

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

A R R Ê T

n^o 246.510 du 20 décembre 2019

A. 229.666/VI-21.656

En cause : **la société anonyme LEONARD TRAVEL INTERNATIONAL,**

ayant élu domicile chez
M^e Gaël TILMAN, avocat,
quai de Rome 25
4000 Liège,

contre :

la Régie communale autonome de Charleroi,

ayant élu domicile chez
Me Philippe HERMAN, avocat,
rue T'Serclaes de Tilly 49-51
6061 Montignies-sur-Sambre.

Partie intervenante :

la société anonyme EUROBUSSING BRUSSELS,

ayant élu domicile chez
M^e Xavier CLOSE, avocat,
avenue de l'Observatoire 10
4000 Liège.

I. Objet de la requête

Par une requête introduite le 2 décembre 2019, la société anonyme LEONARD TRAVEL INTERNATIONAL demande la suspension, selon la procédure d'extrême urgence, de l'exécution de "la décision prise apparemment le 29 octobre 2019 par la partie adverse, d'attribuer le marché public de services ayant pour objet «marché public de transport de personnes entre la Belgique et la Savoie dans le cadre des classes de dépaysement et de découverte de la montagne» à EUROBUSSING BRUSSELS SA, dont le siège social est sis à 1120 BRUXELLES, Avenue de Bejar, 5".

II. Procédure

Par une ordonnance du 3 décembre 2019, l'affaire a été fixée à l'audience du 17 décembre 2019.

La note d'observations et le dossier administratif ont été déposés.

Par une requête introduite le 16 décembre 2019, la société EUROBUSSING BRUSSELS demande à être reçue en qualité de partie intervenante dans la présente procédure.

La contribution et les droits visés respectivement aux articles 66, 6°, et 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 f.f., a exposé son rapport.

M^e Gaël TILMAN, avocat, comparaisant pour la partie requérante, M^e Philippe HERMAN, avocat, comparaisant pour la partie adverse, et M^e Xavier CLOSE, avocat, comparaisant pour la partie intervenante, ont été entendus en leurs observations.

M^{me} Muriel VANDERHELST, auditeur au Conseil d'État, a été entendue 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.

III. Exposé des faits utiles

Selon la relation qu'en donne la requérante, les faits utiles à l'examen de la demande de suspension se présentent comme suit :

- " La partie adverse a lancé un marché public de services ayant pour objet «marché public de transport de personnes entre la Belgique et la Savoie dans le cadre des classes de dépaysement et de découverte de la montagne».

Le marché consiste en la prestation de services de transport de personnes (enfants, enseignants, animateurs et personnel infirmier) dans le cadre de classe de dépaysement et de découverte de la montagne, entre les différentes communes de l'entité de Charleroi et le site de vacances 'Les Balcons du Mont-Blanc' établi à Saint-Nicolas-la-Chapelle (Savoie- France) tant dans le sens aller que dans le sens retour entre le 5 janvier 2020 et le 23 février 2020 (planning à confirmer) en plusieurs contingent et suivant un planning établi par le pouvoir adjudicateur.

La prestation de service consistait donc à effectuer les trajets entre l'entité de Charleroi et la commune de Saint-Nicolas-la-Chapelle (Savoie-France).

Le marché était un marché à bordereau de prix passé par procédure ouverte.

En ce qui concerne la sélection qualitative, seule la capacité technique et professionnelle du soumissionnaire devait être démontrée.

Les critères retenus étaient :

- Une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les prestations de services sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services : *minimum trois services similaires dans le cadre de transports d'enfants à la montagne au cours des trois dernières années.*
- L'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise, en particulier ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité : *le soumissionnaire se soumet à un contrôle de qualité.*
- Une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.
- Une description de l'équipement technique et des mesures employées par le prestataire de services pour s'assurer de la qualité des services : *le soumissionnaire dispose d'au moins 10 cars de minimum 50 places et d'ancienneté inférieure à 5 ans pouvant être mis simultanément à disposition du pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'exécution du marché. Le soumissionnaire ne peut pas proposer l'utilisation de cars à double étage.*

Les critères d'attribution étaient fixés comme suit :

1. Prix : 40 points

Règle de trois : score offre = (prix de l'offre la plus basse/prix de l'offre) * poids du critère prix

2. Valeur technique : 32 points

La valeur technique des prestations sera jugée sur :

- o L'âge des véhicules (date de première mise en circulation sur le certificat d'immatriculation ou copie du bon de commande pour un véhicule neuf). Pour rappel, maximum 5 ans;
- o Les mentions indiquées sur la carte de contrôle technique.

