

**CONSEIL D'ÉTAT, SECTION DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF.**  
**LE PRÉSIDENT DE LA VI<sup>e</sup> CHAMBRE SIÉGEANT EN RÉFÉRÉ**

**A R R Ê T**

n<sup>o</sup> 241.861 du 21 juin 2018

A. 225.353/VI-21.254

En cause : **la société anonyme EUROBUSSING WALLONIE,**

ayant élu domicile chez  
M<sup>e</sup> Xavier CLOSE, avocat,  
avenue de l'Observatoire 10  
4000 Liège,

contre :

**1. la ville de Mons**

ayant élu domicile chez  
M<sup>es</sup> Véronique VANDEN ACKER,  
Caroline DEBEHAULT et  
François VISEUR, avocats,  
avenue Louise 140  
1050 Bruxelles,

**2. le centre public d'action sociale.**

---

*I. Objet de la requête*

Par une requête introduite le 3 juin 2018, la société anonyme EUROBUSSING WALLONIE demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de la "décision du collège communal de la ville de Mons du 3 mai 2018 d'attribuer à BVBA TRANSIBUS LOCAL SERVICES le marché public conjoint ville de Mons - CPAS de Mons ayant pour objet le transport de personnes par Autocar".

*II. Procédure*

Par ordonnances du 4 juin 2018, l'affaire a été fixée à l'audience du 15 juin 2018 à 10 heures 30.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés par la première partie adverse.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66,6°, et 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<sup>e</sup> Xavier CLOSE, avocat, comparaissant pour la partie requérante, et M<sup>es</sup> Caroline DEBEHAULT et François VISEUR, avocats, comparaissant pour la partie adverse, ont été entendus en leurs observations.

M<sup>me</sup> Elisabeth WILLEMART, Auditeur au Conseil d'État, a été entendu en son avis conforme.

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.

#### *IV. Faits*

Selon la version qu'en donne la première partie adverse, les faits utiles à l'examen de la demande sont les suivants:

" [...]. Le 28 décembre 2017, le Collège de la Ville de Mons décide de passer un marché public de transport de personnes par autocar via la procédure négociée directe avec publication préalable (...).  
Le marché est un marché conjoint pour lequel la Ville de Mons exécute la procédure et intervient au nom du CPAS et de la Ville de Mons.  
Le 11 janvier 2018, un avis de marché est publié au Bulletin des adjudications (...).  
[...]. Le cahier spécial des charges fixe la date limite du dépôt des offres au 8 février 2018 (...). A cette date, deux soumissionnaires remettent une offre : la S.A. TRANSIBUS (...) et la S.A. EUROBUSSING, partie requérante au présent litige (...).  
[...]. Le cahier spécial des charges prévoit trois critères d'attribution : le prix, le respect de l'environnement et le confort.  
Ces critères sont listés par ordre décroissant d'importance. Il est prévu que le marché sera attribué au soumissionnaire qui présentera l'offre économiquement la plus avantageuse, du point de vue du pouvoir adjudicateur, sur base de l'évaluation de tous ces critères.  
[...]. Il ressort du rapport d'examen des offres que l'offre économiquement la plus avantageuse est celle de la S.A. TRANSIBUS (...).  
[...]. Le 3 mai 2018, la Collège de la Ville de Mons décide d'attribuer le marché litigieux à la SA. TRANSIBUS (...).  
Il s'agit de l'acte attaqué par la requérante".

Il convient d'ajouter, s'agissant de l'évaluation des offres au regard du critère "Prix", que le cahier spécial des charges précise ce qui suit:

" Le prix de l'offre la plus basse correspond à la somme totale des prix unitaires mentionnés dans l'inventaire (hors % demandé dans l'inventaire)".

Par ailleurs, l'annexe C, contenant l'"inventaire" auquel se réfère le cahier spécial des charges se présente comme suit:

"

