

CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.
LE PRÉSIDENT DE LA VI^e CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ

A R R Ê T

n^o 237.077 du 18 janvier 2017

A.220.997/VI-20.928

En cause : **la société anonyme MOMENTS FURNITURE,**

ayant élu domicile chez
M^{es} Marie VASTMANS et
Célie VAN AUDENHAEGE, avocats,
avenue Tedesco 7
1160 Bruxelles,

contre :

la société coopérative à responsabilité limitée VIVALIA,

ayant élu domicile chez
M^{es} Olivier LOUPPE et
Jean LAURENT, avocats
avenue Louise 250
1050 Bruxelles.

Partie intervenante :

la société privée à responsabilité limitée JEE-BEE,

ayant élu domicile chez
M^e Nicolas PETIT, avocat,
rue du Palais 60
4800 Verviers.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 19 décembre 2016, la société anonyme MOMENTS FURNITURE demande, d'une part, la suspension selon la procédure d'extrême urgence de l'exécution et, d'autre part, l'annulation de "la décision du 8 novembre 2016 par laquelle le Conseil d'administration de la partie adverse a attribué le lot n^o 2 — mobilier de chambre du marché public relatif à la «fourniture et Installation de mobilier divers pour équiper les MR et MRS de Vielsalm et Chanly (CSC n^o 1/018/2015» à la SPRL JEE-BEE pour un montant de 342.616 EUR HTVA, soit 389.037,16 EUR TVAC".

II. Procédure

Par une ordonnance du 19 décembre 2016, l'affaire a été fixée à l'audience du 12 janvier 2017 à 10 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés sur le site internet du Conseil d'État.

Par une requête déposée sur le site internet de Conseil d'État le 3 janvier 2017, la société privée à responsabilité limitée JEE-BEE demande à être reçue en qualité de partie intervenante.

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'État ont été acquittés.

M. David DE ROY, Conseiller d'État, président de chambre f.f., a exposé son rapport.

M^e Célie VAN AUDENHAEGE, *loco* M^e Marie VASTMANS, avocat, comparaisant pour la partie requérante, M^e Jean LAURENT, avocat, comparaisant pour la partie adverse et M^e Anna VULLO, *loco* M^e Nicolas PETIT, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M. Eric THIBAUT, premier auditeur chef de section au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme au présent arrêt.

Il est fait application des dispositions relatives à l'emploi des langues, inscrites au titre VI, chapitre II, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

III. Faits

A s'en tenir à la version qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants:

" 1.
L'intercommunale VIVALIA a lancé un marché public de fournitures portant sur «la fourniture et l'installation de mobilier divers pour équiper les MR et MRS de Vielsalm et Chanly».

Ce marché est passé par appel d'offres ouvert et comprend 6 lots, à savoir :

- Lot n° 1 : lits électriques;

- Lot n° 2 : mobilier de chambre;
- Lot n° 3 : mobilier pour espaces communs;
- Lot n° 4 : mobilier administratif et technique;
- Lot n° 5 : mobilier de restaurant;
- Lot n° 6 : mobilier extérieur.

Un avis de marché a été publié au Bulletin des adjudications le 22 septembre 2015 [...] et au Journal officiel de l'Union européenne le 26 septembre 2015 [...].

2.

La SA MOMENTS FURNITURE a déposé une offre pour les lots n° 1, 2, 3 et 5 [...].

Le présent recours porte exclusivement sur le lot n° 2 – Mobilier de chambre.

Le lot n° 2 comprend, plus précisément, la fourniture de :

- tables de nuit;
- chaises chambre;
- fauteuils médicalisés (fauteuils gériatriques);
- tables chambre;
- frigos pour table de nuit;
- frigo pour résidence service;
- supports pour téléviseurs.

3.

Aux termes de sa décision du 29 mars 2016, le Conseil d'administration de VIVALIA a décidé d'approuver le rapport d'analyse des offres présenté le 29 mars 2016 et d'attribuer le lot n° 2 à la SA MOMENTS FURNITURE pour un montant de 450.721,86 € TVAC [...].