Pour apprécier la valeur technique des prestations, le soumissionnaire remettra tous les documents nécessaires au pouvoir adjudicateur pour chacun des 10 véhicules proposés :

- Une copie du certificat d'immatriculation;
- Une copie du plus récent certificat de visite du contrôle technique;
- Une copie du certificat de conformité;
- Une copie du certificat d'assurance.

Une copie du bon de commande d'un véhicule de capacité offerte suffisante, jointe à la soumission et certifiant qu'il sera livré avant la date de prise en cours du

contrat, est acceptée. Dans ce cas, les exigences en matière de contrôle technique, d'immatriculation et d'assurance doivent être remplies au plus tard au moment de la prise de cours de contrat.

À défaut de mise à disposition du véhicule commandé pour la date prévue, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de résilier ou de ne pas conclure le marché. Les 10 véhicules proposés dans l'offre seront les véhicules utilisés effectivement pour le transport, à l'exclusion de tous autres.

Le soumissionnaire proposant la flotte de 10 véhicules de la meilleure valeur technique se verra accorder le maximum de points selon l'appréciation «Excellent». Les autres offres seront comparées à celle-ci et se verront accorder l'appréciation «Bon», «Moyen», «Faible» ou «Néant», correspondant respectivement à la note de 24, 16, 8 et 0 points.

3. Qualité : 28 points

La qualité des services proposés sera jugée sur :

- o La déclaration relative à la manière dont les trajets seront réalisés (itinéraire, durée estimée du trajet, arrêts et leur durée, moyens de sécurisation, moyens de détente à l'attention des enfants, etc.);

- o La proposition de rotation des chauffeurs mis à disposition dans le cadre du respect des temps de conduite.

Pour apprécier la qualité de la prestation, le soumissionnaire remettra une note décrivant ces deux items et tous les documents nécessaires au pouvoir adjudicateur.

Le soumissionnaire proposant la prestation la plus qualitative se verra accorder le maximum de points selon l'appréciation «Excellent». Les autres offres seront comparées à celle-ci et se verront accorder l'appréciation «Bon», «Moyen», «Faible» ou «Néant», correspondant respectivement à la note de 21, 14, 7 et 0 points.

La requérante remettra offre pour ce marché.

L'ouverture des offres était prévue le 2 septembre 2019, à 14h00

Le 26 septembre, l'auteur de projet rédigera le rapport d'examen des offres.

Le 4 novembre, la partie adverse adressera un courrier à la requérante l'informant que le marché avait été attribué par le Conseil d'Administration, en sa séance du 29 octobre 2019, à un autre soumissionnaire.

Directement, la requérante demandera la communication de la décision motivée d'attribution.

Le 18 novembre, la partie adverse transmettra non la décision motivée d'attribution mais le rapport d'examen des offres.

De ce rapport d'examen des offres, il apparaît que la requérante est classée deuxième.

Pour le critère prix, les offres sont classées :

1	COACH PARTNERS HAINAUT SA	40,00
2	LEONARD TRAVEL INTERNATIONAL SA	35,85
3	EUROBUSSING BRUSSELS SA	31,75

Pour le critère valeur technique, les offres sont classées :

3	EUROBUSSING BRUSSELS SA	32
2	LEONARD TRAVEL INTERNATIONAL SA	24
1	COACH PARTNERS HAINAUT SA	24

Pour le critère qualité, les offres sont classées :

2	LEONARD TRAVEL INTERNATIONAL SA	28
3	EUROBUSSING BRUSSELS SA	28
1	COACH PARTNERS HAINAUT SA	21

Le classement final est libellé comme suit :

N°	NOM	Score	Prix T.V.A.C.
3	EUROBUSSING BRUSSELS SA	91,75	
2	LEONARD TRAVEL INTERNATIONAL SA	87,85	137.027,20 €
1	COACH PARTNERS HAINAUT SA	85	

IV. Intervention

Par une requête introduite le 16 décembre 2019, la société anonyme EUROBUSSING BRUSSELS 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, en conséquence, d'accueillir cette requête.

V. Premier moyen

Il n'y a pas lieu d'examiner le premier moyen de la requête puisqu'à l'audience, la requérante a déclaré s'en désister.