| ANNEXE C : INVENTAIRE                                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                |      |         |    |                   |        |                   |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|---------|----|-------------------|--------|-------------------|
| "TRANSPORTS DE PERSONNES PAR AUTOCAR"                                                                                                                    |                                                                                                                                                                                                |      |         |    |                   |        |                   |
| N°                                                                                                                                                       | Description                                                                                                                                                                                    | Type | Unité   | Qt | PUHTVA en chiffre | TVA 6% | PUTVAC en chiffre |
| 1                                                                                                                                                        | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus de 50 ou 54 places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                     | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 2                                                                                                                                                        | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus de moins de 40 places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                  | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 3                                                                                                                                                        | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus de +70 places places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                   | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 4                                                                                                                                                        | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus d'au moins 80 places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                   | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 5                                                                                                                                                        | Forfait de mise à disposition d'une remorque permettant le convoyage des bagages                                                                                                               | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 6                                                                                                                                                        | Km parcouru                                                                                                                                                                                    | QP   | km      | 1  |                   |        |                   |
| 7                                                                                                                                                        | % de remise octroyé sur les forfaits de mise à disposition repris ci-dessus (1, 2, 3, 4, 5) en cas de réservation durant la « basse saison » (du 01/09 au 30/03).                              | QP   | %       | 1  |                   |        |                   |
| 8                                                                                                                                                        | % de remise octroyé sur les forfaits de mise à disposition repris ci-dessus (1, 2, 3, 4, 5) en cas de mise à disposition du bus et du chauffeur pour une durée inférieure ou égale à 6 heures. | QP   | %       | 1  |                   |        |                   |
| 9                                                                                                                                                        | % de remise octroyé sur les forfaits de mise à disposition repris ci-dessus (1, 2, 3, 4, 5) en cas de départ prévu à 9h00 ou au-delà.                                                          | QP   | %       | 1  |                   |        |                   |
| 10                                                                                                                                                       | Supplément horaire demandé pour toute heure supplémentaire entre 12 et 14 heures de mise à disposition                                                                                         | QP   | heure   | 1  |                   |        |                   |
| Les prix unitaires doivent être mentionnés avec 2 chiffres après la virgule.                                                                             |                                                                                                                                                                                                |      |         |    |                   |        |                   |
| Vu, vérifié et complété avec les prix unitaires qui ont servi à déterminer le montant de mon offre de ce jour, pour être joint à mon formulaire d'offre. |                                                                                                                                                                                                |      |         |    |                   |        |                   |
| Fait à ..... le ..... Nom et prénom: .....Fonction: .....                                                                                                |                                                                                                                                                                                                |      |         |    |                   |        |                   |
| Signature                                                                                                                                                |                                                                                                                                                                                                |      |         |    |                   |        |                   |

".

#### IV. Moyen unique

##### IV.1. Thèses des parties

##### A. Requête

La requérante soulève un moyen unique, pris "de l'erreur manifeste d'appréciation et de la violation de [...] l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics [et] du principe selon lequel les critères d'attribution doivent servir à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse". Elle y dénonce "l'irrégularité du premier critère d'attribution du cahier spécial des charges, qui entraîne l'irrégularité de la décision d'attribution". Ce moyen est développé comme suit:

" [...]. L'article 81 de la loi du 17 juin 2016 impose au pouvoir adjudicateur de se fonder, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

Le même article précise que pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur peut notamment se fonder « sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné ».

[...]. Il est constant, dans la jurisprudence de Votre Conseil, que les critères d'attribution sont choisis librement par le pouvoir adjudicateur, mais qu'ils doivent être en lien avec l'objet du marché et viser à identifier l'offre « économiquement la plus avantageuse ».

[...]. En l'occurrence, le pouvoir adjudicateur a fait du critère du « prix » le premier critère d'attribution en importance, les deux autres critères étant, dans l'ordre, le respect de l'environnement et le confort (...).

Il est incontestable que le critère du prix de l'offre est, de manière générale, de nature à permettre l'identification de l'offre économiquement la plus avantageuse. Toutefois, et en l'occurrence, le cahier des charges détaille comme suit le critère d'attribution lié au prix.

En page 9 des dispositions administratives du cahier des charges :

| N° | Description                                                                                                                                        |
|----|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | Prix                                                                                                                                               |
|    | Le prix de l'offre la plus basse correspond à la somme totale des prix unitaires mentionnés dans l'inventaire (hors % demandé dans l'inventaire).1 |

Dans l'« inventaire » annexé au cahier des charges :

#### **ANNEXE C : INVENTAIRE**

##### **“TRANSPORTS DE PERSONNES PAR AUTOCAR”**

| N° | Description                                                                                                                                                                                    | Type | Unité   | Qt | PUHTVA en chiffre | TVA 6% | PUTVAC en chiffre |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|---------|----|-------------------|--------|-------------------|
| 1  | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus de 50 ou 54 places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                     | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 2  | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus de moins de 40 places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                  | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 3  | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus de +-70 places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                         | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 4  | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus d'au moins 80 places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                   | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 5  | Forfait de mise à disposition d'une remorque permettant le convoyage des bagages                                                                                                               | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 6  | Km parcouru                                                                                                                                                                                    | QP   | km      | 1  |                   |        |                   |
| 7  | % de remise octroyé sur les forfaits de mise à disposition repris ci-dessus (1, 2, 3, 4, 5) en cas de réservation durant la « basse saison » (du 01/09 au 30/03).                              | QP   | %       | 1  |                   |        |                   |
| 8  | % de remise octroyé sur les forfaits de mise à disposition repris ci-dessus (1, 2, 3, 4, 5) en cas de mise à disposition du bus et du chauffeur pour une durée inférieure ou égale à 6 heures. | QP   | %       | 1  |                   |        |                   |
| 9  | % de remise octroyé sur les forfaits de mise à disposition repris ci-dessus (1, 2, 3, 4, 5) en cas de départ prévu à 9h00 ou au-delà.                                                          | QP   | %       | 1  |                   |        |                   |
| 10 | Supplément horaire demandé pour toute heure supplémentaire entre 12 et 14 heures de mise à disposition                                                                                         | QP   | heure   | 1  |                   |        |                   |