La SA MOMENTS FURNITURE a été informée de cette décision par un courrier recommandé daté du 25 mai 2016 et réceptionné le 26 mai 2016 [...].

4.

Par une requête déposée le 9 juin 2016, la SPRL JEE-BEE a sollicité l'annulation et, selon la procédure d'extrême urgence, la suspension de l'exécution de «la décision prise le 29 mars 2016 par le Conseil d'Administration de la partie adverse attribuant le Marché public de «Fourniture et installation de Mobilier divers pour équiper les MR et MRS de Vielsalm et Chanly (CSC n° 1/018/2015) en ce que, par cette décision, la partie adverse a décidé :

- d'une part, d'attribuer le lot 2 (Mobilier de chambre) à la SA MOMENTS FURNITURE Deefakkerstraat 2, 8770 Ingelmunster;
- d'autre part, implicitement, de ne pas attribuer ce lot 2 (Mobilier de chambre) à la requérante».

5.

Par une requête introduite le 20 juin 2016, la SA MOMENTS FURNITURE a demandé à être reçue en qualité de partie intervenante dans le cadre de cette procédure.

Par un arrêt n° 235.269 du 29 juin 2016, Votre Conseil a [ordonné la suspension de l'exécution de] l'acte attaqué au motif qu'«il apparaît que, s'agissant des fauteuils médicalisés respectivement proposés par la requérante et l'intervenante, dont aucune partie n'a sérieusement mis en cause la similarité, ces soumissionnaires ont proposé des taux de T.V.A. différents, alors qu'une telle différence de taux ne s'impose pas de toute évidence, et, à tout le moins, pas à la lecture des documentations jointes à leurs offres par ces soumissionnaires.

Il n'est pas davantage contesté que la requérante, en introduisant son offre, avait attiré l'attention de la partie adverse sur les hésitations que laissait subsister la détermination du taux de T.V.A. applicable aux fauteuils médicalisés faisant l'objet du marché concerné.

Les écrits de procédure et les débats imposent de constater que l'acte attaqué, pas plus que le dossier administratif, ne permet de comprendre les raisons pour lesquelles la partie adverse a fondé sa comparaison des offres respectivement déposées par la requérante et l'intervenante, sur des prix qui faisaient application de taux de T.V.A. différents.

Plus fondamentalement, il n'apparaît pas que la partie adverse aurait cherché à obtenir des informations auprès de l'administration de la T.V.A., permettant de conclure – sur la base des documents déposés – quel taux devait être appliqué aux fournitures proposées, ni examiné les observations formulées à cet égard par la requérante. Or, pareille investigation relevait, en vertu de l'article 21, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, et dans les circonstances de l'espèce, de l'obligation de procéder au contrôle des prix qui lui incombait».

6.

Lors de sa séance du 12 juillet 2016, le Comité de gestion de VIVALIA a décidé de :

- retirer la décision d'attribution du lot 2 «Mobilier de chambre» du Conseil d'Administration du 29 mars 2016;
- mandater la Direction des Investissements et Achats pour demander aux deux sociétés soumissionnaires, à savoir MOMENTS FURNITURE et JEE BEE, de préciser le taux de TVA applicable au marché;
- mandater, dans un second temps, le cas échéant, si les réponses des soumissionnaires ne sont pas suffisantes, la Direction des Investissements et Achats pour contacter officiellement son bureau de TVA et/ou bureaux de la TVA des deux sociétés afin d'obtenir une décision claire quant au taux de TVA à appliquer [...].

Lors de sa séance du 13 septembre 2016, le Conseil d'administration de VIVALIA a ratifié les décisions adoptées par le Comité de gestion le 12 juillet 2016 [...].

Entre-temps, aux termes de son arrêt n° 236.446 du 17 novembre 2016, Votre Conseil a annulé la décision du 29 mars 2016 par laquelle le Conseil d'administration de VIVALIA a attribué le lot n° 2 – Mobilier de chambre – du marché public relatif à la fourniture et l'installation de mobilier divers pour équiper les MR et MRS de Vielsalm et Chanly à la SA MOMENTS FURNITURE.

