

CONSEIL D'ETAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.

A R R E T

n° 235.749 du 14 septembre 2016

G./A.219.947/VI-20.831

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

ayant élu domicile chez
Mes Laurent WINKIN et
Jean-Marc SECRETIN, avocats,
rue des Augustins, n° 32,
4000 Liège,

contre :

l'Etat belge, représenté par le Vice-Premier ministre et
ministre de la Sécurité et de l'Intérieur, chargé de la Régie
des bâtiments,

ayant élu domicile chez
Mes Bruno LOMBAERT et
Mathieu THOMAS, avocats,
rue de Loxum, n° 25,
1000 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société anonyme NEXTEL,

ayant élu domicile chez
Me Pascal MALLIEN,
meir, n° 24,
2000 Anvers.

**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 août 2016, la société anonyme THALES BELGIUM sollicite, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de "la décision du 18 juillet 2016 du Vice-Premier ministre et ministre de la Sécurité et de l'Intérieur, chargé de la Régie des bâtiments, d'attribuer à la S.A.

NEXTEL (BCE 0424.980.061, Koralenhoeve, 15 à 2160 Wommelgem) le marché passé par procédure négociée avec publicité ayant pour objet la conclusion d'un accord-cadre relatif à un système d'alerte et d'information à la population (SAIP), pour violation des formes substantielles ou prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir".

II. PROCEDURE DEVANT LE CONSEIL D'ETAT

Une ordonnance du 8 août 2016, notifiée aux parties, convoque celles-ci à comparaître le 6 septembre 2016 à 10 heures.

Des courriers du 1^{er} septembre 2016 remettent l'affaire à l'audience du 7 septembre 2016 à 10 heures.

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

La société anonyme NEXTEL a, par une requête introduite le 25 août 2016, demandé à être reçue en qualité de partie intervenante 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.

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

Me Séverine HOSTIER, *loco* Mes Laurent WINKIN et Jean-Marc SECRETIN, avocat, comparaissant pour la partie requérante, Me Mathieu THOMAS, avocat, comparaissant pour la partie adverse et Me Gregory LEBRUN, *loco* Me Pascal MALLIEN, avocat, comparaissant pour la partie intervenante, ont présenté leurs observations.

M^{me} le Premier auditeur au Conseil d'Etat, Geneviève MARTOU, 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 30 novembre 2015 et le 3 décembre 2015, a été publié, respectivement au Bulletin des adjudications et au Journal officiel de l'Union européenne, un avis de marché relatif au projet BE-Alert. Il s'agit d'un accord-cadre à passer par procédure négociée avec publicité.

III. 2. Le recours à l'accord-cadre est justifié comme suit :

" Par sécurité, le pouvoir adjudicateur conclura l'accord-cadre avec cinq (5) opérateurs, et attribuera le marché à l'opérateur le mieux classé. Les opérateurs suivants dans le classement ne seront sollicités qu'en cas de défaillance du premier opérateur, dans l'ordre du classement établi".

III. 3. Le 4 janvier 2016, huit candidats, dont la requérante et la société NEXTEL, ont déposé une demande de participation.

III. 4. Sept candidats ont été sélectionnés, dont la requérante et la société NEXTEL. Les candidats sélectionnés ont été informés de leur sélection et le cahier spécial des charges leur a été transmis.

III. 5. Le cahier spécial des charges définit comme suit les critères d'attribution :

- Prix de la solution (50 %);
- Qualité et richesse des fonctionnalités de la solution (20 %);
- Qualité des services de support offerts par le soumissionnaire (15 %);
- Qualité ergonomique de l'interface (10 %);
- Qualité de l'architecture proposée par le soumissionnaire (5 %).

Pour chaque critère d'attribution, des sous-critères sont également prévus.

III. 6. Concernant la manière dont chacun des critères et sous-critères sera évalué, le cahier spécial des charges prévoit que :

" De manière générale, les évaluations des critères d'attribution, à l'exception du critère 4 (Qualité ergonomique de l'interface), se feront sur base de l'analyse par le comité d'attribution des réponses des soumissionnaires au formulaire présenté en annexe, ainsi que sur base de toutes informations ou documentations annexées à leurs offres.