[...]. Pour déterminer le prix d'une offre, selon le cahier spécial des charges, il faut donc additionner l'ensemble des « prix unitaires », sans tenir compte des « pourcentages » repris aux points 7 à 9 de l'inventaire.

Selon le rapport d'analyse des offres, qui fait une correcte application du critère tel qu'ainsi défini par le cahier spécial des charges, la société TRANSIBUS a remis un prix de 1.087,40 EUR HTVA, alors que la société requérante a remis un prix de 2.130,53 EUR.

[...]. Cette manière dont le cahier des charges impose que le prix de chaque offre soit calculé lors de l'attribution rend impossible une comparaison adéquate des offres quant au prix du service.

En procédant comme imposé par le cahier des charges, le pouvoir adjudicateur ne tient compte de la somme qui lui sera facturée pour chaque kilomètre parcouru que pour un seul kilomètre.

Ceci revient à annuler, dans l'évaluation du critère du prix, une partie importante des sommes qui seront réclamées au pouvoir adjudicateur à l'issue de chaque commande.

Il faut relever à cet égard que les distances à parcourir ne seront a priori pas négligeables.

Le cahier spécial des charges mentionne, il est vrai à titre exemplatif, diverses destinations, qui sont mises en parallèle dans le tableau suivant avec leur distance par rapport à la Grand Place de Mons :

| Destinations                                        | Distances | Distances aller-retour |
|-----------------------------------------------------|-----------|------------------------|
| Cambron-Casteau (Parc Paradisio, ferme pédagogique) | 21,5 km   | 43 km                  |
| Côte belge – Bredenne                               | 143 km    | 286 km                 |
| Côte belge – La Panne                               | 144 km    | 288 km                 |
| Peruwelz                                            | 34 km     | 68 km                  |
| Wellin                                              | 127 km    | 254 km                 |
| Marcinelle                                          | 49 km     | 98 km                  |
| Bellewaerde                                         | 103 km    | 206 km                 |
| Bruxelles                                           | 75 km     | 150 km                 |
| Roisin                                              | 34 km     | 68 km                  |
| St-Hubert                                           | 152 km    | 304 km                 |
| Spa                                                 | 174 km    | 348 km                 |
| Baraque Fraiture                                    | 159 km    | 318 km                 |
| Anvers (Zoo)                                        | 119 km    | 238 km                 |
| Planckendaël                                        | 90 km     | 180 km                 |
| Tournai                                             | 53 km     | 106 km                 |
| Breendonk                                           | 96 km     | 192 km                 |
| Sommière                                            | 85 km     | 170 km                 |
| Aiseau-Presles                                      | 60 km     | 120 km                 |
| Durbuy                                              | 136 km    | 272 km                 |
| Charleroi                                           | 49 km     | 98 km                  |
| Roubaix                                             | 79 km     | 158 km                 |
| Tourcoing                                           | 83 km     | 166 km                 |

En moyenne, les distances du trajet aller-retour pour les destinations mentionnées dans le cahier des charges sont de près de 188 kilomètres.

La requérante ignore le prix demandé au kilomètre par la société TRANSIBUS, les documents lui ayant été communiqués occultant cette information.

Compte tenu du prix « global » remis par TRANSIBUS pour les six premiers postes de l'inventaire (1.052,40 EUR), il n'est pas exclu que le prix réclamé au kilomètre par cette société soit de 2,40 EUR (pour les 0,53 EUR réclamés par la requérante).

Il est en tout cas certain que la société TRANSIBUS a dû demander un prix au kilomètre plus élevé que celui de la requérante pour compenser les prix très bas réclamés pour les forfaits mentionnés aux points 1 à 6 de l'inventaire en annexe du cahier spécial des charges.