VI. Deuxième moyen

VI.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un deuxième moyen, qu'elle expose comme suit :

" B. Absence de prise en considération de l'intégralité de l'offre de la requérante -

Sur le deuxième moyen pris de la méconnaissance de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11; de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics,

notamment en ses articles 4, 66 et 81; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en son article 87; de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fournitures et de services et de concessions, notamment en ses articles 4, 5, 8, éventuellement rendus applicables par l'article 29; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3, des principes généraux du droit, et notamment du principe de bonne administration, des principes généraux d'égalité et de non-discrimination et de transparence; du devoir de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation

En ce que la partie adverse n'a manifestement pas pris en considération l'intégralité de l'offre de la requérante dans le cadre de l'examen des offres, faussant ainsi la comparaison au détriment de la requérante

Alors que :

Le cahier spécial des charges renseigne trois critères d'attribution dont le deuxième, comptant pour 32 points sur 100, a trait à la valeur technique.

Le cahier spécial des charges précise que ce critère de valeur technique sera jugé sur :

- L'âge des véhicules;
- Les mentions indiquées sur la carte de contrôle technique.

La requérante, dans son offre, mentionne 11 véhicules, comme suit :

	Marque	Immatriculation	Places	Mise en circulation	Norme EURO 6	Catégorie
1	SETRA -515 HD	1-UCQ-657	49	30.03.18	OUI	4*
2	SETRA -515 HD	1-SCX-704	49	11.04.17	OUI	3*
3	SETRA -515 HD	1-SBY-124	49	04.04.17	OUI	3*
4	SETRA -515 HD	1-SBV-809	49	04.04.17	OUI	3*
5	SETRA -515 HD	1-NLH-372	49	17.03.16	OUI	3*
6	SETRA -515 HD	1-NJL-934	49	04.03.16	OUI	3*
7	SETRA -515 HD	1-NAP-443	49	06.01.16	OUI	3*
8	SETRA -515 HD	1-NAP-381	49	06.01.16	OUI	3*
9	SETRA -515 HD	1-NAP-359	49	06.01.16	OUI	3*
10	SETRA -515 HD	1-JJJ-580	50	05.01.15	OUI	4*
11	SETRA -515 HD	1-JJJ-502	50	05.01.15	OUI	4*

La requérante indique surtout :

« Merci de noter également que 4 autocars Setra 516 HD sont en commande auprès du constructeur et seront disponibles et opérationnels au 1^{er} janvier 2020. Vous trouverez, en attaché, le bon de commande s'y rapportant».

Le cahier spécial des charges mentionnait explicitement cette faculté puisqu'il est indiqué, en page 8,

« Une copie du bon de commande d'un véhicule de capacité offerte suffisante, jointe à la soumission et certifiant qu'il sera livré avant la date de prise en cours du contrat, est acceptée».

Conformément au prescrit du cahier spécial des charges, le bon de commande était joint à l'offre et renseignait une livraison en décembre 2019.

Or, dans le rapport d'examen des offres, sur lequel la décision querellée s'appuie,

l'auteur de projet renseigne :

« Le soumissionnaire présente une flotte de 11 véhicules».

Et il ressort de la lecture de ce rapport que son auteur n'a basé sa décision que sur les 11 véhicules mentionnés, sans prendre en considération les 4 nouveaux véhicules commandés.

Pourtant, au vu des sous-critères repris, qui étaient pour rappel l'âge des véhicules et les mentions indiquées sur la carte de contrôle technique, il est évident que la prise en considération de ces 4 véhicules neufs aurait eu une incidence certaine sur l'appréciation de l'offre de la requérante, au vu des critères d'attribution retenus.

En ne prenant pas en considération ces 4 véhicules, la partie adverse a manqué à son devoir de minutie et a commis une erreur manifeste d'appréciation.

En n'indiquant pas les raisons pour lesquelles il n'avait pas été tenu compte de ces véhicules neufs, la partie adverse a manqué à son obligation de motivation.

En ne prenant pas en considération l'intégralité de la flotte proposée par la requérante, la partie adverse l'a traitée d'une manière inégalitaire et défavorable.

Or, la prise en compte de ces 4 véhicules neufs modifiait sensiblement l'âge total de la flotte de la requérante puisque, si on calcule l'âge total de la flotte de la requérante, sur base des 10 cars les plus récents, on arrive, en prenant en compte les 4 cars neufs, à un âge total de 217 mois et, en ne les prenant pas en compte, à un âge total de 417 mois, soit presque le double !

