

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 234.085 du 9 mars 2016

G./A.218.339/VI-20.712

En cause : **la société anonyme STOPLER BELGIUM,**

ayant élu domicile chez
Me Marie VASTMANS, avocat,
avenue Tedesco, n° 7,
1160 Bruxelles,

contre :

l'Association de Pouvoirs publics "CHR Sambre et Meuse",

ayant élu domicile chez
Mes Patrick THIEL, Isabelle VAN KRUCHTEN et
Sarah BEN MESSAOUD, avocats,
place Flagey, n° 18,
1050 Bruxelles.

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

I. OBJET DE LA REQUETE

Par une requête introduite le 10 février 2016, la société anonyme STOPLER BELGIUM demande l'annulation et la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de :

" la délibération du 25 novembre 2015 par laquelle le Comité de gestion de l'Association de pouvoirs publics «CHR Sambre & Meuse» a décidé d'approuver le rapport d'examen des offres du 24 novembre 2015, de considérer ledit rapport comme faisant partie intégrante de sa délibération et d'attribuer les sous-lots du marché public de fournitures «Aménagement Hôpital de jour chirurgical au B3 – Lot 10 Equipements intégrés» aux soumissionnaires suivants :

- sous-lot 10.1 Tables d'opération : MAQUET BELGIUM NV, pour un montant de 555.350,10 € HTVA ou 671.973,62 € TVAC;
- sous-lot 10.2 Equipement de distribution des énergies, lampes opératoires : HEYER BENELUX SA, pour un montant de 241.754,52 € HTVA ou 292.522,97 € TVAC;
- sous-lot 10.3 Postes compatibles (PC) : ECONOCOM PR. SA & SOL BELUX, pour un montant de 107.187,50 € HTVA ou 129.696,88 € TVAC".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 11 février 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 29 février 2016 à 10 heures.

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 Président de chambre, Jacques JAUMOTTE, a exposé son rapport.

Me Marie VASTMANS et Célie VAN AUDENHAEGE, avocats, comparaisant pour la partie requérante et Mes Isabelle VAN KRUCHTEN et Sarah BEN MESSAOUD, avocats, comparaisant pour la partie adverse, ont présenté leurs observations.

M. le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Laurent JANS, 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 comité de gestion de l'Association de pouvoirs publics "CHR Sambre & Meuse" ayant décidé de lancer un marché public de fournitures "Aménagement Hôpital de jour chirurgical au B3 – Lot 10 Equipements intégrés", un avis de marché est publié au supplément du Journal officiel de l'Union européenne et au Bulletin des adjudications, respectivement le 2 octobre 2015 et le 29 septembre 2015.

III. 2. Ledit marché est régi par le cahier spécial des charges n° A12035 relatif au marché "Extension du bloc opératoire et des hôpitaux de jour – Lot 10 : Equipements intégrés".

Le mode d'attribution retenu est l'appel d'offres ouvert.

Ce lot 10 est divisé en trois sous-lots, à savoir :

- le sous-lot 10.1 : Tables d'opération;

- le sous-lot 10.2 : Equipement de distribution d'énergies, lampes opératoires;
- le sous-lot 10.3 : Postes compatibles (PC).

III. 3. Les critères d'attribution de ce lot 10 sont les suivants selon la version du cahier des charges dont se prévaut la partie adverse :

" 1. 50 % Valeur technique de l'offre :

Attribution de tranches par article en fonction de la précision technique de l'offre et de la qualité des matériaux proposés :

- a. détermination précise des fournitures proposées par le soumissionnaire, leurs correspondances avec les caractéristiques décrites dans le cahier des charges, leurs descriptions propres, caractéristiques et documentations (fiches techniques et agréments); valeur 12,5%
- b. ergonomie et sécurité d'utilisation des articles; valeur 12,5 %
- c. robustesse du matériel proposé; valeur 12,5 %
- d. références d'utilisation du matériel proposé (le maître de l'ouvrage se réserve le droit de contrôler des échantillons avant d'établir son choix), valeur 12,5 %.

Si le soumissionnaire fournit l'ensemble des documents demandés pour chaque point de ce poste, il recevra la cotation maximale de 12,5 % par point. Par élément manquant, une valeur de 2 % sera déduite.

2. 40 % Prix

Il est attribué au soumissionnaire proposant le meilleur prix une cote maximale de 40/40.

Pour les offres dont le prix est plus élevé, le pourcentage sera calculé de manière décroissante en fonction de ce dernier et sera calculé comme suit: (meilleur prix / prix soumissionnaire) x 40 %.

3. 8 % Preuve de la qualité et de l'efficacité du service après-vente. Voir remarques ci-après.

- a. la durée de garantie; valeur 4 %
- b. délai d'intervention; valeur 2 %
- c. mise à disposition d'équipements; valeur 2 %

Le soumissionnaire qui fournit la meilleure garantie, le meilleur délai, etc... recevra le maximum de point prévu pour chaque poste. Les autres soumissionnaires seront classés de manière décroissante et les points seront attribués en déduisant à chaque fois une valeur de 0.5 %.

Le second classé recevra donc 0,5 % de moins que le premier, le troisième recevra 1 % de moins que le premier, etc...

4. 2 % Qualité et pertinence de la note concernant les moyens mis en œuvre pour approvisionner et installer les équipements dans les locaux désignés (en coordination avec les parachèvements et les techniques spéciales) et respecter le planning

- a. moyen mis œuvre; valeur 1 %
- b. respect du planning; valeur 1 %

Si le soumissionnaire fourni une note correctement détaillée pour chaque point de ce poste, il recevra la cotation maximale de 1 %. Par élément manquant, une valeur de 0 % sera appliquée".