Or, une différence de prix importante quant à ce poste de l'inventaire, peut avoir des conséquences importantes sur les sommes réclamées au pouvoir adjudicateur. Le tableau suivant donne un ordre de grandeur :

| Différence de prix au km | Sur une distance moyenne de 188 km |
|--------------------------|------------------------------------|
| 0,5 EUR                  | 94 EUR                             |
| 1 EUR                    | 188 EUR                            |
| 1,5 EUR                  | 282 EUR                            |
| 2 EUR                    | 376 EUR                            |

Chaque kilomètre parcouru contribue à rapprocher les prix réclamés par la requérante et par la société TRANSIBUS.

En fonction de la différence de prix au kilomètre, et de la distance parcourue, l'offre de la société TRANSIBUS peut, en réalité, s'avérer nettement plus onéreuse.

[...]. Le coût du service au kilomètre est donc pratiquement négligé par le cahier spécial des charges, alors que ce coût constituera, pour chaque trajet, une partie importante des sommes réclamées aux deux pouvoirs adjudicateurs.

Le critère du prix, tel qu'il a été défini par les pouvoirs adjudicateurs, à défaut de permettre une évaluation sérieuse du coût réel du service, ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.

Notons que le pouvoir adjudicateur pouvait facilement éviter cet écueil en prévoyant, dans son cahier des charges, qu'il serait tenu compte du prix au kilomètre calculé sur une distance moyenne. Il pouvait aussi faire du critère du prix au kilomètre un critère ou sous-critère d'attribution distinct du prix résultant des différents forfaits.

Quoiqu'il en soit, en ne tenant pas sérieusement compte des sommes qui seraient réclamées en fonction des distances parcourues, le cahier des charges ne s'avère pas conforme à l'article 81 de la loi du 17 juin 2016.

Cette irrégularité du cahier des charges rejait sur la décision d'attribution, puisque celle-ci a été prise en appliquant des critères qui ne garantissent pas que l'offre économiquement la plus avantageuse a été choisie.

Le moyen est donc sérieux".

## B. Note d'observations

La première partie adverse répond dans les termes suivants:

" [...]. La requérante considère que (...) «la manière dont le cahier des charges impose que le prix de chaque offre soit calculé lors de l'attribution rend impossible une comparaison des offres quant au prix du service».

La requérante critique en particulier le fait que, en vertu de l'inventaire annexé au cahier des charges (Annexe C), le pouvoir adjudicateur ne tienne compte «de la somme qui lui sera facturée pour chaque kilomètre parcouru que pour un seul kilomètre».

La requérante critique également la manière dont la S.A. TRANSIBUS a complété son offre en demandant «un prix au kilomètre plus élevé que celui de la requérante pour compenser les prix très bas réclamés pour les forfaits mentionnés aux points 1 à 6 de l'inventaire du cahier spécial des charges».

[...]. En l'espèce, le cahier spécial des charges définit les critères d'attribution de la manière suivante :

### I.12 Critères d'attribution

| N° | Description                                                                                                                                                                          |
|----|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 1  | Prix                                                                                                                                                                                 |
|    | Le prix de l'offre la plus basse correspond à la somme totale des prix unitaires mentionnés dans l'inventaire (hors % demandé dans l'inventaire).                                    |
| 2  | Le respect de l'environnement                                                                                                                                                        |
|    | La préférence sera accordée au soumissionnaire proposant les véhicules les moins polluants.<br>Le pouvoir Adjudicateur souhaite qu'une proposition soit faite par le soumissionnaire |

|   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|---|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|   | démontrant sa volonté de réduire l'impact des véhicules sur l'environnement telles que ces compensations relatives aux coûts des émissions de CO2, le respect des exigences relatives aux euronormes, l'éco-conduite, les indicateurs de changement de vitesse, le système de mesure de la pression des pneus, la consommation alternative de carburant (biocarburant, électrique, hydrogène ou hybride). |
| 3 | Confort                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                   |
|   | Ce critère sera évalué sur base des équipements proposés, tels que les équipements TV, DVD, toilette, réfrigérateur,...                                                                                                                                                                                                                                                                                   |

Les critères sont listés par ordre décroissant d'importance. Sur base de l'évaluation de tous ces critères, le marché sera attribué au soumissionnaire présentant l'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur.