L'analyse d'un critère ou sous-critère d'attribution sera sanctionnée par une des mentions d'évaluation suivantes :

- Très Bon : pour une prestation qui dépasse les objectifs fixés dans le cahier des charges;
- Bon : pour une atteinte complète des objectifs fixés dans le cahier des charges;
- Insuffisant : pour une atteinte incomplète des objectifs fixés dans le cahier des charges;

- Mauvais : pour une atteinte totalement incomplète des objectifs fixés dans le cahier des charges".

III. 7. Concernant le critère "prix de la solution", le cahier spécial des charges prévoit la méthode de cotation suivante :

- " Les offres des soumissionnaires seront classées dans l'une des catégories suivantes :
 - Zone bleue : du prix le plus bas à l'écart-type inférieur à la moyenne des prix;
 - Zone verte : de l'écart-type inférieur jusqu'à la moyenne des prix;
 - Zone orange : de la moyenne jusqu'à l'écart-type au-dessus de la moyenne;
 - Zone rouge : les prix supérieurs à l'écart-type supérieur.Pour l'attribution des mentions, si le prix calculé arrondi au deuxième chiffre après la virgule est égal au seuil des catégories, c'est la mention la moins favorable qui sera attribuée à l'offre".

III. 8. Le point 5 de la partie administrative du cahier spécial des charges prévoit enfin ce qui suit :

- " Les cinq (5) soumissionnaires dont la BAFO est la plus avantageuse économiquement (donc celui qui obtient le meilleur score et un minimum de septante (70) points, sur la base des critères d'attribution mentionné ci-après) seront repris dans l'accord-cadre, suivant leur classement (Ranking 3), qui sera ensuite utilisé pour le système [en] cascade d'attribution de marché fondé sur l'accord-cadre".

III. 9. Les candidats sélectionnés ont été invités à déposer une première offre pour le 4 mars 2016. Seules la requérante et la société NEXTEL ont déposé une offre. Ces deux soumissionnaires ont été invités à des négociations et ont été invités à déposer une *best and final offer* (BAFO) pour le 14 avril 2016 à 12 heures, ce qu'elles ont fait dans le délai imparti.

III. 10. Une première décision d'attribution a été prise le 2 mai 2016, mais a été retirée au motif qu'elle avait été erronément notifiée en néerlandais à la requérante.

III. 11. Une nouvelle décision d'attribution a été prise le 18 juillet 2016. Il s'agit de l'acte attaqué, qui a été notifié aux deux soumissionnaires par des e-mails et des courriers recommandés du 25 juillet 2016.

IV. INTERVENTION

Par une requête introduite le 25 août 2016, la société anonyme NEXTEL demande à intervenir dans la présente procédure.

En tant qu'attributaire du marché, elle a un intérêt suffisant à se porter partie intervenante. Il y a donc lieu d'accueillir cette requête.

V. PORTEE DU RECOURS

V. 1. Thèse de la partie adverse

La partie adverse observe que, bien que la requête soit intitulée "recours en extrême urgence", la requérante demande dans son dispositif la suspension en extrême urgence et l'annulation de l'acte attaqué. Elle "s'en réfère à la sagesse du Conseil d'Etat pour déterminer si le recours introduit comprend une demande de suspension et un recours en annulation ou simplement une demande de suspension".

V. 2. Décision du Conseil d'Etat

L'article 2, § 1^{er}, 1°, de l'arrêté du Régent du 23 août 1948 déterminant la procédure devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat prévoit qu'une requête en annulation comporte la mention "requête en annulation" dans son intitulé, si cette requête ne contient pas en outre une demande de suspension. Si tel est le cas, l'article 8, 1°, de l'arrêté royal du 5 décembre 1991 déterminant la procédure en référé devant le Conseil d'Etat prévoit que la requête contient l'intitulé "demande de suspension", "en plus, le cas échéant, de celle de «requête en annulation»". L'article 16, § 1^{er}, 1°, du même arrêté prévoit, par ailleurs, que dans le cas où l'extrême urgence est invoquée, la mention doit en être faite dans l'intitulé du recours.

Il se déduit de ces différentes dispositions que c'est bien l'intitulé de la requête qui indique le type de recours qui est introduit.

En l'espèce, la requête est intitulée "recours en extrême urgence". Dans le paragraphe introductif de la requête, la requérante limite, d'ailleurs, son objet à une demande de "suspension en extrême urgence" de la décision attaquée. C'est donc à bon droit que la présente requête a été enrôlée par le greffe comme une requête en suspension selon la procédure d'extrême urgence, ce que ne conteste pas la partie requérante.