La partie adverse a en outre formulé les "remarques" suivantes (p. 15/32 du cahier spécial des charges – clauses administratives particulières) :

- " Le maître de l'ouvrage émettra son jugement en se basant sur les informations incluses dans la soumission.
L'absence d'informations relatives à un critère particulier entraînera le fait qu'aucun point ne pourra être attribué à ce critère.
Les coûts d'entretien : les soumissionnaires sont invités à proposer des contrats d'entretien préventifs et curatifs en version Omnium ou Semi-omnium pour tous les équipements à caractère critique au niveau du bloc opératoire, et garantissant des délais d'intervention, de réparation, de mise à disposition de matériel de remplacement, et de contrôle de conformité aux normes européennes. La fourniture du certificat CE obligatoire pour tout l'équipement décrit.
La durée de garantie offerte est un élément essentiel d'appréciation de la fiabilité des équipements.
Une liste des prix des accessoires (capteurs, cordons, passe-câbles,...) sera jointe à la soumission.
Le taux horaire des techniciens applicable actuellement en cas de dépannage en dehors du cadre d'un contrat d'entretien.
Délai d'intervention garanti en cas de panne pendant et en dehors des heures ouvrables.
En cas de panne, engagement du fournisseur à mettre des équipements équivalents à la disposition du maître de l'ouvrage.
Upgrading des softwares acquis, si nécessaire".

III. 4. Par un courrier daté du 3 novembre 2015, le bureau d'études ASSAR ARCHITECTS, qui assiste la partie adverse dans la procédure d'attribution du marché, a transmis aux soumissionnaires les réponses aux questions posées lors des visites obligatoires.

III. 5. Lors de la séance d'ouverture des offres, il est apparu que les soumissionnaires suivants ont déposé une offre:

- pour le lot sous-lot 10.1 : Tables d'opération :
 - + STOPLER BELGIUM NV (la requérante);
 - + MAQUET BELGIUM NV;
- pour le sous-lot 10.2 : Equipement de distribution d'énergies, lampes opératoires :
 - + HEYER BENELUX SA;
 - + MAQUET BELGIUM NV;
 - + STOPLER BELGIUM NV (la requérante);
- pour le sous-lot 10.3 : Postes compatibles (PC) :
 - + ECONOCOM PR. SA & SOL BELUX;
 - + MAQUET BELGIUM NV;
 - + STOPLER BELGIUM NV (la requérante).

III. 6. Un rapport d'examen des offres est établi, le 24 novembre 2015, par le bureau ASSAR ARCHITECTS.

Il en résulte qu'il est proposé d'attribuer les différents lots au soumissionnaire qui a déposé l'offre régulière la plus intéressante au regard des critères d'attribution, soit :

- Sous-lot 10.1 "Tables d'opérations" à la société MAQUET BELGIUM;
- Sous-lot 10.2 "Equipement de distribution des énergies, lampes opératoires" à la société HEYER BENELUX;
- Sous-lot 10.3 "Postes compatibles (PC)" à la société ECONOCOM.

III. 7. Par délibération de son comité de gestion du 25 novembre 2015, le pouvoir adjudicateur a décidé d'approuver le rapport d'examen des offres du 24 novembre 2015 et d'attribuer les sous-lots précités.

Il s'agit de l'acte attaqué.

III. 8. Par courriel et par courrier recommandé du 12 janvier 2016, le pouvoir adjudicateur a communiqué à la requérante copie de la délibération du comité de gestion du 25 novembre 2015.

Par courrier du 26 janvier 2016, le conseil de la partie requérante a écrit au pouvoir adjudicateur pour solliciter le rapport d'examen des offres.

Le pouvoir adjudicateur y a répondu par courrier du 27 janvier 2016.

IV. EXAMEN DU DEUXIEME MOYEN

IV. 1. Thèses des parties

A. Requête

La requérante invoque un deuxième moyen pris de la violation 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, de l'article 101 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, du cahier spécial des charges, des principes généraux du droit et, plus particulièrement, du principe de l'obligation de motivation matérielle, du principe d'égalité de traitement entre les soumissionnaires, du principe de comparaison effective des offres, du principe de libre concurrence, du principe de transparence, de minutie et de bonne administration et du principe "*Patere legem quam ipse fecisti*", ainsi que de l'erreur manifeste d'appréciation et de l'excès de pouvoir.

Elle reproche en substance à la partie adverse de s'être fondée, dans le cadre de son analyse des offres, sur plusieurs sous-critères d'attribution du marché et sur une sous pondération qui ne figuraient pas dans le cahier spécial des charges et qu'elle a arrêté lors de l'examen et la comparaison des offres, alors que la partie adverse aurait dû évaluer et comparer les offres sur la seule base des critères d'attribution et de la pondération qu'elle a annoncés dans les documents du marché.

Elle développe ce moyen comme suit :

- " 19. A la lecture du cahier spécial des charges n° 2015097 [lire A12035] relatif au marché «Extension du bloc opératoire et des hôpitaux de jour – Lot 10 : Equipements intégrés», il appert que quatre critères d'attribution ont été prévus - et pondérés - par le pouvoir adjudicateur (p. 14/31 et 15/31 [lire p. 14/32 et 15/32] du cahier spécial des charges).

Ces critères d'attribution sont les suivants :

- Valeur technique de l'offre : 50 %;
- Prix : 40 %;
- Preuve de la qualité et de l'efficacité du service après-vente : 8 %;
- Qualité et pertinence de la note concernant les moyens mis en œuvre pour approvisionner et installer les équipements dans les locaux désignés (en coordination avec les parachèvements et les techniques spéciales) et respecter le planning : 2 %.

20. Le premier critère d'attribution a été subdivisé en quatre sous-critères d'attribution de la manière suivante :

- Valeur technique de l'offre : 50 %
 - o détermination précise des fournitures proposées par le soumissionnaire, leurs correspondances avec les caractéristiques décrites dans le cahier spécial des charges, leurs descriptions propres, caractéristiques et documentations (fiches techniques et agréments);
 - o ergonomie et sécurité d'utilisation des articles;
 - o robustesse du matériel proposé;
 - o références d'utilisation du matériel proposé (le maître de l'ouvrage se réserve le droit de contrôler des échantillons avant d'établir son choix);

Ces sous-critères d'attribution n'ont pas été pondérés.