En ce qui concerne le critère «prix», le cahier spécial des charges prévoit d'effectuer la somme des différents montants complétés par le soumissionnaire dans l'annexe C telle que reprise ci-dessous :

#### ANNEXE C : INVENTAIRE

##### "TRANSPORTS DE PERSONNES PAR AUTOCAR"

| N° | Description                                                                                                                                                                                    | Type | Unité   | Qt | PUHTVA en chiffre | TVA 6% | PUTVAC en chiffre |
|----|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|---------|----|-------------------|--------|-------------------|
| 1  | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus de 50 ou 54 places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                     | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 2  | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus de moins de 40 places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                  | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 3  | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus de +70 places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                          | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 4  | Forfait de mise à disposition avant 9h00 d'un bus d'au moins 80 places et d'un chauffeur pour une durée de 12 heures client maximum durant la "haute saison"                                   | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 5  | Forfait de mise à disposition d'une remorque permettant le convoyage des bagages                                                                                                               | QP   | forfait | 1  |                   |        |                   |
| 6  | Km parcouru                                                                                                                                                                                    | QP   | km      | 1  |                   |        |                   |
| 7  | % de remise octroyé sur les forfaits de mise à disposition repris ci-dessus (1, 2, 3, 4, 5) en cas de réservation durant la « basse saison » (du 01/09 au 30/03).                              | QP   | %       | 1  |                   |        |                   |
| 8  | % de remise octroyé sur les forfaits de mise à disposition repris ci-dessus (1, 2, 3, 4, 5) en cas de mise à disposition du bus et du chauffeur pour une durée inférieure ou égale à 6 heures. | QP   | %       | 1  |                   |        |                   |
| 9  | % de remise octroyé sur les forfaits de mise à disposition repris ci-dessus (1, 2, 3, 4, 5) en cas de départ prévu à 9h00 ou au-delà.                                                          | QP   | %       | 1  |                   |        |                   |
| 10 | Supplément horaire demandé pour toute heure supplémentaire entre 12 et 14 heures de mise à disposition                                                                                         | QP   | heure   | 1  |                   |        |                   |

Les prix unitaires doivent être mentionnés avec 2 chiffres après la virgule.

Vu, vérifié et complété avec les prix unitaires qui ont servi à déterminer le montant de mon offre de ce jour, pour être joint à mon formulaire d'offre.

Fait à ..... le ..... Nom et prénom: ..... Fonction: .....

Signature

[...]. Dans le rapport d'analyse des offres, la partie adverse a correctement appliqué les critères d'attribution mentionnés dans le cahier spécial des charges – cela n'est d'ailleurs pas contesté par la requérante (...) – et conclut à la désignation de l'offre économiquement la plus avantageuse, à savoir celle de la S.A. TRANSIBUS.

[...] La requérante n'a pas intérêt à critiquer la méthode de calcul du critère d'attribution après le dépôt de son offre

[...]. En vertu de l'article 81 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, «lorsqu'un opérateur économique découvre dans les documents du marché des erreurs ou des omissions telles qu'elles rendent impossibles l'établissement de son prix ou la comparaison des offres, il les signale immédiatement par écrit au pouvoir adjudicateur. Celui-ci est en tout cas prévenu au plus tard dix jours avant la date ultime de réception des

offres, sauf impossibilité résultant de la réduction du délai de réception des offres.».

Cette disposition impose aux potentiels soumissionnaires de dénoncer les erreurs ou omissions qui peuvent rendre impossible l'établissement de son prix ou la comparaison des offres.

[...]. En l'espèce, si la requérante considérait effectivement que les critères d'attribution tels que définis dans le cahier spécial des charges ne permettaient pas de procéder à une comparaison effective des offres, il lui appartenait de le signaler au pouvoir adjudicateur avant de remettre son offre.

Autrement dit, si la requérante estimait que faire figurer dans l'inventaire un prix au kilomètre, sans pondération selon la longueur des trajets à effectuer, pouvait «fausser» la comparaison des offres quant au critère du prix, il lui appartenait de le dénoncer préalablement au dépôt de son offre.

De plus, la requérante était libre de déposer une offre semblable à celle de la S.A. TRANSIBUS « afin de compenser les prix des forfaits ».

[...]. Votre Conseil a également rappelé à ces égards que :

« Il s'ensuit que si la requérante avait un doute quant à la manière de calculer ses ristournes par marque, doute qui ressort *prima facie* clairement de la manière particulière dont elle a présenté son offre, il lui appartient de s'en informer auprès de la partie adverse avant même de déposer son offre ».

[...]. Il n'est pas contraire à la réglementation relative aux marchés publics d'analyser la meilleure méthode pour remettre l'offre économiquement la plus avantageuse.

En ce sens, la S.A. TRANSIBUS a bien analysé les critères d'attribution d'une manière qui lui a permis d'obtenir le marché litigieux.

Il est en revanche déloyal, pour un soumissionnaire évincé, de remettre une offre en parfaite connaissance des critères d'attribution et d'ensuite, une fois le marché attribué à un autre soumissionnaire, se prévaloir d'une hypothétique irrégularité dans le choix des critères d'attribution sans que cette irrégularité n'ait été dénoncée au préalable.

La requérante n'a donc pas intérêt au moyen.