7.

Lors de sa séance du 8 novembre 2016, le Conseil d'administration de VIVALIA a décidé d'attribuer le lot n° 2 – mobilier de chambre du marché public relatif à la «fourniture et installation de mobilier divers pour équiper les MR et MRS de Vielsalm et Chanly (CSC n° 1/018/2015» à la SPRL JEE-BEE pour un montant total pour deux ans de 342.616 EUR HTVA, soit 389.037,16 EUR TVAC [...].

Il résulte de cette décision que les « rapports d'attribution et technique sont joints et sont considérés comme faisant partie intégrante de la décision».

8.

Par un courrier recommandé daté du 5 décembre 2016 et réceptionné le 6 décembre 2016, VIVALIA a informé la SA MOMENTS FURNITURE que son offre n'a pas

été retenue et a joint à ce courrier la décision motivée d'attribution du 8 novembre 2016 [...], ainsi que la décision de retrait du Comité de gestion du 12 juillet 2016 et la décision du Conseil d'administration du 13 septembre 2016.

Il s'agit de l'acte attaqué".

IV. Intervention

Par une requête déposée sur le site internet du Conseil d'État le 3 janvier 2017, la société privée à responsabilité limitée JEE-BEE, demande à intervenir dans la procédure en référé d'extrême urgence.

En tant qu'attributaire du marché public litigieux, elle a un intérêt suffisant à intervenir dans le cadre de la présente procédure. Il y a lieu d'accueillir cette requête.

V. Moyen unique

V.1.Thèse de la requérante

La requérante soulève un moyen unique, 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 la violation 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 du cahier spécial des charges et, plus précisément, de son article 7; de la violation 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 transparence, du principe de bonne administration, en particulier du devoir de minutie, du principe général de comparaison effective des offres et du principe «*patere legem quam ipse fecisti*»; de la violation des articles 1, 2 et 3 de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs; de l'erreur manifeste d'appréciation; et de l'excès de pouvoir", "[e]n ce qu'il ressort de l'acte attaqué que la partie adverse n'a pas respecté la méthode d'évaluation et de cotation des offres qu'elle avait fixée dans le cahier spécial des charges", "[a]lors que le pouvoir adjudicateur est tenu de se conformer à son cahier spécial des charges, notamment à la méthode d'évaluation et de cotation des critères d'attribution qu'il a fixée". Elle le développe dans les termes suivants:

" Développement du moyen unique

- Rappel du cahier spécial des charges

12.

Pour rappel, l'article 7 du cahier spécial des charges applicable au présent marché prévoit que les offres sont évaluées au regard des quatre critères d'attribution suivants :

- aspects techniques (avis des utilisateurs : analyse des caractéristiques techniques et/ou test des échantillons) : 45 %;
- prix comprenant le coût d'acquisition : 45 %;
- amélioration du délai de garantie : 5 %;
- amélioration du délai de livraison : 5 %.

L'article 7 du cahier spécial des charges précise ensuite la manière dont chacun de ces critères doit être évalué et coté au stade de l'analyse des offres.

Il prévoit en effet que :

«Prix : 45 points

La comparaison des prix de l'inventaire se fera sur le total des prix pour chaque lot.

Le soumissionnaire ayant remis l'offre la plus basse pour le lot obtient le maximum de point. Les autres offres obtiennent la cotation via l'application d'une règle de trois.

Aspects techniques : 45 points

Sur base de l'analyse des fiches techniques, descriptif, photos et/ou des échantillons remis, le pouvoir adjudicateur analysera les caractéristiques techniques des articles proposés.

Cette analyse sera réalisée par un comité d'expert constitué des Directeurs de site, de kinésithérapeutes, chefs des soins infirmiers, coordinateur technique et résidents.

Le comité d'experts établira pour chaque poste un classement des différents articles proposés et ce sur base de la robustesse, l'ergonomie, le confort, la facilité d'utilisation et d'entretien, l'évaluation générale,...