Rien ne permet d'affirmer que cette prise en considération des 4 véhicules neufs n'aurait pas modifié l'appréciation du pouvoir adjudicateur dans un sens favorable à la requérante.

Pour rappel, EUROBUSSING a obtenu 32 points car classé premier de ce critère et la requérante 24 car classée deuxième alors que l'écart final entre la requérante et EUROBUSSING est de 3,90 points.

Le moyen est donc fondé".

VI.2. Appréciation du Conseil d'Etat

Il ressort des documents du marché qu'au regard du critère d'attribution "valeur technique", la partie adverse prévoyait d'évaluer les offres sur la base de l'âge des véhicules, d'une part, et des mentions indiquées sur la carte de contrôle technique, d'autre part. Il était par ailleurs précisé, à propos de ce même critère d'attribution, que le soumissionnaire pouvait remettre le document suivant :

- " Une copie du bon de commande d'un véhicule de capacité offerte suffisante, jointe à la soumission et certifiant qu'il sera livré avant la date de prise en cours du contrat, est acceptée. Dans ce cas, les exigences en matière de contrôle technique, d'immatriculation et d'assurance doivent être remplies au plus tard au moment de la prise de cours de contrat.
À défaut de mise à disposition du véhicule commandé pour la date prévue, le pouvoir adjudicateur se réserve le droit de résilier ou de ne pas conclure le marché".

Selon cette précision, des véhicules ne relevant pas encore de la flotte du

soumissionnaire à la date de dépôt de son offre pouvaient être pris en considération s'il était satisfait aux conditions ainsi précisées.

La requérante se prévaut de la mention suivante, contenue dans son offre:

" Merci de noter également que 4 autocars Setra 516 HD sont en commande auprès du constructeur et seront disponibles et opérationnels au 1^{er} janvier 2020. Vous trouverez, en attaché, le bon de commande s'y rapportant",

et soutient, en termes de requête, que "le bon de commande était joint à l'offre et renseignait une livraison en décembre 2019".

Elle fait grief à la partie adverse de ne pas avoir pris en considération les quatre véhicules en commande (et d'avoir, ce faisant, manqué à son devoir de minutie, commis une erreur manifeste d'appréciation et traité son offre "d'une manière inégalitaire et défavorable") et de ne pas avoir indiqué les raisons pour lesquelles elle ne les avait pas pris en considération (manquant, de la sorte, à son obligation de motivation formelle).

Le "bon de commande" prétendument joint à l'offre de la requérante se présente comme la confirmation d'une commande de quatre véhicules, confirmation émise par le fournisseur et contenant la mention aux termes de laquelle "le délai de livraison probable est le mois de décembre 2019".

Sans qu'il soit nécessaire de déterminer si la valeur probante de la confirmation est supérieure à celle du bon de commande sur laquelle elle porte (ce que semble avoir soutenu la requérante en termes de plaidoiries), il suffit de constater que le document dont se prévaut la requérante et qui évoque un "délai de livraison probable" ne contient pas de certification d'une livraison avant la date de prise de cours du contrat.

Ce document de confirmation ne satisfait donc, en toute hypothèse, pas avec l'exigence des documents du marché au respect de laquelle était subordonnée la prise en considération, pour l'évaluation de l'offre, de véhicules ne relevant pas de la flotte du soumissionnaire à la date de dépôt de son offre.

Au vu de ces éléments, il ne peut – sous peine précisément d'exposer l'acte attaqué aux reproches que le moyen formule – être sérieusement fait grief à la partie adverse de n'avoir pas pris en considération les quatre véhicules dont se prévaut la requérante, dès lors que son offre ne satisfaisait pas à l'exigence précitée des documents du marché.

Par ailleurs, et dès lors qu'un bon de commande répondant aux exigences

précisées faisait défaut, le Conseil d'État n'aperçoit pas, à l'occasion de l'examen effectué en extrême urgence, comment – à la supposer vérifiée – une illégalité de l'acte attaqué, résultant du défaut de motivation formelle invoqué par le moyen, léserait la requérante, étant entendu que celle-ci ne soutient pas qu'elle n'a pas été en mesure de faire valoir ses griefs à l'encontre de l'acte attaqué, particulièrement à propos de cet aspect qui la touche plus particulièrement.

Il ressort de ces développements que le deuxième moyen ne peut pas être déclaré sérieux.