[...]. Liberté du pouvoir adjudicateur de choisir la méthode d'évaluation des critères d'adjudication

[...]. En vertu de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (...):

« § 1<sup>er</sup> Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

§ 2 L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

1° sur la base du prix ;

2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué ;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché ;

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité.

§ 3 Les critères d'attribution sont réputés être liés à l'objet du marché public lorsqu'ils se rapportent aux travaux, fournitures ou services à fournir en vertu du marché à quelque égard que ce soit et à n'importe quel stade de leur cycle de vie, y compris les facteurs intervenant dans :

- 1° le processus spécifique de production, de fourniture ou de commercialisation desdits travaux, produits ou services, ou
- 2° un processus spécifique lié à un autre stade de leur cycle de vie, même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel.

Les critères d'attribution n'ont pas pour effet de conférer une liberté de choix illimitée au pouvoir adjudicateur. Ils garantissent la possibilité d'une véritable concurrence et sont assortis de précisions qui permettent de vérifier concrètement les informations fournies par les soumissionnaires pour évaluer dans quelle mesure les offres répondent aux critères d'attribution. En cas de doute, le pouvoir adjudicateur vérifie concrètement l'exactitude des informations et éléments de preuve fournis par les soumissionnaires.

Ces critères doivent être indiqués dans l'avis de marché ou dans un autre document du marché».

[...]. La jurisprudence constante de Votre Conseil rappelle qu'il relève de la liberté d'appréciation du pouvoir adjudicateur de choisir la méthode d'évaluation des critères d'attribution la mieux adaptée.

La requérante relève à juste titre – et conformément à l'article 81 de la loi et à la jurisprudence de Votre Conseil – que cette liberté d'appréciation n'est pas illimitée. Votre Conseil ne peut toutefois définir lui-même la méthode d'évaluation à la place du pouvoir adjudicateur. Son contrôle doit se limiter à la licéité de la méthode utilisée.

18. En ce sens, pour être licites, ces critères doivent, selon une jurisprudence constante de Votre Conseil :

- i. Être liés à l'objet du marché ;
- ii. Ne pas avoir pour effet de conférer au pouvoir adjudicateur une liberté inconditionnée de choix pour l'attribution du marché – ce qui serait le cas d'un critère vague, aléatoire et imprécis ;
- iii. Être objectifs et indistinctement applicables à toutes les offres de manière à respecter le principe de non-discrimination entre les soumissionnaires.

[...]. En l'espèce, il sera démontré que la partie adverse a scrupuleusement respecté les conditions d'application de son pouvoir d'appréciation dans le cadre du choix des critères d'attribution, et spécialement en ce qui concerne le critère «prix» :

[...] Les critères d'attribution sont liés à l'objet du marché

[...]. Il est en effet difficilement contestable que le prix, le respect de l'environnement et le confort sont des critères directement liés à un marché de services ayant pour objet le transport de personnes.

[...]. Plus spécifiquement, le critère du prix et l'inventaire des prix à compléter repris dans le cahier spécial des charges (Annexe C), qui sont critiqués par la requérante, ne peuvent être considérés comme étrangers au marché puisqu'il s'agit justement des prix forfaitaires de différentes prestations de transport par autocar et du prix au kilomètre qui y est ajouté.

Le prix au kilomètre, qui est particulièrement critiqué par la requérante, est un indicateur clair du prix total d'un service de transport de personnes.

En choisissant de faire figurer un «prix au kilomètre» dans l'inventaire servant à l'évaluation du critère du «prix», le pouvoir adjudicateur n'a commis aucune erreur manifeste d'appréciation.

[...]. Les critères d'attributions du marché litigieux tels que définis dans le cahier spécial des charges sont donc incontestablement directement liés à l'objet du marché.

[...] Les critères d'attribution sont clairs et précis

[...]. Les critères d'attribution sont clairement exposés dans le cahier spécial des charges et cela n'est d'ailleurs pas contesté par la requérante.

[...]. La méthode de calcul relative au critère «prix» telle que définie dans le cahier des charges et critiquée par la requérante, à savoir une simple addition de chacun des prix annoncés dans l'inventaire (sans tenir compte des pourcentages repris aux points 7 à 9 de l'inventaire), est une méthode claire et précise qui ne permet pas au pouvoir adjudicateur de choisir librement et de manière inconditionnée le soumissionnaire à qui le marché serait attribué.

[...]. Aucune surprise n'a donc pu découler de l'application des critères repris dans le cahier spécial des charges par le pouvoir adjudicateur. La Ville de Mons n'avait plus aucune liberté de choix dans la désignation de l'offre la plus avantageuse une fois ces critères appliqués conformément au cahier spécial des charges.