21. Plusieurs «remarques» ont ensuite été formulées par la partie adverse et, notamment :

- «[...]»
- La durée de garantie offerte est un élément essentiel d'appréciation de la fiabilité des équipements.
- Une liste des prix des accessoires (capteurs, cordons, passe-câbles,...) sera jointe à la soumission.
- Le taux horaire des techniciens applicable actuellement en cas de dépannage en dehors du cadre d'un contrat d'entretien.
- Délai d'intervention garanti en cas de panne pendant et en dehors des heures ouvrables.

- En cas de panne, engagement du fournisseur à mettre des équipements équivalents à la disposition du maître de l'ouvrage.
- Upgrading des logiciels acquis, si nécessaire».

22. A la lecture du rapport d'examen des offres, il appert que des sous-critères d'attribution ont été utilisés lors de l'évaluation des offres au regard des troisième et quatrième critères d'attribution alors même que le cahier spécial des charges n'en prévoit pas.

Le rapport d'examen des offres prétend reprendre des «extrait des pages 14/32 et 15/32» du cahier spécial des charges comme suit :

- Preuve de la qualité et de l'efficacité du service après-vente : 8 %;
 - o durée de garantie : 4 %;
 - o délai d'intervention : 2 %;
 - o mise à disposition d'équipements : 2 %;
- Qualité et pertinence de la note concernant les moyens mis en œuvre pour approvisionner et installer les équipements dans les locaux désignés (en coordination avec les parachèvements et les techniques spéciales) et respecter le planning : 2 %.
 - o moyens mis en œuvre : 1 %;
 - o respect du planning : 1 %.

Or, cette version des critères d'attribution ne correspond pas à la version du cahier spécial des charges qui a été transmise par la partie adverse à la requérante («édition 30 juin 2015»).

23. Il en résulte que le pouvoir adjudicateur a ajouté des sous-critères d'attribution en cours d'examen des offres.

Il convient de noter, qu'en l'espèce, l'on ne saurait se méprendre sur la qualification qu'il convient d'octroyer aux éléments précités ajoutés par la partie adverse et qui ne figurent pas dans le cahier spécial des charges.

En effet, la jurisprudence de Votre Conseil précise que «lorsqu'une "rubrique" d'un critère d'attribution est mise en œuvre de manière systématique dans l'analyse de l'ensemble des offres et que de la même manière, une note est donnée pour chaque offre au regard de cette "rubrique", celle-ci doit être qualifiée de sous-critère d'attribution. [...] En l'espèce, les [sous] sous-critères retenus par la partie adverse, [...] ont été mis en œuvre de manière systématique dans l'analyse de l'ensemble des offres, et donc y compris celle des requérantes. Ils ont reçu pour chaque soumissionnaire, systématiquement, une note. Seuls ces [sous-] sous-critères, et pas d'autres apparus le cas échéant dans l'une ou plusieurs offres, ont été systématiquement confrontés par la partie adverse lors de la comparaison des offres» [...] (C.E., arrêt n° 228.988 du 30 octobre 2014, ASSOCIATION DES YERNAUX; voy. aussi dans le même sens C.E., arrêt n° 225.592 du 26 novembre 2013, BVBA 't VLEESHUIS).

En l'espèce, la partie adverse a expressément octroyé une cote pour chaque élément et les a mis en œuvre de manière systématique dans l'analyse de l'ensemble des offres de sorte qu'il s'agit bien de sous-critères d'attribution.

24. Or, l'ajout de tels sous-critères après le dépôt des offres a pour effet d'invalidier l'ensemble de la procédure de passation. Votre Conseil estime en effet que «dès lors que des sous-critères d'attribution ont été mis en œuvre en violation notamment du principe général du traitement égal des soumissionnaires et de son corollaire, le principe général de transparence, c'est l'ensemble de la procédure

d'analyse des offres qui est viciée et il importe peu d'examiner l'impact de l'utilisation des sous-critères d'attribution sur le classement des offres» (C.E., arrêt n° 224.166 du 27 juin 2013, SPRL B.T.G. (BELGISCHE TECHNISCHE GASSEN)).

25. Il résulte, en effet, de la jurisprudence et de la doctrine que les modifications en cours d'examen des offres relatives tant aux critères d'attribution qu'à leur pondération est de nature à vicier l'ensemble de la procédure.

Un pouvoir adjudicateur ne peut donc appliquer de nouveaux critères ou sous-critères, ni de nouvelles règles de pondération qui n'auraient pas été préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires dans la mesure où tous les éléments pris en considération par le pouvoir adjudicateur pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse et leur importance doivent être connus des soumissionnaires potentiels au moment de la préparation de leurs offres.

En d'autres termes, toute précision, modification ou interprétation des critères d'attribution, qui consisterait notamment à appliquer des sous-critères d'attribution ou une pondération non annoncés après l'ouverture des offres, est contraire aux principes fondamentaux applicables en droit des marchés publics et, plus particulièrement au principe d'égalité de traitement des soumissionnaires et à l'obligation de transparence et de publicité.

26. La Cour de Justice de l'Union européenne considère ainsi que les sous-critères d'attribution doivent être fixés dans les documents de marché au même titre que les critères d'attribution eux-mêmes puisqu'ils permettent de préciser les critères d'attribution et, partant, d'éclairer leur appréciation (C.J.U.E., affaire C-532/06 du 24 janvier 2008, LIANAKIS).