VII. Troisième moyen

VII.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un troisième moyen, qu'elle expose comme suit :

" C. Non-respect du cahier spécial des charges

Sur le troisième moyen pris de la méconnaissance de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11; de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment en son article 81; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en son article 87; de la loi du 17 juin 2013 relative à la motivation, à l'information et aux voies de recours en matière de marchés publics, de certains marchés de travaux, de fourniture et de services et de concessions, notamment en son article 4; de la loi du 29 juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs, notamment en ses articles 2 et 3; des principes généraux du droit, et notamment des principes généraux d'égalité et de non-discrimination, du devoir de minutie et de l'erreur manifeste d'appréciation; du cahier spécial des charges, et notamment de l'article I.10 et du principe *patere legem quam ipse fecisti*.

En ce que le critère d'attribution n° 3, libellé «Qualité» et précisé comme suit :

« La qualité des services proposés sera jugée sur :

- o La déclaration relative à la manière dont les trajets seront réalisés (itinéraire, durée estimée du trajet, arrêts et leur durée, moyens de sécurisation, moyens de détente à l'attention des enfants, etc.);
- o La proposition de rotation des chauffeurs mis à disposition dans le cadre du respect des temps de conduite.

Pour apprécier la qualité de la prestation, le soumissionnaire remettra une note décrivant ces deux *items* et tous les documents nécessaires au pouvoir adjudicateur.

Le soumissionnaire proposant la prestation la plus qualitative se verra accorder le maximum de points selon l'appréciation 'Excellent'. Les autres offres seront comparées à celle-ci et se verront accorder l'appréciation 'Bon', 'Moyen', 'Faible' ou 'Néant', correspondant respectivement à la note de 21, 14, 7 et 0 points».

En optant pour la formulation «Le soumissionnaire proposant la prestation la plus qualitative se verra accorder le maximum de points», le pouvoir adjudicateur ne paraît pas avoir autorisé l'hypothèse d'un ex aequo à la première place de ce

critère.

Alors que pourtant, tel a bien été le cas en l'espèce.

Or, si le pouvoir adjudicateur avait envisagé pareille hypothèse, il aurait indiqué : «Le ou les soumissionnaire(s)», ou tout autre formule similaire.

En n'indiquant que le singulier dans la formulation choisie, il apparaît que le pouvoir adjudicateur a exclu, de manière certaine, l'attribution maximale des points de ce critère à plusieurs soumissionnaires.

Il appartenait donc à la partie adverse de respecter son propre cahier spécial des charges et de n'attribuer la cote maximale pour ce critère qu'à un seul soumissionnaire.

Rien n'exclut que ce seul soumissionnaire aurait été la requérante, ce qui aurait modifié le classement total, en lui permettant de grimper à la première place.

Pour rappel, la requérante et EUROBUSSING ont obtenu 28 points, alors que le deuxième classé obtenait 21 points, soit une différence de 7 points alors que l'écart final entre la requérante et EUROBUSSING est de 3,90 points

Il s'en déduit que le moyen est sérieux".

VII.2. *Appréciation du Conseil d'Etat*

Pour l'évaluation des offres au regard du critère d'attribution "Qualité", les documents du marché contiennent l'indication suivante :

" Le soumissionnaire proposant la prestation la plus qualitative se verra accorder le maximum de points selon l'appréciation «Excellent». Les autres offres seront comparées à celle-ci et se verront accorder l'appréciation «Bon», «Moyen», «Faible» ou «Néant», correspondant respectivement à la note de 21, 14, 7 et 0 points".

Le moyen reproche, en substance, à la partie adverse d'avoir méconnu cette disposition des documents du marché en accordant une cote identique de 28 points la société EUROBUSSING INTERNATIONAL et à la requérante, alors que – selon celle-ci – cette disposition ne pouvait s'interpréter que comme excluant de classer, au regard de ce critère, deux offres *ex aequo* à la première place.

Si l'emploi du singulier pour désigner "le soumissionnaire proposant la prestation la plus qualitative" peut être invoqué au soutien de l'interprétation défendue par la requérante, une interprétation exclusivement en ce sens de la phrase concernée ne pourrait, pour autant, être admise, et ce dès lors qu'aucune exclusion d'un classement *ex aequo* à la première place n'est expressément prévue. En outre, à supposer que deux offres soient d'une qualité équivalente au point de pouvoir prétendre toutes deux à la cote maximale, une application du critère conforme à l'interprétation défendue par la requérante provoquerait une rupture d'égalité entre les soumissionnaires et contraindrait la partie adverse à agir arbitrairement en attribuant

deux cotes distinctes. Il ne peut donc être établi, au terme d'un examen effectué en extrême urgence, qu'en ne retenant pas l'interprétation de la phrase précitée que préconise la requérante, la partie adverse aurait méconnu le cahier spécial des charges.