[...]. Les critères d'attribution remplissent dès lors la condition de clarté et de précision requise par Votre Conseil.

[...] Les critères d'attribution sont objectifs et indistinctement applicables

[...]. Ce système de calcul était annoncé clairement dans le cahier spécial des charges et cela n'est pas contesté par la requérante.

Chacun des soumissionnaires connaissait donc à l'avance, avant de déposer son offre, la formule que la partie adverse allait appliquer.

Les soumissionnaires pouvaient donc relativement facilement comprendre – et remettre leur offre de prix en conséquence – que cette méthode de calcul avait pour effet de favoriser les offres qui mettaient un prix bas pour les forfaits de services d'autocar, sur celles qui choisissaient plutôt de remettre un plus bas prix au kilomètre parcouru.

En ce sens, Votre Conseil a déjà dit pour droit :

«le système de notation du critère prix était annoncé dans le cahier spécial des charges. Les soumissionnaires connaissaient donc, avant de déposer leur offre, la formule retenue par la partie adverse, laquelle avait pour effet de pénaliser fortement les prestataires qui prenaient le risque de remettre des honoraires élevés. – Le moyen n'est pas fondé».

[...]. En l'espèce, les critères d'attribution étaient donc objectifs et indistinctement applicables à tous les soumissionnaires et la Ville de Mons a dès lors respectés le principe de non-discrimination requis par la réglementation relative aux marchés publics.

[...]. Partant, le pouvoir adjudicateur a correctement appliqué les critères d'appréciation qui étaient définis préalablement dans le cahier spécial des charges. Connaissant ces critères d'appréciation et leur pondération, il appartenait à la requérante d'adapter son offre afin qu'elle soit déclarée l'offre économiquement la plus avantageuse, par exemple en diminuant le prix du forfait, quitte à compenser cette diminution par une augmentation du prix au kilomètre.

Le moyen n'est pas fondé.

[...] Conclusion

[...]. La requérante conteste *a posteriori*, une fois le marché litigieux attribué à un autre soumissionnaire, la méthode de calcul clairement exposée dans le cahier spécial des charges.

En n'effectuant pas de dénonciation conforme à l'article 81 de l'arrêté royal du 18 avril 2017, la requérante n'a pas intérêt au moyen unique qu'elle invoque dans sa requête.

[...]. De plus, la partie adverse, pouvoir adjudicateur du marché litigieux, a établi des critères d'attribution dans le respect des limites fixées par Votre Conseil et les principes qui régissent les marchés publics.

En effet, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, la Ville de Mons a déterminé des critères clairs et précis, directement en lien avec le marché litigieux, objectifs et indistinctement applicables à tous les soumissionnaires.

[...]. Le moyen n'est pas fondé".

## *IV.2. Appréciation du Conseil d'Etat*

### *IV.2. 1. Quant à la recevabilité du moyen*

La première partie adverse conteste l'intérêt de la requérante à son moyen, au motif qu'elle n'a pas dénoncé préalablement au dépôt de son offre ce qu'elle reproche maintenant au titre de son moyen.

L'article 81 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, dont se prévaut la première partie adverse au soutien de l'exception qu'elle oppose ainsi au moyen, est libellé comme suit:

" Lorsqu'un opérateur économique découvre dans les documents du marché des erreurs ou des omissions telles qu'elles rendent impossible l'établissement de son prix ou la comparaison des offres, il les signale immédiatement par écrit au pouvoir adjudicateur. Celui-ci est en tout cas prévenu au plus tard dix jours avant la date ultime de réception des offres, sauf impossibilité résultant de la réduction du délai de réception des offres.

Le pouvoir adjudicateur apprécie si l'importance des erreurs ou omissions relevées justifie un avis rectificatif ou une autre forme de publication adaptée et, s'il y a lieu, de prolonger le délai d'introduction des offres, compte tenu de l'article 9, alinéas 2 et 3".

En l'espèce, le moyen ne dénonce ni une erreur ni une omission, mais bien l'irrégularité d'un critère d'attribution dont la requérante estime qu'il ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. La première partie adverse ne soutient d'ailleurs pas qu'il y aurait quelque erreur ou omission dans la définition du critère d'attribution ainsi conçu.

Dans ces conditions, l'exception fondée sur ce que la requérante aurait manqué à une obligation qui lui incomberait en vertu de la disposition précitée ne peut être accueillie.

### *IV.2. 2. Quant au caractère sérieux du moyen*

En ses paragraphes 1 et 2, l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics est libellé comme suit:

" § 1<sup>er</sup>. Le pouvoir adjudicateur se fonde, pour attribuer les marchés publics, sur l'offre économiquement la plus avantageuse.