Cette jurisprudence a été nuancée par la Cour de Justice qui a souligné qu'«il est ainsi possible pour un pouvoir adjudicateur de déterminer, après l'expiration du délai de présentation des offres, des coefficients de pondération pour les sous-critères qui correspondent en substance aux critères préalablement portés à la connaissance des soumissionnaires, sous trois conditions, à savoir que cette détermination ex post, premièrement, ne modifie pas les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, deuxièmement, ne contienne pas d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation et, troisièmement, n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires» (C.J.U.E., affaire C-252/10 du 21 juillet 2011, EVROPAŇKI DYNAMIKI).

27. Votre Conseil a également dit pour droit qu'il appartenait au pouvoir adjudicateur de fixer les sous-critères d'attribution dans les documents du marché (C.E. arrêt n° 185.195 du 7 juillet 2008, S.A. COMPUTERLAND; C.E. arrêt n° 180.337 du 3 mai 2008, S.A. SBMI, C.E., arrêt n° 213.722 du 7 juin 2011, SCRL T.C.L.M. REVISEURS D'ENTREPRISES; Dans le même sens, voy. C.E., arrêt n° 207.848 du 4 octobre 2010, S.P.R.L. JOIRIS-ROUSSEAU & Co).

Votre Conseil a d'ailleurs confirmé la jurisprudence européenne susmentionnée en soulignant que «le recours à des sous-critères d'attribution n'est pas en soi prohibé pour autant que les principes d'égalité de traitement et de transparence soient respectés. A défaut d'annonce dans les documents du marché de sous-critère d'attribution, il n'est pas interdit à une autorité adjudicatrice de spécifier plus en détail un critère préalablement porté à la connaissance des soumissionnaires et de lui accorder une pondération. Il faut toutefois que ces sous-critères d'attribution correspondent en substance aux critères connus des soumissionnaires et répondent à trois conditions, [à savoir] :

- la non-modification des critères d'attribution préalablement définis;

- l'absence d'éléments qui, connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation;
- la détermination n'ait pas été adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers un des soumissionnaires» (C.E., arrêt n° 224.166 du 27 juin 2013, SPRL B.T.G. (BELGISCHE TECHNISCHE GASSEN)).

28. En l'espèce, il fait peu de doute que si la requérante avait eu connaissance des sous-critères d'attribution susmentionnés (durée de la garantie, délai d'intervention, mise à disposition d'équipement, respect du planning, ...) lors de la préparation de son offre, elle aurait vraisemblablement davantage mis ces éléments en évidence lors de la préparation de son offre.

L'une des conditions établies par la jurisprudence de Votre Conseil est donc manifestement remplie en l'espèce.

Cela est d'autant plus vrai que les critères d'attribution étaient énoncés de manière assez générale dans le cahier spécial des charges (par exemple, le critère «preuve de la qualité et de l'efficacité du service après-vente»).

Or, aux termes de son arrêt n° 230.648 du 25 mars 2015, Votre Conseil a souligné que «le cahier spécial des charges n'a pas permis aux requérantes d'avoir une connaissance utile tant des attentes de la partie adverse à l'égard de l'élaboration et de la présentation de leur offre que des éléments d'évaluation sur la base desquels elle entendait comparer les différentes offres au regard de ces critères. [...] Certes énoncés dans le cahier spécial des charges, ces exigences l'ont toutefois été en des termes à ce point généraux et abstraits, qu'ils n'ont pas permis aux requérantes d'élaborer utilement leur offre en connaissance de cause de la manière dont la partie adverse envisageait concrètement d'évaluer les offres» (C.E., arrêt n° 230.648 du 25 mars 2015, MODULO ARCHITECTS).

29. Quand bien même la partie adverse tenterait d'invoquer le fait que le cahier spécial des charges renvoie, pour le troisième critère d'attribution, aux «remarques ci-après», cette circonstance n'a aucune incidence sur le raisonnement développé *supra*.

Ces «remarques» figurent en bas de page 14/31 et en page 15/31 du cahier spécial des charges. On retrouve notamment – mais pas seulement – «la durée de garantie», le «délai d'intervention garanti» et l'«engagement du fournisseur à mettre des équipements équivalents à la disposition».

Ces seules mentions ne pourraient toutefois suffire à considérer que les soumissionnaires auraient eu connaissance des sous-critères d'attribution sur la base desquels leur offre a été évaluée. La requérante en veut pour preuve le fait que l'énumération de ces remarques comporte certains points qui ne peuvent manifestement pas s'analyser comme des sous-critères d'attribution. Tel est notamment le cas de la remarque selon laquelle «le maître de l'ouvrage émette son jugement en se basant sur des informations incluses dans la soumission» ou selon laquelle «l'absence d'informations relatives à un critère particulier entraînera le fait qu'aucun point ne pourra être attribué à ce critère»

En tout état de cause, à supposer que ces remarques constituent autant de sous-critères d'attribution – *quod non* – encore conviendrait-il de constater que la partie adverse ne les a pas tous appliqués lors de l'examen des offres. Il en va ainsi des «coûts d'entretien», de «la liste des prix des accessoires», du «taux horaire des techniciens» et de l'«upgrading des logiciels acquis».

30. Par ailleurs, force est de constater, à la lecture du cahier spécial des charges, que les sous-critères du premier critère n'ont pas été pondérés.

Or, la pondération des critères d'attribution et la pondération des sous-critères doivent en principe être déterminées dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché (W. TIMMERMANS et T. BRUYNINCKX, «Gunningscriteria en transparentie in het arrest Lianakis», D.A.O.R., 2008/80, pp. 391 et s.; P. FLAMEY et J. BOSQUET, «De gunningscriteria bij opdrachten», C.D.P.K., 2008/3, pp. 635 et s.).

Il résulte en outre du rapport d'analyse des offres que ces sous-critères ont été évalués sur la base d'une pondération établie *a posteriori* lors de la comparaison des offres :

- o détermination précise des fournitures proposées par le soumissionnaire, leurs correspondances avec les caractéristiques décrites dans le cahier spécial des charges, leurs descriptions propres, caractéristiques et documentations (fiches techniques et agréments) : 12,5 %;
- o ergonomie et sécurité d'utilisation des articles : 12,5 %;
- o robustesse du matériel proposé : 12,5 %;
- o références d'utilisation du matériel proposé (le maître de l'ouvrage se réserve le droit de contrôler des échantillons avant d'établir son choix) : 12,5 %.