Le troisième moyen ne peut donc pas être déclaré sérieux.

VIII. Quatrième moyen

VIII.1. Thèse de la requérante

La requérante soulève un quatrième moyen, qu'elle expose comme suit :

" D. Absence de seuil minimal pour les critères de sélection qualitative

Sur le quatrième moyen, pris de la méconnaissance de la Constitution, notamment en ses articles 10 et 11; de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics, notamment en ses articles 5, 36, 66 et 71; de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques, notamment en ses articles 65 et 67; des principes généraux du droit et notamment des principes d'égalité de traitement, de transparence et de concurrence

En ce que le cahier spécial des charges définit les critères de sélection qualitative comme suit :

Critère de capacité technique et professionnelle

- Une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les prestations de services sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services : *minimum trois services similaires dans le cadre de transports d'enfants à la montagne au cours des trois dernières années.*
- L'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise, en particulier ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité : *le soumissionnaire se soumet à un contrôle de qualité.*
- Une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.
- Une description de l'équipement technique et des mesures employées par le prestataire de services pour s'assurer de la qualité des services : *le soumissionnaire dispose d'au moins 10 cars de minimum 50 places et d'ancienneté inférieure à 5 ans pouvant être mis simultanément à disposition du pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'exécution du marché. Le soumissionnaire ne peut pas proposer l'utilisation de cars à double étage.*

Alors que l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 énonce que :

- « Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.

Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.

Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.

Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires».

En l'occurrence, deux des quatre critères de capacité technique et professionnelle ne fixent pas de niveau d'exigence approprié.

Or, il a été jugé :

« Le cahier spécial des charges définit les exigences de capacité économique et financière de la manière suivante :

‘ Sous peine de non-sélection, les soumissionnaires doivent transmettre, pour transmettre leur capacité financière et économique, un des documents suivants :

- Une déclaration bancaire;
- Une attestation d'engagement de constitution de cautionnement’.

Il apparaît clairement – et les parties requérante et adverse l'admettent d'ailleurs toutes deux – que le premier critère, relatif à la «déclaration bancaire», ne se prête pas à la fixation du niveau minimal requis.

S'agissant du deuxième critère, et sans qu'il ne soit besoin de se prononcer sur la pertinence ou l'effet utile, dans le cadre de la sélection qualitative, d'une attestation d'engagement de constitution d'un cautionnement qui correspondrait, selon la partie adverse, au cautionnement prévu par l'article 25, § 2, de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics, il suffit de constater que, tel qu'il est formulé en l'espèce, ce critère ne peut se prêter à la fixation d'un seuil minimal répondant aux exigences déduites de l'article 58, § 1^{er}, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, dès lors notamment qu'il ne peut être considéré comme suffisamment précis pour permettre de déterminer le niveau minimum attendu, aucun montant estimé du marché n'ayant été annoncé.

Au vu de ces deux seuls critères de capacité financière/économique des soumissionnaires, il s'impose de constater que la partie adverse n'a, pour l'évaluation de cette capacité financière/économique des soumissionnaires, fixé aucun niveau minimum répondant aux exigences déduites de l'article 58, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, de l'arrêté royal du 15 juillet 2011, et a, en conséquence, méconnu cette disposition» (C.E., arrêt n° 244.162 du 3 avril 2019).

Il est indéniable que deux des quatre critères mentionnés ne prévoient pas de niveau d'exigence minimale.

En effet, tant l'indication des techniciens ou des organismes techniques que la liste de l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.

Il appartenait à la partie adverse soit de définir, pour ces deux critères, un seuil d'exigence minimum, soit d'assortir ces critères d'autres critères comprenant un seuil d'exigence minimum.

En dérogeant à cette obligation, le pouvoir adjudicateur a pu permettre que des entreprises soient indûment sélectionnées.

La requérante dispose dès lors d'un intérêt au moyen car si la partie adverse n'avait pas enfreint la disposition précitée et avait fixé un niveau minimum d'exigence, EUROBUSSING n'aurait peut-être pas été sélectionné.