Il convient, par conséquent, de limiter la portée du recours à une demande de suspension selon la procédure d'extrême urgence.

VI. MOYEN UNIQUE

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante prend un moyen unique de la violation de l'article 5 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 107 de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, ainsi que des principes généraux de bonne administration et de non-discrimination entre les soumissionnaires.

En substance, elle soutient que "le cahier spécial des charges prévoit une procédure inadaptée de comparaison des offres le rendant illégal, cette illégalité affectant par répercussion toute la procédure d'attribution du marché, jusqu'à l'acte attaqué".

Elle expose que "la méthode d'évaluation définie par le cahier spécial des charges pour le critère 1, combinée avec la pondération des critères et la fixation d'un seuil d'éligibilité à une cote totale de 70/100, conduit mathématiquement et irrémédiablement à l'éviction automatique de l'offre qui ne serait pas la moins chère pour le seul sous-critère 1.1".

Elle estime que "ce faisant, le cahier spécial des charges dénature la procédure d'attribution de l'appel d'offres en rendant totalement inopérants, pour le soumissionnaire dont le prix n'est pas le plus bas pour ce sous-critère 1.1, les autres critères et sous-critères d'attribution, et donc la comparaison et l'analyse des offres sur base de ces critères". Elle ajoute que "ces mêmes dispositions du cahier spécial des charges sont en totale contradiction avec l'objectif défini par le pouvoir adjudicateur, dans son cahier spécial des charges également, de conclure un contrat cadre avec plusieurs soumissionnaires désignés en cascade, puisque l'application *in concreto* de ces dispositions rend impossible l'attribution du marché à plus d'un soumissionnaire lorsqu'ils ne sont que deux à avoir rentré une offre".

Elle rappelle, d'une part, que la formule appliquée pour le critère 1 est basée sur la prise en compte des écarts types par rapport à la moyenne des prix remis et que, d'autre part, lorsque le prix proposé est égal au seuil des catégories (zones), la mention la moins favorable est attribuée à l'offre. En se basant sur des exemples théoriques, elle explique que si cette formule ne pose pas, en soi, de problème lorsqu'il y a un nombre suffisamment élevé de soumissionnaires, il n'en va plus de même lorsque seuls deux soumissionnaires déposent une offre. En effet, dans ce cas de figure particulier, la formule retenue a pour résultat que, quelle que soit la différence de prix entre les offres, celui qui a remis le prix le plus bas obtiendra toujours une cote correspondant à la "zone verte" (soit "bonne" et non "très bonne") qui ne lui vaudra donc jamais le maximum des points, tandis que le second obtiendra toujours une cote correspondant à la mention "insuffisant" (et non mauvaise). Concrètement, cela implique que l'offre qui est classée première pour le sous-critère de prix 1.1 se verra attribuer la cote de 18/30 et la seconde, la cote de 6/30. Or, avec une cote de 6/30 pour

le sous-critère 1.1, l'effet combiné de ce mode de calcul, qui vaut également pour les autres sous critères du critère 1, et de la pondération des critères et sous critères rend impossible de parvenir au seuil de 70 points requis pour être repris dans l'accord cadre. Elle en conclut que "lorsqu'il n'y a que deux soumissionnaires, peut donc seul espérer entrer dans l'accord-cadre celui qui remet, non pas l'offre économiquement la plus avantageuse sur l'ensemble des critères et sous-critères d'attribution, mais l'offre la plus basse en terme de prix sur l'unique sous-critère 1.1". En conséquence, "l'examen et le résultat des autres critères [n'a] absolument aucune incidence sur le rejet consommé de cette offre, ce qui n'est compatible ni avec la notion même d'appel d'offres, ni avec la volonté exprimée par le pouvoir adjudicateur de recourir à la formule de l'accord cadre conclu avec plusieurs soumissionnaires en cascade, ni avec le principe d'égalité entre les soumissionnaires".

VI. 2. Décision du Conseil d'Etat

1. Il ressort des documents du marché que la procédure retenue pour le marché litigieux est celle de l'accord-cadre en procédure négociée avec publicité et non, comme semble l'indiquer erronément la partie requérante dans certains passages de sa requête, celle de l'appel d'offre. La requérante en convient à l'audience et impute à une erreur de plume les références à un "appel d'offre" dans sa requête, explication que corroborent d'autres mentions dans la requête. En ce qu'elles visent spécifiquement une violation des règles propres à la procédure d'appel d'offre, les critiques de la requérante manquent, dès lors, en droit.