31. Or, Votre Conseil a considéré que le fait de déterminer, après l'établissement du cahier spécial des charges mais avant l'ouverture des offres, des coefficients de pondération pour les sous-critères d'attribution n'est pas interdit «pour autant que ces coefficients ne conduisent pas à une dénaturation des critères du cahier spécial des charges qui sont les seuls connus des soumissionnaires; qu'une telle décision ne peut ainsi modifier les critères d'attribution du marché définis dans le cahier des charges ou dans l'avis de marché, ne peut contenir d'éléments qui, s'ils avaient été connus lors de la préparation des offres, auraient pu influencer cette préparation, et ne peut être adoptée en prenant en compte des éléments susceptibles d'avoir un effet discriminatoire envers l'un des soumissionnaires» (C.E. arrêt n° 185.195 du 7 juillet 2008, S.A. COMPUTERLAND ; lire dans le même sens C.E. arrêt n° 180.337 du 3 mai 2008, S.A. SBMI).

Au vu de ce qui précède, le pouvoir adjudicateur peut pondérer les sous-critères d'attribution ultérieurement à condition de démontrer que cet élément n'aurait pas pu avoir d'influence sur la préparation des offres s'il avait été connu avant.

32. En l'espèce, il appert que les quatre sous-critères du premier critère n'ont pas été pondérés dans le cahier spécial des charges mais l'ont été ultérieurement, lors de l'analyse des offres. Or, rien n'indiquait que ces quatre sous-critères avaient la même importance pour la partie adverse (soit 12,5 %).

A la lecture du cahier spécial des charges, la requérante aurait, par exemple, pu considérer que le premier sous-critère «détermination précise des fournitures [...]» était prépondérant et serait dès lors évalué sur la base d'un pourcentage plus important.

Ce faisant, la pondération des sous-critères aurait pu influencer la préparation des offres si elle avait été connue des soumissionnaires avant le dépôt de leur offre.

Au vu de ce qui précède, en examinant les offres au regard de sous-critères d'attribution et d'une sous-pondération non prévus dans les documents du marché, la partie adverse a méconnu les dispositions et principes visés au moyen.

Le deuxième moyen est manifestement sérieux et fondé".

B. Note d'observations

La partie adverse considère que le deuxième moyen n'est pas sérieux et ce, sur la base des arguments suivants :

- " 16. Contrairement à ce que la partie requérante soutient, les sous-critères d'attribution du premier critère d'attribution étaient pondérés et les sous-critères des troisième et quatrième critères d'attribution étaient annoncés dans le cahier spécial des charges.

Les soumissionnaires étaient donc au courant de tous les sous-critères d'attribution et de leur pondération pour déposer une offre en toute connaissance de cause.

17. Le deuxième moyen manque en réalité en fait dès lors qu'il s'appuie sur une version erronée et caduque du cahier spécial des charges.

18. En effet, le cahier spécial des charges a été arrêté dans une première version. C'est ce cahier qui est produit par la partie requérante dans son dossier de pièces.

A propos des sous-critères critiqués, cette version du cahier des charges était libellée comme suit:

Les critères sont fixés et calculés comme suit :

1. 50 % Valeur technique de l'offre :
Attribution de tranches par article en fonction de la précision technique de l'offre et de la qualité des matériaux proposés :
 - détermination précise des fournitures proposées par le soumissionnaire, leurs correspondances avec les caractéristiques décrites dans le cahier des charges, leurs descriptions propres, caractéristiques et documentations (fiches techniques et agréments);
 - ergonomie et sécurité d'utilisation des articles;
 - robustesse du matériel proposé;
 - références d'utilisation du matériel proposé (le maître de l'ouvrage se réserve le droit de contrôler des échantillons avant d'établir son choix).
2. 40 % Prix
Il est attribué au soumissionnaire proposant le meilleur prix une cote maximale de 40/40.
Le calcul est effectué comme suit : (meilleur prix / prix soumissionnaire) x 40 %
3. 8 % Preuve de la qualité et de l'efficacité du service après-vente. Voir remarques ci-après.
4. 2 % Qualité et pertinence de la note concernant les moyens mis en oeuvre pour approvisionner et installer les équipements dans les locaux désignés (en coordination avec les parachèvements et les technique spéciales) et respecter le planning

19. Après observations de la tutelle, le cahier spécial des charges a fait l'objet de modifications et une deuxième version a été arrêtée.

A propos des sous-critères critiqués, cette version du cahier des charges est libellée comme suit :

- «1. 50 % Valeur technique de l'offre :
Attribution de tranches par article en fonction de la précision technique de l'offre et de la qualité des matériaux proposés :

a. détermination précise des fournitures proposées par le soumissionnaire, leurs correspondances avec les caractéristiques décrites dans le cahier des charges, leurs descriptions propres, caractéristiques et documentations (fiches techniques et agréments); valeur 12,5 %

b. ergonomie et sécurité d'utilisation des articles ; valeur 12,5 %

c. robustesse du matériel proposé; valeur 12,5 %

d. références d'utilisation du matériel proposé (le maître de l'ouvrage se réserve le droit de contrôler des échantillons avant d'établir son choix), valeur 12,5 %.

Si le soumissionnaire fournit l'ensemble des documents demandés pour chaque point de ce poste, il recevra la cotation maximale de 12,5 % par point. Par élément manquant, une valeur de 2 % sera déduite.

2. 40 % Prix

Il est attribué au soumissionnaire proposant le meilleur prix une cote maximale de 40/40.

Pour les offres dont le prix est plus élevé, le pourcentage sera calculé de manière décroissante en fonction de ce dernier et sera calculé comme suit: (meilleur prix / prix soumissionnaire) x 40 %.