Chaque poste obtiendra une cotation en fonction de son classement et de la pondération attribuée au poste en question dans l'inventaire (colonne D : pondération des postes).

En fonction du classement obtenu, le soumissionnaire classé :

- En première position obtient 100 % des points
- En deuxième position : 70 % des points
- En troisième position : 40 % des points
- En quatrième position : 10 % des points
- Et ainsi de suite

En cas de classement *ex-aequo* les soumissionnaires obtiennent une cotation identique

Amélioration du délai de garantie : 5 points

Le délai de garantie sera de minimum 12 mois. Toute proposition d'amélioration de ce délai est un atout.

Pour chaque lot, l'amélioration de la période de garantie proposée sera analysée. Le soumissionnaire classé :

- En première position obtient 100 % des points
- En deuxième position : 80 % des points
- En troisième position : 60 % des points
- En quatrième position : 40 % des points
- Et ainsi de suite

Amélioration du délai de livraison : 5 points

Le délai de livraison est de maximum 45 jours calendrier. Toute proposition d'amélioration de ce délai est un atout.

Pour chaque lot, l'amélioration du délai de livraison proposé sera analysée. Le soumissionnaire classé :

- En première position obtient 100 % des points
- En deuxième position : 80 % des points
- En troisième position : 60 % des points
- En quatrième position : 40 % des points
- Et ainsi de suite»

- Rappel des principes relatifs à la méthode de cotation des offres

13.

Le pouvoir adjudicateur est tenu de respecter les règles qu'il a établies dans son cahier spécial des charges, en particulier les règles de pondération et, le cas échéant, la méthode d'évaluation des offres qu'il a choisie.

Pour rappel, le principe *Patere legem quam ipse fecisti* interdit au pouvoir adjudicateur d'adopter une décision d'attribution en modifiant les règles qu'il s'est lui-même fixées dans le cahier spécial des charges.

Votre Conseil a ainsi rappelé à plusieurs reprises que si «la pondération des critères d'attribution, et *a fortiori* des sous-critères, ne devait pas figurer dans les documents du marché» (C.E. arrêt n° 163.736 du 18 octobre 2006, S.A. VALOMAC; dans le même sens C.E. arrêt n° 145.164 du 31 mai 2005, N.V. CEGELEC; C.E., arrêt n° 141.346 du 1^{er} mars 2005; N.V. SITA RECYCLING SERVICES; C.E. arrêt n° 139.438 du 18 janvier 2005, BORCHERS KREISLAUFWIRTSCHAFT GmbH), il est évident que si le pouvoir adjudicateur hiérarchise ou pondère les critères d'attribution, il est alors tenu de respecter le cahier spécial des charges sous peine de le modifier et, partant de méconnaître le principe d'égalité entre soumissionnaires (C.E. arrêt n° 85.750 du 2 mars 2000, SA WASTE COLLECTION SYSTEMS BELGIUM).

Concernant la méthodologie d'évaluation des offres, il convient de rappeler que celle-ci ne doit pas obligatoirement être communiquée aux soumissionnaires (C.E., arrêt n° 192.810 du 28 avril 2009, UNIVERSITEIT GENT; C.E., arrêt n° 152.843 du 16 décembre 2005, SA MODAL VOICE NETWORK; C.E., arrêt n° 196.608 du 1^{er} octobre 2009, NV ARTES PROJECTS ET AL), sauf dans l'hypothèse où elle pourrait influencer la préparation des offres (C.E., arrêt n° 214.487 du 29 août 2011, SA de droit français THALES COMMUNICATION & SECURITY; C.E., arrêt n° 216.423 du 23 novembre 2011, CORNEZ et BOREAU; C.E., arrêt n° 218.351 du 8 mars 2012, NV ALCOMM).