2. Le recours à un accord-cadre permet à l'autorité adjudicatrice d'arrêter un cadre à respecter par des marchés successifs pendant une période donnée. L'accord-cadre peut être conclu avec plusieurs participants, mais aucune disposition légale ne s'oppose à ce qu'il ne soit, comme en l'espèce, conclu qu'avec un seul participant, ce que ne conteste d'ailleurs pas la requérante.

En l'espèce, il ressort des faits de la cause qu'en lançant cette procédure, la partie adverse escomptait que plus de deux soumissionnaires déposent offre, en sorte qu'elle puisse inclure dans l'accord-cadre les cinq offres les plus intéressantes. La requérante ne soutient toutefois pas que la partie adverse se serait de quelque manière liée à n'attribuer le marché qu'à la condition que plusieurs soumissionnaires déposent une offre. Il résulte, par ailleurs, de l'imposition d'un seuil minimum de septante points pour pouvoir participer à l'accord-cadre que la partie adverse n'entendait, en toute hypothèse, pas se lier avec un soumissionnaire n'atteignant pas ce seuil minimal, quel que fût le nombre d'offres déposées.

Dès lors qu'à l'issue de l'examen des critères d'attribution, il est apparu qu'un seul soumissionnaire atteignait le seuil de septante points, il appartenait au seul pouvoir adjudicateur de décider de poursuivre la procédure ou de relancer le marché. Sans préjudice de la sanction d'une éventuelle erreur manifeste d'appréciation, le Conseil d'Etat est sans compétence pour substituer son appréciation à la sienne sur ce point. Dans la mesure où la critique de la requérante porte sur l'opportunité de la décision de poursuivre la procédure et, partant, de ne passer l'accord-cadre qu'avec le seul soumissionnaire ayant atteint le seuil minimal requis, elle échappe à la compétence du Conseil d'Etat.

3. Par ailleurs, le choix des critères d'attribution, de leur pondération et de la méthode d'évaluation de ces critères relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité adjudicatrice. Seule une erreur manifeste d'appréciation pourrait être sanctionnée par le Conseil d'Etat.

En l'espèce, la critique de la requérante ne porte ni sur les critères d'attribution, ni sur leur pondération, ni même sur la méthode d'évaluation retenue, pour autant qu'elle s'appliquât à plus de deux soumissionnaires. Elle ne vise que l'absence de prévision dans le cahier spécial des charges d'une méthode alternative d'évaluation dans l'hypothèse où, comme cela s'est produit, seuls deux soumissionnaires auraient remis offre.

La requérante reproche à la partie adverse d'avoir adopté une méthode de calcul et une pondération des critères et sous-critères qui, lorsqu'il n'y a que deux soumissionnaires, empêchent celui qui est classé second pour le sous-critère 1.1, d'espérer encore atteindre le seuil de septante points. Elle revient donc à dénoncer le fait que, dans ce cas de figure, ce sous-critère 1.1 acquiert une valeur éliminatoire.

Il convient, à cet égard, de rappeler, en premier lieu, que la décision d'attacher un poids relatif plus important au critère de prix qu'aux autres critères d'attribution, voire à lui conférer une valeur éliminatoire dans certains cas de figure relève du pouvoir discrétionnaire de l'autorité adjudicatrice. Seule une erreur manifeste d'appréciation dans l'exercice de ce pouvoir pourrait être sanctionnée par le Conseil d'Etat.

En l'espèce, si la requérante ne pouvait plus atteindre le seuil de septante points, dès lors qu'elle avait été classée seconde pour le sous-critère 1.1, en contrepartie, le fait pour l'autre soumissionnaire d'être classé premier pour ce sous-critère ne lui garantissait nullement d'atteindre le seuil de septante points requis sur l'ensemble des critères. Ainsi, il aurait suffi que la société NEXTEL obtienne un moindre score que celui qu'elle a obtenu pour un seul autre sous-critère pour qu'elle