« La méconnaissance de la réglementation applicable en matière de sélection qualitative est de nature à mettre en concurrence, dans le cadre de la comparaison des offres, une partie requérante avec d'autres entreprises indûment sélectionnées et de diminuer ainsi ses chances d'obtenir le marché. La requérante a donc intérêt au moyen. La circonstance que les critères de sélection étaient identiques pour les autres lots et que quatre d'entre eux ont été attribués à la requérante s'avère sans incidence à cet égard. Il ne peut être reproché à cette dernière de n'avoir contesté la décision attaquée que pour les lots qui ne lui ont pas été attribué set d'invoquer, à l'égard de cette décision, un moyen présentant un intérêt pour elle. Les première et deuxième exceptions d'irrecevabilité du moyen doivent donc également être rejetées» (C.E., arrêt n° 242.862 du 7 novembre 2018).

Il s'en déduit que le moyen est sérieux".

VIII.2. Appréciation du Conseil d'Etat

L'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 relatif à la passation des marchés publics dans les secteurs classiques est libellé comme suit :

- " Sans préjudice de l'article 42, § 3, alinéa 1^{er}, 2°, de la loi, les critères de sélection ainsi que les moyens de preuve acceptables sont indiqués par le pouvoir adjudicateur dans l'avis de marché ou, en absence d'un tel avis, dans les documents du marché.
Le pouvoir adjudicateur a l'obligation d'assortir chacun des critères de sélection qualitative de caractère économique, financier et/ou technique, d'un niveau d'exigence approprié, sauf si l'un des critères utilisés ne se prête pas à la fixation d'un tel niveau.
Si le pouvoir adjudicateur utilise un critère économique, financier ou technique, ne se prêtant pas à la fixation d'un niveau, ce critère doit être assorti d'un second critère de même type qui se prête à une telle fixation.
Chaque critère doit être formulé de façon suffisamment précise pour permettre de procéder à la sélection des candidats ou des soumissionnaires".

Le cahier spécial des charges fixe comme suit les critères de sélection annoncés pour vérifier la capacité technique et professionnelle des soumissionnaires :

- " - [1] Une liste des principaux services effectués au cours des trois dernières années, indiquant le montant, la date et le destinataire public ou privé. Les prestations de services sont prouvées par des attestations émises ou contresignées par l'autorité compétente ou lorsque le destinataire a été un acheteur privé, par une attestation de l'acheteur ou, à défaut, simplement par une déclaration du prestataire de services : *minimum trois services similaires dans le cadre de transports d'enfants à la montagne au cours des trois dernières années.*
- [2] L'indication des techniciens ou des organismes techniques, qu'ils soient ou non intégrés à l'entreprise, en particulier ceux qui sont responsables du contrôle de la qualité : *le soumissionnaire se soumet à un contrôle de qualité.*
- [3] Une déclaration indiquant l'outillage, le matériel et l'équipement technique dont le prestataire de services disposera pour la réalisation du marché.
- [4] Une description de l'équipement technique et des mesures employées par le prestataire de services pour s'assurer de la qualité des services : *le soumissionnaire dispose d'au moins 10 cars de minimum 50 places et d'ancienneté inférieure à 5*

ans pouvant être mis simultanément à disposition du pouvoir adjudicateur dans le cadre de l'exécution du marché. Le soumissionnaire ne peut pas proposer l'utilisation de cars à double étage".

Ainsi que cela ressort de leur présentation dans le cahier spécial des charges, les niveaux d'exigence annoncés pour ces critères de sélection sont mentionnés en caractères italiques.

Le moyen soutient que les critères [2] et [3] "ne prévoient pas de niveau d'exigence minimale", alors que conformément à l'article 65 de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, "il appartenait à la partie adverse soit de définir, pour ces deux critères, un seuil d'exigence minimum, soit d'assortir ces critères d'autres critères comprenant un seuil d'exigence minimum".

La lecture du critère [2], tel que présenté dans le cahier spécial des charges, laisse clairement apparaître ce que la partie adverse a considéré être un seuil d'exigence minimum, à savoir que "*le soumissionnaire se soumet à un contrôle de qualité*". La critique aux termes de laquelle ce critère ne prévoit pas de niveau d'exigence minimale manque donc en fait.