«Le pouvoir adjudicateur n'a en outre pas l'obligation d'appliquer une même méthodologie pour l'ensemble des critères» (C.E., arrêt n° 219.518 du 29 mai 2012, NV BESIX cité par G. DEREAU, «L'attribution» in Le nouveau droit des marchés publics en Belgique – De l'article à la pratique, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 608, n° 888).

Par contre, lorsque le pouvoir adjudicateur expose dans les documents de marché une méthode d'évaluation des offres, il doit en tout point s'y conformer.

Ainsi, Votre Conseil a ainsi considéré que «dès lors que la visite de sites était expressément prévue et annoncée dans le cahier spécial des charges au titre de méthode d'évaluation des offres et que le pouvoir adjudicateur ne s'est pas réservé la faculté de déroger à cette disposition exempte d'ambiguïté, l'obligation de transparence imposait de respecter cette méthode annoncée. La lourdeur administrative inhérente à la visite de sites ne suffit pas à justifier le recours à une formule de substitution telle une démonstration à réaliser par les candidats soumissionnaires à partir d'un scénario à paramétrer. Le pouvoir adjudicateur reste en défaut d'établir qu'une telle démonstration, portant sur un scénario qu'il s'agissait de simuler dans le logiciel de gestion de dossier patient informatisé, présentait la même pertinence du point de vue de l'évaluation des offres qu'une visite sur site dans lequel une configuration similaire est opérationnelle, parmi une liste de références, telle que prévue par le cahier spécial des charges» (C.E., arrêt n° 223.704 du 4 juin 2013, SOCIÉTÉ DE DROIT FRANCAIS MEDASYS; voy. également C.E., arrêt n° 219.382 du 16 mai 2012, SA THOMAS & PIRON).

A contrario, Votre Conseil considère donc que ce n'est que lorsque «le pouvoir adjudicateur ne s'est pas imposé un mode de notation au stade de la rédaction du cahier spécial des charges ou ultérieurement, [qu'] il conserve son pouvoir d'appréciation pour l'appréciation des offres au regard des critères» (C.E., arrêt du 223.649 du 30 mai 2013, CPAS DE BRUXELLES).

14.

Dans le même ordre d'idées, G. DEREAU rappelle que «si, pour les marchés atteignant les seuils fixés en vertu des directives européennes, le pouvoir adjudicateur doit mentionner dans l'avis de marché ou le cahier spécial des charges la pondération relative qu'il confère à chacun des critères choisis, pour que les soumissionnaires en aient connaissance en vue d'établir leurs offres, la réglementation n'impose pas que la formule, que le pouvoir adjudicateur appliquera pour calculer la notation des offres au regard de chacun des critères, figure dans le cahier spécial des charges ou dans l'avis de marché. Selon le Conseil d'Etat, une telle information ne s'impose que dans la mesure où la méthode d'évaluation appliquée pourrait influencer la préparation des offres. Toutefois, si une méthode d'évaluation a été annoncée dans les documents du marché, elle doit bien entendu être mise en œuvre par le pouvoir adjudicateur» (G. DEREAU, «L'attribution» in Le nouveau droit des marchés publics en Belgique – De l'article à la pratique, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 609, n° 890).

P. THIEL souligne également, concernant la méthode d'analyse des critères, que «si le pouvoir adjudicateur l'a annoncée dans les documents du marché, il doit la respecter» (P. THIEL, Mémento des marchés publics et des PPP 2016, Waterloo, Kluwer, 2015, p. 676; voy. également C.E., arrêt n° 219.382 du 16 mai 2012, SA THOMAS & PIRON; C.E., arrêt n° 222.516 du 14 février 2013, NV ELPERS).

- Application au cas d'espèce

15.

Il résulte de l'acte attaqué que la requérante a obtenu 42,65 points pour le critère d'attribution n° 2 – Aspects techniques, tandis que la SPRL JEE-BEE a obtenu 37,96 points pour ce critère.

La requérante en déduit que la partie adverse n'a pas respecté son propre cahier spécial des charges et les règles d'évaluation et de cotation qu'elle avait définies.