3. 8 % Preuve de la qualité et de l'efficacité du service après-vente. Voir remarques ci-après.

a. la durée de garantie; valeur 4 %

b. délai d'intervention; valeur 2 %

c. mise à disposition d'équipements ; valeur 2 %.

Le soumissionnaire qui fournit la meilleure garantie, le meilleur délai, etc... recevra le maximum de point prévu pour chaque poste. Les autres soumissionnaires seront classés de manière décroissante et les points seront attribués en déduisant à chaque fois une valeur de 0,5 %.

Le second classé recevra donc 0,5 % de moins que le premier, le troisième recevra 1 % de moins que le premier, etc...

4. 2 % Qualité et pertinence de la note concernant les moyens mis en œuvre pour approvisionner et installer les équipements dans les locaux désignés (en coordination avec les parachèvements et les techniques spéciales) et respecter le planning.

a. moyen mis œuvre ; valeur 1 %

b. respect du planning; valeur 1 %.

Si le soumissionnaire fournit une note correctement détaillée pour chaque point de ce poste, il recevra la cotation maximale de 1 %. Par élément manquant, une valeur de 0 % sera appliquée».

Il s'agit de la version définitive qui a été communiquée à tous les soumissionnaires. Dans cette nouvelle version, des sous-critères d'attribution ont été ajoutés au regard des troisième et quatrième critères d'attribution et les sous-critères d'attribution du premier critère d'attribution relatif à la valeur technique de l'offre ont été pondérés.

20. La partie requérante a été le premier soumissionnaire à solliciter le cahier spécial des charges. Elle a mandaté un coursier pour se rendre dans les bureaux de la partie adverse pour obtenir le cahier. Un cd-rom lui a été remis avec les documents utiles. C'est cependant, par erreur, la première version caduque du cahier des charges qui a été copiée sur le cd-rom remis à la partie requérante.

La partie adverse s'est aperçue de cette erreur et a transmis à la partie requérante, lors de la visite de chantier intervenue quelques jours plus tard, un nouveau cd-rom avec la nouvelle version du cahier des charges. Cette remise a été faite en mains

propres. A cette occasion, il a été demandé au représentant de la partie requérante de rendre ou de détruire l'ancienne version.

La partie adverse s'étonne donc que la partie requérante s'appuie aujourd'hui sur cette ancienne version pour fonder son moyen.

21. Les parties ont donc des thèses divergentes quant à l'identification de la version du cahier des charges applicable au marché :

- La partie requérante se fonde sur la version produite dans son dossier et semble donc nier qu'elle a reçu une version actualisée;
- La partie adverse soutient que le cahier a été modifié et que c'est la version revue telle que transmise aux soumissionnaires qui est applicable au marché et qui a par ailleurs été citée dans le rapport d'examen des offres.

Se pose donc la question de la charge de la preuve lorsqu'il existe une opposition quant à la teneur d'un document administratif.

A cet égard, on rappellera que, dès lors qu'il s'agit d'un acte administratif, le cahier spécial des charges tel que déposé dans le dossier administratif de la partie adverse bénéficie d'une présomption d'authenticité en vertu du principe de la foi due aux actes.

En effet, Votre Conseil a jugé qu'«un acte établi par un fonctionnaire agissant dans la sphère de ses attributions est authentique; sont couvertes par l'authenticité les constatations faites par le fonctionnaire» (C.E., arrêt n° 198.347 du 30 novembre 2009. Dans le même sens, voy. C.E., arrêt n° 66.071 du 24 avril 1997).

Votre Conseil a encore jugé que «lorsque le requérant soutient qu'un document figurant au dossier administratif serait un faux en écritures, que ce document est essentiel pour la solution du litige et qu'interpellée par l'auditeur chargé de l'instruction, la partie adverse a déclaré persister dans son intention de se servir de cette pièce, il y a lieu de surseoir à statuer jusqu'après le jugement de faux par la juridiction compétente en application de l'article 51, alinéa 5, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section d'administration du Conseil d'Etat» (C.E., arrêt n° 174.725 du 20 septembre 2007. [...])

Le cahier spécial des charges produit au dossier administratif bénéficie donc d'une telle présomption d'authenticité.

22. Ce caractère authentique emporte une conséquence particulière : si la partie requérante entend contester la véracité de la pièce – ce qu'elle semble faire en l'espèce en prétendant, à l'appui de sa requête, qu'elle ne dispose pas de la version du cahier citée dans le rapport d'examen des offres – il lui appartient de mettre en œuvre une procédure en inscription de faux.

Votre Conseil a ainsi jugé que :

- «Le requérant qui argue de faux un avis d'enquête publique doit s'inscrire en faux à cet égard» (C.E., arrêt n° 226.343 du 5 février 2014);
- «A moins pour les requérants de s'inscrire en faux contre un procès-verbal établi par le collège, celui-ci est un acte authentique qui fait foi jusqu'à preuve du contraire» (C.E., arrêt n° 216.191 du 8 novembre 2011);
- «Les certificats d'affichage relatifs à l'enquête publique et à la délivrance de la décision de première instance, en ce qu'ils sont rédigés par les autorités communales, sont des actes authentiques et font donc foi jusqu'à preuve du contraire. La preuve du contraire ne peut être apportée que par une procédure en inscription de faux. Lorsque le requérant a fait savoir qu'il a déposé plainte avec constitution de partie civile, notamment du chef de faux en écriture publique et de faux et usage de faux quant aux certificats d'affichage et qu'il a

déposé copie de cette plainte à l'audience, l'inscription de faux a pour effet, quand la pièce arguée de faux est essentielle pour la solution du litige, qu'en vertu de l'article 51 du règlement général de procédure, il doit être sursis à statuer jusqu'après le jugement de faux par la juridiction compétente» (C.E., arrêt n° 198.347 du 30 novembre 2009).

