est économiquement plus avantageuse que l'autre".

Sur le plan de la motivation formelle, la partie adverse fait valoir que les parties requérantes peuvent comprendre "à la lecture de l'acte attaqué, […] qu'elles ont reçu une cotation maximale, comme les autres soumissionnaires, car aucune offre ne s'est véritablement distinguée concernant le troisième critère" et que "le FOREM n'était, pour le surplus, pas tenu d'indiquer les motifs de ses motifs".

C. Requête en intervention

La partie intervenante se rallie, pour l'essentiel, aux arguments développés par la partie adverse dans sa note d'observations. Elle soutient, en substance, que "l'indication dans le cadre de la décision motivée d'attribution que les offres étaient toutes les quatre satisfactoires et équivalentes au regard de ce critère d'appréciation est une motivation qui bien que succincte rencontre les exigences des dispositions visées au moyen".

V.2. Décision du Conseil d'Etat

En appel d'offres, la comparaison des offres au regard de chacun des critères définis dans le cahier des charges et l'attribution de points en fonction de la pondération prédéfinie laissent au pouvoir adjudicateur un très vaste pouvoir d'appréciation dont le corollaire est une obligation de motivation étendue. La simple attribution de points ou une affirmation de portée générale, non étayée, ne constituent pas de ce point de vue une motivation suffisante. Des motifs doivent fonder l'attribution de points et ceux-ci doivent être exprimés sous la forme d'une évaluation descriptive s'appuyant sur des références concrètes au contenu de l'offre. Dans l'hypothèse où toutes les offres se voient, comme en l'espèce, attribuer une note identique pour l'un des critères d'attribution, la motivation doit permettre à chaque soumissionnaire et au juge chargé de contrôler la légalité de la décision de comprendre pourquoi cette note identique a été attribuée et pourquoi il n'a pas été possible de départager les offres. Il est indifférent à cet égard que toutes les offres se soient vu délivrer la note maximale, puisque dans un tel cas de figure, ce n'est pas la note obtenue par chaque soumissionnaire qui importe, mais le fait qu'en attribuant une note identique à chacun d'entre eux, le pouvoir adjudicateur neutralise l'un des critères d'attribution qu'il avait lui-même imposés.

En l'espèce, la motivation de l'acte attaqué concernant le critère d'attribution "Approche d'audit, planning d'intervention" se lit comme suit :

" Sur base des documents transmis par les divers soumissionnaires, il a été procédé à l'évaluation des méthodes d'audit proposées, ainsi que du planning d'intervention. Sur base de cette analyse, il ressort que les méthodologies proposées satisfont aux exigences de la mission et se sont révélées comme équivalentes. Les différents points analysés sont :

- La présentation du programme de travail, description des travaux d'audit à exécuter et de la méthodologie appliquée dans le cadre de la certification des comptes annuels ainsi que de la certification des dépenses FSE, EASI et les autres financements européens En relation avec les activités de l'Office;
- La description et la compréhension des particularités propres au secteur d'activités à auditer (organisme d'intérêt public);
- La description du planning d'intervention en tenant compte des spécificités du Forem à savoir que la clôture doit être réalisée pour le 30 avril de l'exercice suivant et intervenants, période d'audit et répartition des tâches au sein du collège des réviseurs;
- Les modalités de communication entre les acteurs du marché (communication interne au collège);
- La répartition du travail entre tes membres du collège.

Compte tenu de cette analyse, il ressort que les méthodologies proposées satisfont aux exigences de la mission et se sont révélées comme équivalentes. Par conséquent, la même note a été attribuée à chacun des soumissionnaires, à savoir le maximum, soit 30 points."

Il n'est pas possible, sur la base de cette motivation, de comprendre en quoi les différentes offres peuvent effectivement être tenues pour équivalentes au

regard des différents points analysés. La simple affirmation que tel est le cas ne constitue pas une motivation suffisante permettant de s'assurer que cette conclusion repose sur une comparaison effective du contenu des différentes offres. Une telle affirmation peut, en effet, être reproduite à l'infini dans n'importe quelle décision d'attribution et quel que soit le contenu réel des offres, dès lors qu'elle ne repose précisément pas sur une analyse concrète du contenu de celles-ci.

Ce défaut de motivation n'est pas compensé par l'affirmation qu'une analyse des différentes offres a été effectuée, cette affirmation étant tout aussi vague et déconnectée du contenu effectif des offres.

Il convient de relever, par ailleurs, qu'à l'issue de l'examen des deux premiers critères d'attribution, valant chacun pour trente-cinq points, l'écart entre l'offre des parties requérantes et celle des parties intervenantes n'était que d'un point et huit centièmes, en sorte qu'il ne peut être exclu qu'un départage des deux offres au regard du troisième critère d'attribution aurait pu aboutir à modifier le classement. Il était, dès lors, d'autant plus important que le pouvoir adjudicateur explique de manière précise et concrète pourquoi elle a estimé que les offres étaient équivalentes.

Les constatations qui précèdent ne sont nullement énervées par la circonstance que, selon la partie adverse, l'Institut des réviseurs d'entreprises suggère l'abandon du critère d'attribution litigieux, dès lors qu'il n'est pas contesté que la partie adverse a choisi de le retenir en lui affectant une valeur de trente points sur cent. Elle a donc considéré qu'il constituait un critère pertinent pour départager les offres et ne pouvait, en conséquence, décider de le neutraliser sans motif concret, précis et pertinent.

Le moyen est sérieux.

VI. CONFIDENTIALITE

Les parties requérantes demandent que soit maintenue confidentielle leur offre. Les parties intervenantes demandent quant à elles que soit préservée la confidentialité tant de leur offre que des pièces liées à leur budget prévisionnel et au nombre d'heures prestées par leurs réviseurs ainsi que de la décision de l'assemblée générale qu'elles produisent. La partie adverse demande, pour sa part, la confidentialité des candidatures et des offres qu'elle joint à son dossier administratif.

La communication de ces pièces n'étant, à ce stade, pas nécessaire à la solution du litige et étant de nature à nuire au secret des affaires et à la concurrence, il y a lieu d'accueillir ces demandes.

PAR CES MOTIFS,
D E C I D E :

Article 1er.

La requête en intervention introduite par la société coopérative à responsabilité limitée K.P.M.G. REVISEURS D'ENTREPRISES et par la société privée à responsabilité limitée JOIRIS, ROUSSEAUX & CO dans la procédure en référé d'extrême urgence est accueillie.

Article 2.

Est suspendue l'exécution de la décision prise par l'Office wallon de la formation professionnelle et de l'Emploi à la date du 23 décembre 2015, par laquelle le marché de prestations de services concernant la désignation d'un collège de réviseurs aux comptes, régi par le cahier spécial des charges n° DMP1402110/MRNJNC/REVISORAT, est attribué à l'association sans personnalité juridique K.P.M.G. - JOIRIS, ROUSSEAUX & CO SPRL.

Article 3.

La pièce 3 des annexes à la requête, les pièces B1 à B9 du dossier administratif ainsi que les annexes 1 à 4 de la sous farde B de la requête en intervention demeureront, à ce stade de la procédure, confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

Conformément à l'article 3, § 1er, 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 6 .

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

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e^ chambre, le vingt-trois février deux mille seize 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.