En effet, si tel avait été le cas, la requérante, qui était classée en première position aurait dû obtenir 100 % des points, soit 45 points, tandis que la SPRL JEE-BEE, qui est classée en deuxième position, aurait dû obtenir 70 % des points, soit 31,5 points.

16.

Par un courrier électronique du 7 décembre 2016, la partie adverse a communiqué à la requérante le tableau relatif à l'analyse technique du lot n° 2, lequel n'était pas joint à l'acte attaqué.

Il résulte de ce tableau que la partie adverse a attribué les points aux soumissionnaires de la manière suivante :

Descriptif du poste	Pondération des postes	Classement MOMENTS FURNITURE	Points MOMENTS FURNITURE	Classement JEE-BEE	Points JEE-BEE
Table de nuit	12	2	8,4	1	12
Chaises chambre	16	1	16	2	11,2
Fauteuils gériatriques	20	1	20	2	14
Tables chambre	4	1	4	1	4
Frigos pour tables de nuit	8	1	8	1	8
Frigos pour résidence service	8	1	8	1	8
Supports pour téléviseurs	1	1	1	1	1
Total (sur 69)			65,4		58,2
Total (sur 45 points)			42,65		37,96

A la lecture de ce tableau, la requérante constate que la partie adverse a correctement appliqué le pourcentage dégressif prévu dans le cahier spécial des charges lors de l'attribution des points pour chaque poste mais qu'elle a omis de respecter ces pourcentages lors de l'attribution de la cote globale de chaque soumissionnaire.

17.

Le cahier spécial des charges a expressément prévu la méthode d'évaluation et de cotation des critères d'attribution, selon laquelle le soumissionnaire classé en première position obtient 100 % des points pour le critère relatif aux «aspects techniques» tandis que le soumissionnaire classé en deuxième position obtient 70 % des points.

Il appartenait dès lors à la partie adverse de classer les offres sur la base des cotes obtenues pour chacun des postes. Au regard de cette cote globale, la partie adverse devait ensuite classer les soumissionnaires.

Le soumissionnaire ayant obtenu la cote globale la plus importante, soit la requérante, aurait dû être classé en première position et obtenir 45 points tandis que le soumissionnaire classé en seconde position, soit la SPRL JEE-BEE, aurait dû obtenir 70 % X 45 points, soit 31,5 points.

18.

Raisonnement autrement reviendrait à méconnaître le cahier spécial des charges applicable au présent marché, lequel prévoit expressément qu'«en fonction du classement obtenu, le soumissionnaire classé :

- En première position obtient 100 % des points
- En deuxième position : 70 % des points (...)).

A la lecture du cahier spécial des charges, il convient donc de constater que la méthode de cotation fondée sur un pourcentage dégressif aurait dû être appliquée pour les cotes globales attribuées aux soumissionnaires pour le critère n° 2 – aspects techniques.

19.

Pour autant que de besoin, la requérante constate d'ailleurs que la partie adverse a appliqué la même méthode de cotation pour les critères d'attribution n° 3 et n° 4 (amélioration du délai de garantie et amélioration du délai de livraison).

La partie adverse a attribué aux soumissionnaires les cotes suivantes pour ces critères :

	MOMENTS FURNITURE		JEE-BEE	
Amélioration du délai de garantie	100%	5 points	80%	4 points
Amélioration du délai de livraison	80%	4 points	100%	5 points

20.

En tout état de cause, force est de constater qu'une telle méconnaissance du cahier spécial des charges a une incidence sur le classement des offres de sorte que la requérante a un intérêt à soulever cette irrégularité.

Comme le rappelle G. DEREAU, «à supposer qu'une erreur affecte la notation d'une offre, encore faut-il que cette erreur emporte une modification des points qui change le classement des offres pour qu'il y ait une relation causale entre la prétendue faute et le dommage invoqué» (G. DEREAU, «L'attribution» in Le nouveau droit des marchés publics en Belgique – De l'article à la pratique, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 614; Mons, 8 mai 2011, RG n° 2010/RG/201, MCP, 2012/2).