§ 2. L'offre économiquement la plus avantageuse du point de vue du pouvoir adjudicateur est, au choix, déterminée :

1° sur la base du prix;

2° sur la base du coût, selon une approche fondée sur le rapport coût/efficacité, telle que le coût du cycle de vie, conformément à l'article 82;

3° en se fondant sur le meilleur rapport qualité/prix qui est évalué sur la base du prix ou du coût ainsi que des critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux et/ou sociaux liés à l'objet du marché public concerné. Parmi ces critères, il peut y avoir notamment :

a) la qualité, y compris la valeur technique, les caractéristiques esthétiques et fonctionnelles, l'accessibilité, la conception pour tous les utilisateurs, les caractéristiques sociales, environnementales et innovantes, le commerce et les conditions dans lesquels il est pratiqué;

b) l'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché, lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché;

c) le service après-vente, l'assistance technique et les conditions de livraison, telles que la date de livraison, le mode de livraison et le délai de livraison ou d'exécution.

Le facteur coût peut également prendre la forme d'un prix ou d'un coût fixe sur la base duquel les opérateurs économiques seront en concurrence sur les seuls critères de qualité".

Dans le cadre du marché litigieux, trois critères ont été définis, à savoir le prix, le respect de l'environnement et le confort.

La méthode d'évaluation des offres est décrite comme suit:

" Le prix de l'offre la plus basse correspond à la somme totale des prix unitaires mentionnés dans l'inventaire (hors % demandé dans l'inventaire)".

A propos de ce que la première partie adverse considère ainsi être un "inventaire", il ressort du tableau intitulé "ANNEXE C: INVENTAIRE" et reproduit dans l'exposé des faits du présent arrêt que, s'agissant de la ligne "prix/kilomètre", aucune quantité présumée n'est mentionnée et que les soumissionnaires étaient invités à proposer le prix unitaire sur la base d'un seul kilomètre parcouru.

Une telle façon de procéder ne permet pas, dans l'évaluation et la comparaison des offres au regard du critère "prix", de tenir compte de l'importance que peut revêtir le kilométrage parcouru dans la détermination du prix qui sera dû par les parties adverses.

Ce procédé, qui peut conduire à l'élaboration d'offres présentant des structures de prix sensiblement différentes (ainsi que cela est d'ailleurs constaté en la présente cause) et favoriser des pratiques de spéculation, ne permet pas d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse au regard du critère "Prix".

Le moyen doit, en conséquence, être déclaré sérieux en tant qu'il est pris de la violation de l'article 81 de la loi du 17 juin 2016 précitée.

## *V. Balance des intérêts*

La partie adverse ne désigne pas les conséquences négatives d'une suspension de l'exécution de l'acte attaqué, qui l'emporteraient sur ses avantages.

Le Conseil d'État n'en identifie pas davantage.

## *VI. Confidentialité*

La partie adverse déclare déposer à titre confidentiel l'offre de la société attributaire du marché, le rapport d'analyse des offres et les tableaux de prix des parties, contenus aux pièces C.1., C.2., C.3. et C.4. du dossier administratif.

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

Par ailleurs, il y a lieu, conformément à l'article 26 de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics et de certains marchés de travaux, de fournitures et de services, et ainsi qu'en convient d'ailleurs la partie adverse dans un courriel adressé le 11 juin 2018 au Conseil d'État, d'ordonner la confidentialité de l'offre de la requérante, identifiée comme étant la pièce 4 du dossier administratif. Il en est de même de la pièce C.5. envoyée par courrier électronique.

## **PAR CES MOTIFS, LE CONSEIL D'ÉTAT DÉCIDE :**

### **Article 1<sup>er</sup>.**

La suspension de l'exécution de la décision du collège communal de la ville de Mons du 3 mai 2018 attribuant à BVBA TRANSIBUS LOCAL SERVICES le marché public conjoint ville de Mons - CPAS de Mons ayant pour objet le transport de personnes par autocar est ordonnée.

### **Article 2.**

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

**Article 3.**

Les pièces portant les références C.1., C.2., C.3., C.4. et C.5. du dossier administratif, ainsi que la pièce 4 du même dossier administratif, sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

**Article 4.**

Conformément à l'article 3, § 1<sup>er</sup>, 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<sup>e</sup> chambre siégeant en référé, le vingt et un juin deux mille dix-huit par :

|                               |                                    |
|-------------------------------|------------------------------------|
| M. David DE ROY,              | conseiller d'État, président f.f., |
| M <sup>me</sup> Katty LAUVAU, | greffier.                          |

Le Greffier,

Le Président,

Katty LAUVAU.

David DE ROY.