n'atteigne pas ce seuil minimum, auquel cas la partie adverse n'aurait pas non plus pu l'inclure dans l'accord-cadre. Qui plus est, il apparaît que le mode de calcul retenu pour l'évaluation du premier critère (prix) est d'une sévérité accrue pour le soumissionnaire classé premier, lorsque, comme en l'espèce, seules deux offres ont été remises, puisqu'il l'empêche d'obtenir une évaluation "très bon" pour ce critère, alors que l'offre de celui qui se classe second ne pourra jamais être évaluée comme "mauvaise". En d'autres termes, ce système qui empêche d'attribuer le maximum des points au premier classé protège, en revanche, le second contre l'attribution de la cote de zéro point, même lorsque, comme en l'espèce, un écart de prix considérable sépare les deux offres. Ce mécanisme aboutit donc bien à rendre plus difficile l'accès à l'accord-cadre pour les deux soumissionnaires et non pour un seul de ceux-ci, comme semble l'indiquer la requérante.

Par ailleurs, l'effet combiné de la méthode de calcul retenue pour le critère de prix et de la pondération des critères et sous-critères a, effectivement, pour conséquence que le sous-critère 1.1 se voit conférer une valeur éliminatoire lorsqu'il n'y a que deux soumissionnaires, en ce sens que seul le soumissionnaire qui a remis le prix le plus bas pour ce sous-critère peut encore espérer atteindre le seuil minimal, sans toutefois que cette condition suffise à atteindre ce seuil, comme il est indiqué plus haut. Cette conséquence découle toutefois directement des choix faits par le pouvoir adjudicateur. Or, l'on n'aperçoit pas, à première vue, en quoi il serait manifestement déraisonnable pour le pouvoir adjudicateur d'appliquer une méthode d'évaluation qui a pour effet de limiter plus sévèrement les possibilités d'accéder à l'accord-cadre lorsque le nombre des soumissionnaires est inférieur à ses attentes et où le risque est par conséquent plus élevé qu'il soit amené à inclure dans celui-ci des offres peu avantageuses. L'on n'aperçoit pas, en particulier, en quoi le fait d'adopter une méthode d'évaluation qui, dans cette hypothèse, aboutit à conférer une importance déterminante au critère de prix, procéderait d'une erreur manifeste d'appréciation. Il s'ensuit que la critique de la requérante porte, ici également, sur l'opportunité des choix opérés par la partie adverse et échappe dès lors à la compétence du Conseil d'Etat.

4. Enfin, la pondération des critères et des sous critères, la méthode de calcul appliquée pour les évaluer et le seuil minimum requis pour être inclus dans l'accord-cadre sont annoncés clairement dans le cahier spécial des charges et il n'est pas soutenu qu'ils n'auraient pas été appliqués de la même manière aux deux soumissionnaires ayant remis offre. Dans les limites d'un examen mené dans les conditions de l'extrême urgence, il apparaît, par conséquent, que l'exclusion de la requérante de l'accord-cadre résulte de la simple application des règles énoncées dans le cahier spécial des charges et non d'une quelconque rupture de l'égalité entre les deux soumissionnaires.

5. Le moyen n'est pas sérieux.

VII. CONFIDENTIALITE

Les parties demandent que la confidentialité des offres soit maintenue.

La communication de ces pièces n'apparaissant pas utile à la solution du litige à ce stade de la procédure et leur divulgation pouvant nuire au secret des affaires, il y a lieu d'acquiescer à cette demande.

VIII. INDEMNITE DE PROCEDURE

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement de l'indemnité de procédure chiffrée au montant de 700 euros. Elle demande également "si le recours comprend à la fois une demande de suspension et un recours en annulation" une majoration de ce montant de 20 pourcents.

Ainsi qu'il ressort du point V.2. ci-dessus, la requête est une demande de suspension d'extrême urgence sans requête en annulation. Par conséquent, il n'y a pas lieu de majorer le montant de l'indemnité sollicitée.

Par ailleurs, la requérante n'a, à l'audience du 7 septembre 2016, fait état d'aucun élément dont le Conseil d'Etat pourrait tenir compte pour réduire le montant de cette indemnité.

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 requête en intervention introduite par la société anonyme NEXTEL est accueillie dans la procédure en référé d'extrême urgence.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

Les pièces 1 à 8 de la partie confidentielle du dossier administratif sont soustraites à la consultation des parties, à ce stade de la procédure.

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.

Article 5.

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

Article 6.

Les autres dépens, liquidés à la somme de 350 euros, sont mis à la charge de la partie requérante, à concurrence de 200 euros et à la charge de la partie intervenante à concurrence de 150 euros.

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre, le quatorze septembre 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.