En l'espèce, si la partie adverse avait correctement appliqué les règles de cotation et la méthodologie susmentionnées, la requérante aurait dû se voir attribuer le marché puisqu'elle aurait obtenu un total de 92,84 points, tandis que la SPRL JEE-BEE aurait obtenu 85,5 points.

L'illégalité commise par la partie adverse a donc une incidence sur le classement des offres et l'attribution du présent marché.

Au vu de ce qui précède, le moyen unique est manifestement sérieux".

V.2. Appréciation

Pour le critère d'attribution "Aspects techniques", qui représente 45 points sur 100, l'article 7 du cahier spécial des charges annonce la méthode d'évaluation suivante:

" Aspects techniques : 45 points

Sur base de l'analyse des fiches techniques, descriptif, photos et/ou des échantillons remis, le pouvoir adjudicateur analysera les caractéristiques techniques des articles proposés.

Cette analyse sera réalisée par un comité d'expert constitué des Directeurs de site, de kinésithérapeutes, chefs des soins infirmiers, coordinateur technique et résidents.

Le comité d'experts établira pour chaque poste un classement des différents articles proposés et ce sur base de la robustesse, l'ergonomie, le confort, la facilité d'utilisation et d'entretien, l'évaluation générale,...

Chaque poste obtiendra une cotation en fonction de son classement et de la pondération attribuée au poste en question dans l'inventaire (colonne D : pondération des postes).

En fonction du classement obtenu, le soumissionnaire classé :

- En première position obtient 100 % des points
- En deuxième position : 70 % des points
- En troisième position : 40 % des points
- En quatrième position : 10 % des points
- Et ainsi de suite

En cas de classement *ex-aequo* les soumissionnaires obtiennent une cotation identique".

Dès lors, d'une part, que cette disposition prévoit – pour la comparaison des offres au regard de ce critère – un classement de celles-ci au regard de chaque poste (qui correspond toujours à un élément du mobilier) et, d'autre part, que chaque poste fait l'objet d'une pondération permettant d'identifier le nombre maximal de points susceptibles d'être attribués pour ce poste, il apparaît, *prima facie*, que les pourcentages retenus en fonction des différentes positions dans le classement devaient être appliqués "poste par poste", et que le total des cotes ainsi obtenues devait se voir appliquer un coefficient permettant de tenir compte de la pondération du critère "aspects techniques" au regard des autres critères (à savoir 45 points sur 100).

C'est précisément cette manière de procéder que la partie adverse a suivie, sans d'ailleurs être critiquée par la requérante, qui ne conteste pas sa cote de 42,65 points sur 45, ni celle de 37,96 attribuée à l'intervenante.

Il ne ressort, en revanche, pas de la disposition précitée que le classement résultant de ces cotes ainsi attribuées pour ce critère appelait une nouvelle application des pourcentages fixés, au total de 45 points cette fois.

N'est, en toute hypothèse, pas pertinent le fait que, pour les critères n^{os} 3 et 4, la partie adverse a appliqué ces pourcentages au total des points se rapportant à

chacun de ces critères. Il apparaît, en effet, à la lecture de l'article 7 du cahier spécial des charges, que, pour chacun de ces deux critères, l'évaluation des offres se faisait pour l'ensemble du lot, et non "poste par poste".

Il suit de ces développements que le moyen unique ne peut être déclaré sérieux.

VI. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre, qu'elle produit à l'appui de sa requête.

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel les offres de la requérante et de l'intervenante.

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

PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société privée à responsabilité limitée JEE-BEE est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée.

Article 3.

La pièce A "Offre de la requérante" jointe à la requête et les pièces A (1 et 2) et B (1 à 6) du dossier administratif demeureront, à ce stade, 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'État, le présent arrêt sera notifié par télécopieur aux parties n'ayant pas choisi 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 siégeant en référé, le dix-huit janvier deux mille dix-sept par :

M. David DE ROY,	conseiller d'État, président f.f.,
M ^{me} Caroline HUGÉ,	greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Caroline HUGÉ.

David DE ROY.