Cette inscription en faux ne peut se faire que devant le juge judiciaire. En effet, Votre Conseil a rappelé que «les accusations de faux sont de la compétence exclusive des juridictions judiciaires. A défaut d'une plainte auprès des autorités judiciaires compétentes, la pièce mise en cause figurant au dossier fait foi» (C.E., arrêt n° 228.898 du 23 octobre 2014).

En l'espèce, dès lors que la partie requérante s'appuie sur une version différente du cahier des charges de sorte que la version produite par la partie adverse au dossier administratif constituerait un faux, il lui appartient le cas échéant de s'inscrire en faux pour contester l'authenticité de cette pièce.

23. Il résulte de l'ensemble de ces considérations que le moyen et sa réfutation doivent être examinés au regard du cahier spécial des charges dans sa version produite au dossier administratif.

24. Les critiques formulées par la partie requérante ne sont donc pas fondées dès lors que le cahier des charges prévoit bien des sous-critères d'attribution au regard des troisième et quatrième critères d'attribution et une pondération des sous-critères d'attribution du premier critère d'attribution relatif à la valeur technique de l'offre.

Le deuxième moyen n'est donc pas sérieux".

C. Réplique des parties à l'audience

La requérante, informée des résultats de l'instruction complémentaire à laquelle a procédé le premier auditeur après avoir pris connaissance de la note d'observations, admet que le "bon" cahier spécial des charges est effectivement celui que produit la partie adverse dans son dossier administratif, mais maintient qu'il y a bien eu une erreur de communication dans le chef de la partie adverse lors de la remise du premier cd-rom à la requérante, laquelle s'était présentée la première pour recevoir les documents du marché. Elle maintient également n'avoir jamais reçu de communication d'un second cd-rom lors de la visite de chantier. Elle ne voit par ailleurs pas l'intérêt qu'elle aurait eu à faire une offre sur la base d'un cahier spécial des charges dont elle aurait été avertie qu'il n'était pas la bonne version. Pour elle, la partie adverse n'apporte aucune preuve de ce qu'elle aurait corrigé son erreur envers la requérante et cette erreur a de toute évidence provoqué une rupture manifeste du principe d'égalité entre soumissionnaires car elle a, de ce fait, obtenu systématiquement la cote de zéro pour toutes les modifications opérées dans la seconde version du cahier spécial des charges. Elle observe enfin qu'un cahier spécial des charges n'est pas un document ayant une valeur authentique et, qu'en tout état de cause, là n'est pas le problème puisqu'elle ne conteste pas la seconde version du cahier spécial des charges. La procédure d'inscription de faux n'a donc pas lieu d'être. Elle fait valoir, qu'en tout état de cause, les modifications qui ont été apportées à la version

initiale du cahier spécial des charges n'ont pas été approuvées par le comité de gestion de la partie adverse.

La partie adverse maintient qu'il y a bien eu remise d'un nouveau cd-rom lors de la visite de chantier, mais reconnaît qu'elle ne peut en apporter la preuve. Elle considère cependant qu'il y a, en l'espèce, une présomption de véracité, raison pour laquelle elle a suggéré le recours à la procédure d'inscription de faux. A défaut, elle suggère qu'il soit recouru à d'autres mesures d'instruction afin de découvrir ce qui s'est réellement passé.

IV. 2. Décision du Conseil d'Etat

Il apparaît de l'exposé des faits que seule la requérante a été victime de l'erreur consistant dans le fait de lui avoir remis de manière officielle une première version erronée du cahier spécial des charges, sur la base de laquelle elle a établi son offre. La partie adverse ne le conteste d'ailleurs pas.

Les parties s'accordent également sur ce que la bonne version du cahier spécial des charge est celle dans laquelle, d'une part, les sous-critères du critère d'attribution n° 1 sont pondérés et, d'autre part, des sous-critères d'attribution et leur pondération ont été ajoutés pour les critères d'attribution n^{os} 2 et 3.

La partie adverse affirme par ailleurs avoir remis une version adaptée du cahier spécial des charges lors de la visite de chantier organisée avec la requérante le 13 octobre 2015, mais cette dernière, comme l'affirme encore solennellement à l'audience son représentant qui est par ailleurs la personne qui était présente pour la requérante lors de la visite chantier, maintient que tel n'a pas été le cas et qu'elle n'a été, à aucun moment, informée de ce que la première version du cahier spécial des charges avait été ultérieurement modifiée.

Face à ces deux affirmations en tous points contradictoires des deux parties, il n'y a pas lieu, comme le demande la partie adverse, de s'interroger sur l'utilité, voire même la nécessité, d'un éventuel recours à la procédure d'inscription de faux. Le nœud du problème n'est en effet pas de déterminer le contenu de la bonne version du cahier spécial des charges, mais bien celui d'établir si la bonne version de ce cahier a ou non été remise à la requérante. A ce sujet, dès lors que la partie adverse reconnaît de manière expresse que l'erreur dans la remise officielle du premier cd-rom lui incombe de toute évidence, il lui appartenait, dans l'éventualité d'une possible contestation sur ce point, de se réserver une preuve de la remise officielle de la seconde version du cd-rom à la requérante, ce qu'elle est restée en défaut de faire. Une telle légèreté dans le chef de la partie adverse est d'autant plus difficilement

compréhensible que le cahier spécial des charges est tout de même un élément-clé de toute procédure d'attribution d'un marché public. Ceci justifie également qu'il ne soit pas donné suite à la demande formulée par la partie adverse d'inviter la requérante à apporter elle-même la preuve qu'elle n'aurait pas reçu la bonne version du cahier spécial des charges. Il s'agirait par ailleurs d'une preuve par la négative qu'il serait en tout état de cause impossible de produire dans le chef de la requérante. Ce vice fondamental dans la procédure, qui a eu pour conséquence que la requérante n'a pas été informée tant de l'introduction dans le cahier spécial des charges d'une pondération pour les sous-critères du critère d'attribution n° 1, que de l'insertion de sous-critères pondérés dans les critères d'attribution n^{os} 2 et 3, a eu pour effet de vicier l'ensemble de la procédure d'attribution du marché en cause. Ce vice suffit, à lui seul, au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, pour considérer que le deuxième moyen de la requête est sérieux.