À l'audience du 17 décembre 2019, la requérante a soutenu que la référence à l'obligation, pour chaque soumissionnaire, de se soumettre à un contrôle de qualité n'était pas pertinente, puisque cette obligation était déjà supposée par l'invitation – au titre de ce critère de sélection – à indiquer les techniciens responsables du contrôle de la qualité. Si, par cet argument, la requérante entend soutenir que cette obligation de contrôle ne constitue pas un "niveau d'exigence approprié" au sens de l'article 65, alinéa 2, de l'arrêté royal du 18 avril 2017 précité, il s'agit là d'un grief nouveau, que ne formule forcément pas le moyen, en termes de requête, puisque celui-ci repose sur l'absence de mention d'un seuil d'exigence, et non sur le caractère inapproprié d'un seuil. Formulé tardivement, ce grief est irrecevable.

S'agissant du critère [3], il n'est pas contestable que, comme le soutient la requérante, il ne prévoit pas de niveau d'exigence minimale.

Prima facie, la partie adverse peut être suivie lorsqu'elle fait valoir que, faute d'avoir pu fixer le seuil requis pour ce critère, elle a fait usage, au travers du critère [4], de la possibilité de recourir à un "second critère de même nature qui se prête à une telle fixation". Le moyen ne conteste d'ailleurs pas que le critère [4] puisse constituer, en l'espèce, le "second critère" au sens de l'article 65, alinéa 3, de l'arrêté royal du 18 avril 2017, puisqu'il consiste – selon la requête – à reprocher à la partie adverse tant l'absence de seuil pour les deux critères concernés que le fait de ne pas avoir recouru à un "second critère qui se prête à une telle fixation".

Par ailleurs, à l'audience, la requérante a répliqué que le quatrième critère ne visait pas exactement la même chose que le troisième. Cet argument ne résiste pas à l'analyse, sauf à considérer – comme il semble le supposer – que deux critères de sélection rigoureusement identiques devraient être annoncés, dont l'un pourrait être assorti de la mention du niveau d'exigence requis, tandis que l'autre ne le pourrait pas.

Au vu des développements qui précèdent, le quatrième moyen ne peut être déclaré sérieux.

IX. Confidentialité

La requérante demande que soit maintenue la confidentialité de son offre qu'elle dépose et qui est identifiée comme étant la pièce 2 de son dossier.

La partie adverse formule la même demande, pour les trois offres qu'elle dépose et qui sont identifiées comme étant les pièces 3, 4 et 5 du dossier administratif.

Aucune objection n'ayant été émise à l'encontre des demandes ainsi formulées par les parties requérante et adverse, il y a lieu de maintenir provisoirement la confidentialité des pièces concernées.

X. Indemnité de procédure et autres dépens

La partie adverse sollicite la condamnation de la requérante au paiement d'une indemnité de procédure fixée à 840 euros, soit le montant de base de cette indemnité augmenté de la majoration de 20 pourcents visée à l'article 67, § 2, alinéa 1^{er}, du règlement général de procédure.

À l'audience du 17 décembre 2019, la requérante n'a fait état d'aucun élément dont le Conseil d'État pourrait tenir compte pour réduire le montant de l'indemnité fixée.

Il y a lieu d'accorder une indemnité de procédure à la partie adverse. Il convient toutefois de limiter le montant de cette indemnité à 700 euros et de ne pas accorder la majoration visée à l'article 67, § 2, alinéa 1^{er}, précité dans la mesure où le présent arrêt se borne à trancher la seule demande de suspension introduite à ce stade de la procédure.

Le rejet de la demande de suspension justifie, par ailleurs, que les autres dépens soient laissés respectivement aux parties requérante et intervenante pour ce qui

les concerne.

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

Article 1^{er}.

La requête en intervention introduite par la société EUROBUSSING BRUSSELS est accueillie.

Article 2.

La demande de suspension d'extrême urgence est rejetée

Article 3.

Les pièces 2 du dossier de la requérante, ainsi que 3, 4 et 5 du dossier administratif sont, à ce stade de la procédure, tenues pour confidentielles.

Article 4.

L'exécution immédiate du présent arrêt est ordonnée.

Article 5.

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 6.

La partie requérante supporte les dépens, à savoir le droit de rôle de 200 euros, la contribution de 20 euros et l'indemnité de procédure de 700 euros accordée à la partie adverse.

La partie intervenante supporte le droit de 150 euros lié à son intervention

Ainsi prononcé à Bruxelles, en audience publique de la VI^e chambre
siégeant en référé, le vingt décembre deux mille dix-neuf par :

David DE ROY,
Vincent DURIEUX

conseiller d'État, président f.f.,
greffier.

Le Greffier,

Le Président,

Vincent DURIEUX

David DE ROY