Plus fondamentalement, il est apparu de l'instruction menée par le premier auditeur ainsi que des débats à l'audience que, si le cahier des charges a été modifié en cours de procédure, c'est en raison de la demande qui a été faite en ce sens par l'autorité de tutelle. La partie adverse reconnaît à cet égard que la version modifiée du cahier spécial des charges n'a pas été soumise à une nouvelle approbation du comité de gestion de la partie adverse. La version initiale du cahier spécial des charges avait, pour sa part, bien fait l'objet d'une approbation par le comité de gestion de la partie adverse, ainsi qu'il ressort du procès-verbal relatif à la délibération du comité du 26 août 2015.

Lors de l'audience, la partie adverse a fait valoir à cet égard qu'il n'y avait pas lieu de faire approuver par le comité de gestion la version modifiée du cahier spécial des charges, dès lors que les modifications apportées n'étaient que la simple transcription des observations formulées par l'autorité de tutelle. Cette affirmation ne peut cependant pas être vérifiée, du fait que la partie adverse n'a pas été à même de produire, fût-ce à l'audience, le courrier de l'autorité de tutelle. Il n'est donc pas établi à ce stade de la procédure que l'autorité de tutelle aurait, elle-même, fixé les pondérations pour les sous-critères du critère d'attribution n° 1 et déterminé tant l'ensemble des sous-critères que leur pondération respective pour ce qui concerne les critères d'attribution n^{os} 2 et 3 du cahier spécial des charges. Quoi qu'il en soit, il y a lieu de considérer, *prima facie* au stade de l'examen de la demande de suspension d'extrême urgence, que tant l'ampleur que l'importance des diverses modifications qui ont été apportées à la version du cahier spécial des charges, telle qu'initialement approuvée par le comité de gestion, justifiaient que la version adaptée soit, à nouveau, soumise à l'approbation de ce comité, ce qui n'a donc pas été le cas. Sous cet aspect également, le deuxième moyen de la requête est aussi sérieux.

Le deuxième moyen de la requête est, en conséquence, sérieux et les vices de procédure dont il vient d'être fait état ont eu pour effet de rendre illégale l'ensemble de la procédure d'attribution des sous-lots 10.1, 10.2 et 10.3 du lot 10 du marché en cause.

V. EXAMEN DES AUTRES MOYENS

Il n'y a pas lieu d'examiner les trois autres moyens de la requête qui, à les supposer sérieux, ne seraient pas de nature à conduire à une suspension plus étendue de l'exécution du marché.

VI. BALANCE DES INTERETS

VI. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse demande qu'il soit, le cas échéant, fait application de la balance des intérêts et justifie cette demande comme suit :

" L'article 15, alinéa 3 de la loi du 17 juin 2013 précise que :

«L'instance de recours tient compte des conséquences probables de la suspension de l'exécution et des mesures provisoires pour tous les intérêts susceptibles d'être lésés, ainsi que de l'intérêt public, et peut décider de ne pas accorder la suspension de l'exécution ou les mesures provisoires lorsque leurs conséquences négatives pourraient l'emporter sur leurs avantages.»

Aussi dans l'hypothèse où Votre Conseil devait décider que le moyen unique [sic] avancé par la partie requérante devait être considéré comme sérieux, *quod non*, il y aura lieu de pondérer en l'espèce les intérêts des parties en présence.

La partie adverse se réfère à justice sur ce point".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

La partie adverse ne faisant état d'aucun élément concret à l'appui de sa demande tendant à ce qu'il soit procédé à un examen de la balance des intérêts par le Conseil d'Etat, il n'y a, en conséquence, pas lieu de faire droit à cette demande.

VII. CONFIDENTIALITE

VII. 1. Thèses des parties

La partie requérante joint son offre à sa requête, qu'elle souhaite garder confidentielle.

La partie adverse demande de maintenir la confidentialité des offres de la requérante et des attributaires des différents sous-lots du marché litigieux (pièces 12 à 17 du dossier administratif) et ce, de manière à ne pas nuire au secret des affaires et à une concurrence loyale entre entreprises.

VII. 2. Décision du Conseil d'Etat

Dans la mesure où leur divulgation n'est pas nécessaire à la solution du litige, dans le cadre de l'examen *prima facie* de la demande de suspension d'extrême urgence, il y lieu de maintenir provisoirement la confidentialité demandée par les parties.

PAR CES MOTIFS, D E C I D E :

Article 1^{er}.

Est ordonnée la suspension de l'exécution de la délibération du 25 novembre 2015 par laquelle le Comité de gestion de l'Association de pouvoirs publics "CHR Sambre & Meuse" a décidé :

- d'approuver le rapport d'examen des offres du 24 novembre 2015,
- de considérer ledit rapport comme faisant partie intégrante de sa délibération, et
- d'attribuer à la société MAQUET BELGIUM NV le sous-lot 10.1 "Tables d'opération" du marché public de fournitures "Aménagement Hôpital de jour chirurgical au B3 – Lot 10 Equipements intégrés", à la société HEYER BENELUX SA le sous-lot 10.2 "Equipement de distribution des énergies, lampes opératoires" de ce marché et à la société ECONOCOM PR. SA & SOL BELUX le sous-lot 10.3 " Postes compatibles (PC)" du même marché.

Article 2.

L'annexe A à la demande de suspension et les pièces 12 à 17 du dossier administratif sont soustraites à la consultation des parties, à ce stade de la procédure.

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, aux parties n'ayant pas fait le choix de la procédure électronique.

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, le neuf mars deux mille seize par :

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

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

Jacques JAUMOTTE.